

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

ANDRÉIA REGINA SCHNEIDER NUNES

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O PODER JUDICIÁRIO COMO
INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

MARÍLIA
2009

ANDRÉIA REGINA SCHNEIDER NUNES

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O PODER JUDICIÁRIO COMO
INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília, mantido pela Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, para obtenção do Título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado).

Orientadora:

Profa. Dra. Thereza Christina Nahas

MARÍLIA
2009

NUNES, Andréia Regina Schneider.

Judicialização da política: o Poder Judiciário como instrumento de realização dos direitos fundamentais / Andréia Regina Schneider Nunes; orientadora: Thereza Christina Nahas. Marília, SP: [s.d.], 2009. 165 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília – Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha.

1. Judicialização da política. 2. Poder Judiciário. 3. Legitimidade democrática. 4. Direitos fundamentais.

CDD: 341.46

Inspirei-me na luta e na coragem de dois grandes guerreiros, **André** e **Regina**, meus pais. Fonte inesgotável de amor, simplicidade e sabedoria, luz da minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus por renovar minhas forças a cada dia.

Ao meu sempre querido irmão, sócio e amigo, Gustavo. Primeiro, porque o amo incondicionalmente. Segundo, por ver em seus olhos o desejo de meu sucesso. Terceiro, por ter se tornado o mais fiel leitor de meus escritos.

Aos meus familiares que estiveram presentes ao longo desta caminhada, pela força de suas orações e mensagens de incentivo, impedindo que o desânimo imperasse.

À minha orientadora, Profa. Dra. Thereza Christina Nahas, meus sinceros agradecimentos, principalmente por ter aceitado conduzir meu trabalho no momento em que as dificuldades se somavam. A sua serenidade e seu brilhantismo acadêmico fizeram reascender minhas forças, a cada encontro. Agradeço-lhe o modo como me apoiou e contribuiu para o crescimento desta pesquisa, com seus apontamentos e indicações de leituras imprescindíveis para a compreensão do tema proposto. A disponibilidade e a atenção que sempre manifestou aos meus questionamentos fizeram com que eu fosse capaz de vencer todas as inseguranças que tive ao longo desta dissertação.

À Profa. Dra. Norma Sueli Padilha, pela cordialidade de sempre e pelas relevantes observações que fez ao meu trabalho, quando da realização do seminário de pesquisa e da banca de qualificação. Por força delas, pude empreender um caminho mais seguro e sustentável.

Ao Prof. Dr. José Geraldo A. B. Poker, a quem tenho como eterno professor, por ser o responsável a provocar a instigação pela pesquisa acerca da Ciência Política, cujos estudos sobre democracia e poder político em muito contribuíram para a fundamentação da pesquisa. Provou-me que o conhecimento é uma fonte infindável, que exige comprometimento e superação de nossos próprios limites. Agradeço-lhe, por fim, por permitir que eu assistisse às suas aulas no curso de Relações Internacionais da UNESP/Marília, essenciais para meu crescimento intelectual.

A todos os demais professores do mestrado, por terem contribuído, sobremaneira, na minha formação intelectual e no meu engrandecimento enquanto pessoa. Em particular, agradeço ao Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado e ao Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo, responsáveis por estimular meu interesse pelo tema judicialização da política, dada às disciplinas Teoria da Constituição e Teoria do Estado, ministradas, respectivamente, por eles.

Ao Prof. Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho e à Profa. Ms. Daniela Marques de Moraes, pelo imenso carinho desde o momento em que me acolheram em vosso escritório, ainda como estagiária, até à conclusão deste trabalho. Devo agradecê-los, ainda, por terem cedido, de modo tão solícito, grande parte dos livros que compuseram o referencial teórico desta dissertação.

Ao Prof. Ms. Roberto da Freiria da Estevão, por sempre colocar-se à disposição e pelo incentivo à docência, trazendo-me a experiência da sala de aula.

Aos meus queridos amigos, que, de alguma forma, contribuíram para o desfecho desta pesquisa. Agradeço, em especial, às amigas do mestrado Josilene Hernandes Ortolan, Vivian Bacaro Nunes Soares e Ana Augusta Rodrigues Westin Ebaid, pelo companheirismo de sempre e pelos inesquecíveis momentos de estudo.

Por fim, a todos os funcionários do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, especialmente à Secretaria do Mestrado em Direito, que sempre nos trataram da maneira mais carinhosa possível.

Inscrição para uma lareira

A vida é um incêndio: nela
dançamos, salamandras mágicas.
Que importa restarem cinzas
se a chama fôï bela e alta?
Em meio aos toros que desabam,
cantemos a canção das chamas!

Cantemos a canção da vida,
na própria luz consumida...

(Mário Quintana em Esconderijos do tempo)

NUNES, Andréia Regina Schneider Nunes. **Judicialização da política: o Poder Judiciário como instrumento de realização dos direitos fundamentais**. 2009. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2009.

RESUMO

Com a redemocratização do Brasil a partir da Constituição Federal, questões de relevância política e social que, até então, eram debatidas apenas no âmbito da representatividade política, tiveram seu local de decisão transferido para o Poder Judiciário. Isso se deve à expansão da jurisdição constitucional, proporcionada pela própria Constituição Federal ao conferir ampla legitimidade à atuação dos juízes e tribunais superiores para invalidar lei ou ato normativo que seja incompatível com a Constituição, ainda que emanados originariamente pelos demais Poderes. Exatamente nesse cenário da judicialização da política é que a pesquisa se propôs a explorar a importância do papel decisório do Poder Judiciário na realização dos direitos fundamentais. Para tanto, realizou-se um estudo, com o auxílio da Teoria da Constituição e da Ciência Política, fundado na evolução do constitucionalismo e da democracia, com o fim de demonstrar a viabilidade de proteção aos direitos fundamentais mediante a jurisdição constitucional, sem, contudo, implicar a violação da democracia. Eis o problema central da pesquisa: a questão da legitimidade democrática do Poder Judiciário diante do processo de judicialização da política, pelo fato de os magistrados não serem investidos no cargo por meio da participação popular pela via eletiva. Vislumbrou-se, como resposta, que a legitimidade do magistrado ao proferir a decisão judicial não está fundamentada na representatividade, mas na argumentação racional do debate político. Constatou-se, portanto, que se a atuação dos juízes e tribunais, no processo de interpretação e aplicação das normas, se exercida dentro dos limites definidos pelos princípios de hermenêutica constitucional e da justificação racional, a judicialização da política tem muito a contribuir para a preservação dos direitos fundamentais e do processo democrático, fins últimos do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Judicialização da política; Poder Judiciário; Legitimidade democrática; Direitos fundamentais.

NUNES, Andréia Regina Schneider Nunes. **Judicialização da política: o Poder Judiciário como instrumento de realização dos direitos fundamentais**. 2009. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2009.

ABSTRACT

With the democratization of Brazil from the Federal Constitution, relevance questions social and politics that, till then, were discussed only within the politics representation, have their place for a transfer to the Judiciary. This is due to the expansion of constitutional jurisdiction, provided by the Federal Constitution by conferring ample legitimacy to the actions of judges and higher courts to invalidate laws or normative acts that are incompatible with the Constitution, even if originally issued by the other Powers. Exactly this scenario the judicialization of politics is that the research aims to explore the importance of decision-making role of the judiciary in the implementation of fundamental rights. Therefore, a study was become with the aid of the Theory of the Constitution and Political Science, founded in the evolution of constitutionalism and democracy, in order to demonstrate the viability of protection of fundamental rights by constitutional jurisdiction, without, however, to imply the violation of the democracy. Here it is the central problem of the research: the question of the democratic legitimacy of the Judiciary Power ahead of the process of judicialization of the politics, for the fact of the magistrates not to be invested in the position by means of the popular participation for the elective way. It was glimpsed, as reply, that the legitimacy of the magistrate when pronouncing the sentence is not based on the representation, but in the rational argument of the political debate. It was evidenced, therefore, that if the performance of the judges and courts, in the process of interpretation and application of the norms, if exerted inside of the limits defined for the principles of constitutional hermeneutics and of the rational justification, the judicialization of the politics has much to contribute for the preservation of the fundamental rights and the democratic process, last ends of the Democratic State of Right.

Keywords: Judicialization of politics; Judiciary Power; Democratic legitimacy; Fundamental rights.

NUNES, Andréia Regina Schneider Nunes. **Judicialização da política: o Poder Judiciário como instrumento de realização dos direitos fundamentais**. 2009. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2009.

RESUMEN

Con la democratización de Brasil desde la Constitución Federal, las cuestiones de política y social, hasta ahora, se examinaron sólo dentro del espectro político, tienen su lugar para que una transferencia del poder judicial. Esto se debe a la expansión de la jurisdicción constitucional, previsto por la Constitución Federal al conceder amplia legitimidad a las acciones de los jueces y tribunales superiores para invalidar las leyes o actos normativos que sean incompatibles con la Constitución, aunque originalmente emitidos por las otras ramas. Exactamente este escenario de la judicialización de la política es que la investigación tuvo como objetivo explorar la importancia de la toma de decisiones el papel de la judicatura en la aplicación de los derechos fundamentales. Por lo tanto, se realizó un estudio con la ayuda de la Teoría de la Constitución y Ciencias Políticas, fundada en la evolución del constitucionalismo y la democracia, a fin de demostrar la viabilidad de la protección de los derechos fundamentales por parte de la jurisdicción constitucional, pero sin implican la violación de la democracia. Este es el problema central de la investigación: la cuestión de la legitimidad democrática del poder judicial ante el proceso de judicialización de la política, porque los jueces no son creados en la oficina a través de la participación popular a través de elección. Hemos visto, en respuesta, que la legitimidad del juez en la emisión de una decisión judicial no se basa en la representatividad, sino en la argumentación racional de debate político. Por lo tanto, que las acciones de los jueces y tribunales en el proceso de interpretación y aplicación de las normas, en caso de ejercerse dentro de los límites definidos por los principios de la hermenéutica y la justificación racional, la judicialización de la política tiene mucho que aportar a la preservación de los derechos fundamentales y el proceso democrático, objetivos fundamentales del Estado democrático de derecho.

Palabras-clave: Judicialización de la política; Poder Judicial; Legitimidad democrática; Derechos fundamentales.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 – O DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO: CONSTRUÇÃO DE UM NOVO MODELO	16
1.1 A construção do constitucionalismo.....	16
1.1.1 Antiguidade Clássica.....	16
1.1.2 Constitucionalismo na Idade Média.....	17
1.1.3 Constitucionalismo moderno.....	19
1.1.4 Constitucionalismo na Idade Contemporânea.....	21
1.2 Apontamentos sobre a democracia.....	25
1.2.1 Primeiros registros históricos.....	25
1.2.2 Construção do conceito de democracia.....	26
1.3 Constitucionalismo e democracia: a necessária conciliação.....	32
2. A Constituição no Estado Democrático de direito.....	37
2.1 Estado Constitucional de Direito: supremacia das normas constitucionais.....	37
2.2 A expansão da jurisdição constitucional pós-Constituição Federal de 1988.....	40
2.3 O processo de constitucionalização do direito.....	47
CAPÍTULO 2 – APONTAMENTOS TEÓRICOS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	52
2.1 Breves notas sobre os direitos fundamentais.....	52
2.2 Trajetória dos direitos fundamentais.....	57
2.2.1 Estado Liberal e os direitos de primeira geração.....	58
2.2.2 Estado Social e os direitos de segunda geração.....	65
2.2.3 Estado Democrático de Direito e os direitos de terceira geração.....	69
2.2.4 Direitos de quarta e quinta geração.....	71
2.3 Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.....	74
2.3.1 A importância dos direitos fundamentais no Estado Constitucional.....	74
2.3.2 O catálogo dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.....	77
2.4 Os direitos fundamentais como normas objetivas e direitos subjetivos.....	80
2.5 Aplicabilidade das normas de direitos fundamentais.....	84
CAPÍTULO 3 – A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: INSTRUMENTO VOLTADO PARA O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	
3.1 Hermenêutica constitucional.....	90
3.1.1 Distinção necessária: regras e princípios.....	94
3.1.2 Conflitos e colisões: juízos de dever-ser contraditórios.....	96
3.1.3 Princípios como normas.....	98
3.2 Conteúdo aberto das normas constitucionais: a força normativa dos princípios.....	104
3.2.1 Postulados ou princípios instrumentais de interpretação da Constituição.....	109
3.2.1.1 Supremacia da Constituição.....	109
3.2.1.2 Unidade da Constituição.....	110
3.2.1.3 Harmonização ou concordância prática.....	111
3.2.1.4 Correção funcional.....	112
3.2.1.5 Eficácia integradora.....	113

3.2.1.6 Máxima efetividade.....	113
3.2.1.7 Força normativa da Constituição.....	113
3.2.1.8 Princípio da presunção de constitucionalidade das leis.....	114
3.2.1.9 Princípio da interpretação conforme a Constituição.....	115
3.2.1.10 Princípio da proporcionalidade.....	117

CAPÍTULO 4 – DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS..... 121

4.1 A separação dos poderes.....	121
4.1.1 Legitimidade democrática do Poder Judiciário.....	124
4.1.2 Mínimo existencial e reserva do possível: parâmetros de atuação judicial.....	133
4.2 Judicialização da política: o Poder Judiciário como instrumento de realização dos direitos fundamentais.....	135
4.2.1 Atuação política e atuação jurídica.....	135
4.2.2 A judicialização da política e o ativismo judicial: conceitos próximos.....	141
4.2.3 O aumento de litigância judicial nos tribunais: a justiça em números.....	144
4.2.4 A judicialização da política na Suprema Corte brasileira: apresentação de casos.....	149

CONCLUSÃO.....155

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 159

INTRODUÇÃO

Ao decidir escrever sobre a judicialização da política como garantia dos direitos fundamentais, tinha-se a consciência de sua dificuldade, principalmente no tocante à legitimidade democrática dos órgãos decisórios do Poder Judiciário. Justamente por isso, a pesquisa pretende enfrentar o tema com o auxílio da Teoria da Constituição e da Ciência Política, a fim de demonstrar se é possível ou não assegurar os direitos fundamentais, por meio da jurisdição constitucional, sem, contudo, violar o processo democrático.

De acordo com a Teoria da Separação de Poderes desenvolvida por Montesquieu, existem três Poderes estruturantes com suas respectivas funções previamente delimitadas e definidas, que expressam a limitação do poder político do Estado. É com base nessa teoria que, desde as primeiras lições jurídicas perpassadas na graduação, tem-se apresentado aos estudiosos do direito a tradicional visão: ao Executivo compete a atribuição de atos de administração e de execução de políticas públicas, enquanto que ao Legislativo recai a produção de textos normativos, aos quais o Poder Judiciário, mais precisamente o juiz à frente do caso concreto, está vinculado a aplicá-los quando da prestação da tutela jurisdicional.

Como numa peça teatral, em que cada ator tem seu papel demarcado pelas mãos do diretor, os órgãos que compõem os Poderes da República também têm as suas atribuições específicas pré-estabelecidas pela Constituição Federal, fundadas na especialização funcional e na independência orgânica. Não fosse assim, a organização do Estado restaria comprometida, por falta de racionalidade.

Acontece que o cenário a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 passa a ser a do Estado Constitucional de Direito, cujo contexto presenciado, ao invés de rígida separação dos Poderes, busca a coordenação entre os Poderes, ainda que um deles exerça função que *a priori* corresponda ao âmbito de atuação do outro. O que se pretende alcançar é um controle recíproco por meio do sistema de freios e contrapesos, a fim de que a supremacia da Constituição seja assegurada.

Exatamente nesse momento da pesquisa é que surge a seguinte indagação: cabem aos órgãos decisórios do Poder Judiciário proferir decisões políticas que, a princípio, seriam da esfera de competência do Legislativo ou do Executivo? A competência para rever ou mesmo invalidar decisões tomadas pelos representantes eleitos que violaram a Constituição pode ser atribuída ao Poder Judiciário?

A partir do problema central pergunta-se: O fato de os juízes não serem instituídos no cargo mediante participação popular pela via eleitoral causa algum prejuízo à democracia? A via mais adequada à proteção dos direitos fundamentais é a jurisdicional? Qual tem sido o caminho traçado pela jurisdição constitucional e o papel dos tribunais no Estado Democrático de Direito?

De acordo com essas reflexões é que o objetivo inicial da pesquisa procura demonstrar se o Direito Constitucional contemporâneo, logo, pós-Constituição Federal de 1988, superou o paradigma individualista-liberal e, em caso afirmativo, se proporcionou um novo papel à hermenêutica e à jurisdição constitucional, voltado à realização dos direitos fundamentais.

Procura-se explorar qual o grau de importância da hermenêutica constitucional para assegurar a unidade e a supremacia da Constituição e, por sua vez, examinar se por meio dos princípios de interpretação é possível o fortalecimento da jurisdição, de modo a contribuir para solucionar e fundamentar os casos considerados difíceis em face da colisão de direitos fundamentais.

Passa-se a analisar qual seria o fundamento a embasar as decisões judiciais que invalidam atos incompatíveis à Constituição, emanados pelos Poderes Executivo e Legislativo, bem como avaliar se tais decisões políticas são capazes de concretizar os direitos fundamentais e contribuir para o aperfeiçoamento da democracia.

Traçados os objetivos, o desenvolvimento da pesquisa comporta uma análise teórica e histórica sobre a evolução do constitucionalismo e do conceito de democracia com o fim de explicar a importância da conciliação de ambos para a proteção dos direitos fundamentais e do processo democrático.

Do mesmo modo, a estratégia de abordagem segue, a princípio, a realizar o estudo acerca da trajetória histórica dos direitos fundamentais e a conceituação teórica dos instrumentos de interpretação constitucional, para, na sequência, demonstrar a aplicação prática quando do exercício da jurisdição.

A pesquisa é executada por meio do emprego de procedimentos metodológicos, tais como a coleta de dados teóricos existentes e de levantamento de dados e estatísticas, e, em grande parte, fundada na pesquisa bibliográfica, cujo referencial teórico é basicamente formado por autores clássicos, constitucionalistas e cientistas políticos, dentre eles: Robert Alexy, Norberto Bobbio, Ronald Dworkin, Konrad Hesse, Peter Häberle, Robert Dahl, Arend Lijphart, Jürgen Habermas, Celso Lafer, Luís Roberto Barroso, Ingo Wolfgang Sarlet e Oscar Vilhena Vieira.

A título de melhor didática, a pesquisa divide-se em quatro capítulos.

O primeiro capítulo dedica-se ao estudo do direito constitucional contemporâneo, envolvendo a tensão entre o conceito de constitucionalismo e de democracia. Para tanto, delinea a evolução do constitucionalismo e seus avanços, desde a Antiguidade Clássica até a Contemporaneidade, bem como a respeito dos primeiros registros históricos da democracia até chegar à atualidade.

Nota-se que, apesar de, a princípio, constituírem conceitos aparentemente contraditórios, o Estado Democrático de Direito requer a conciliação de ambos numa democracia constitucional, com o fim de assegurar não apenas a soberania popular mediante o sufrágio universal, voto direto e secreto, mas, sobretudo, os direitos fundamentais por meio da jurisdição constitucional.

A partir desse cenário torna-se necessário explorar a supremacia da Constituição, de maneira a enfatizar a importância da leitura de todo ordenamento jurídico sob o viés constitucional. Além do que, para a proteção da Lei Fundamental é imprescindível o estudo sobre dois arranjos democráticos: a rigidez constitucional e a revisão judicial (controle de constitucionalidade).

Todo o contexto apresentado no primeiro capítulo pretende, desde já, reunir um conjunto de fatores capazes de justificar a judicialização da política. Por esta razão, passa-se a explorar os motivos pelos quais a jurisdição constitucional conquistou maior espaço de atuação e a importância do processo de constitucionalização do direito quando da interpretação constitucional.

Na sequência, o segundo capítulo procura estudar a respeito do percurso assumido pelos direitos fundamentais ao longo dos séculos e, de forma mais delimitada, no cenário da Constituição Federal de 1988, notadamente quanto aos avanços dos meios de proteção e como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Justamente por isso é que a pesquisa pretende demonstrar a importância dos direitos fundamentais, não apenas como direitos de ordem subjetiva, mas, especialmente, numa dimensão objetiva, no sentido de compreender a base de todo ordenamento jurídico e orientar as ações dos três Poderes.

Tal análise somente é viável se aliada à hermenêutica constitucional, na medida em que é responsável por colocar restrições à interpretação dos direitos fundamentais e a retratar seu papel no ordenamento jurídico. Esse é objeto do terceiro capítulo.

Para tanto é preciso traçar a diferença entre regras e princípios, seja ela de natureza quantitativa ou qualitativa. Esta última é a que melhor contribuirá no processo de

interpretação e aplicação da norma constitucional, uma vez que princípios se desenvolvem sob a perspectiva de mandamento de otimização, fundada no grau de importância e ponderação, ao passo que as regras se desenvolvem sob determinações.

A pesquisa tem a preocupação de apresentar a construção normativa da Teoria dos Princípios, passando pelo jusnaturalismo, pelo juspositivismo até alcançar a conquista definitiva como norma constitucional. Daí a ideia de força normativa dos princípios como verdadeiro eixo gravitacional para a interpretação de todos os ramos do Direito.

Abordam-se, ainda, os princípios de interpretação constitucional de relevância à atuação do intérprete juiz, a saber: supremacia da Constituição, unidade da Constituição, harmonização ou concordância prática, correção funcional, eficácia integradora, máxima efetividade, força normativa da Constituição, presunção de constitucionalidade das leis, interpretação conforme a Constituição, e proporcionalidade.

Por fim, o quarto e último capítulo procura enfrentar o problema central da pesquisa: a questão da legitimidade democrática do Poder Judiciário frente à judicialização da política. Começa-se a abordagem pela análise da separação dos Poderes para depois adentrar à legitimidade propriamente dita.

Para a compreensão da legitimidade democrática e seu fundamento é imprescindível remeter o estudo à análise das concepções de política desenvolvidas por Jürgen Habermas, sejam elas liberal, republicana e procedimental de política deliberativa, esta última de sua autoria.

Muito embora todos os modelos tenham sua razão de ser, a pesquisa pretende expor que o modelo de política deliberativa é o que oferece maior viabilidade à judicialização da política.

A partir daí, somados aos fatores da expansão da jurisdição constitucional e do processo de constitucionalização do direito, a judicialização da política conquista seu espaço no cenário constitucional, evidenciando a fronteira entre política e direito.

Tanto é assim que a discussão de questões de relevância política é cada vez mais transferida para a jurisdição constitucional, eis a razão de a investigação científica trabalhar com a justiça em números, sustentando, empiricamente, o aumento de litigância judicial, em especial no Supremo Tribunal Federal.

Por fim, levanta-se a apresentação de alguns desses casos postos à análise e julgamento pela Suprema Corte brasileira, de modo a aproximar a teoria e a realidade social.

CAPÍTULO 1 – O DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO: CONSTRUÇÃO DE UM NOVO MODELO

1.1 A CONSTRUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO

*No princípio era a força. Cada um por si. Depois vieram a família, as tribos, a sociedade primitiva. Os mitos e os deuses – múltiplos, ameaçadores, vingativos. Os líderes religiosos tornam-se chefes absolutos. Antiguidade profunda, pré-bíblica, época de sacrifícios humanos, guerras, perseguições, escravidão. Na noite dos tempos, acendem-se as primeiras luzes: surgem as leis, inicialmente morais, depois jurídicas. Regras de conduta que reprimem os instintos, a barbárie, disciplinam as relações interpessoais e, claro, protegem a propriedade. Tem início o processo civilizatório. Uma aventura errante, longa, inacabada. Uma história sem fim.
(Luís Roberto Barroso)*

1.1.1 Antiguidade Clássica

A definição de constitucionalismo não é tarefa fácil. Constitucionalismo é um termo empregado no mundo ocidental, tanto no vocabulário jurídico como no político, que, por excelência, retrata a ideia de limitação de poder e supremacia da lei.

Muito embora o próprio radical da palavra constitucionalismo sugira a presença de uma Constituição, não significa necessariamente que sua existência se identifique com o constitucionalismo. Organizações políticas remotas já viviam sob um governo constitucional sem sentir a necessidade de articularem limites ao exercício do poder político por meio de um documento. As limitações eram tão enraizadas entre as comunidades que eram respeitadas por governantes e governados (LOEWENSTEIN, 1986, p.154).

A origem do constitucionalismo remonta à Antiguidade Clássica, quando os hebreus ao consagrarem o Estado Teocrático, criaram as Leis do Senhor, que submetiam igualmente governantes e governados. Os hebreus foram os primeiros a instituírem a limitação do poder político do Estado mediante leis morais (LOEWENSTEIN, 1986, p.154).

A primeira notícia de um sistema constitucional de controle de poder político adveio da Grécia Clássica, no século V a.C., na qual seus Estados soberanos, na figura de cidades-Estado, adotaram um sistema popular que proporcionava a oportunidade a um significativo

número de cidadãos de participarem em decisões de grupo, vinculando o povo e o poder (DAHL, 2001, p.21).

Segundo Karl Loewenstein, as instituições gregas tinham aversão a qualquer tipo de poder concentrado e arbitrário, tanto que apresentavam uma devoção quase que fanática pelo Estado de Direito, centrado numa ordem regulada, democrática e constitucional, assim como pela igualdade e pela justiça isonômica (1986, p.155).

Atenas assumia uma forte identidade ligada ao constitucionalismo e à democracia, preocupada com a limitação do poder político, mediante a participação dos cidadãos nos assuntos públicos e fundamentada num governo de leis e não de homens. Tamanha sua importância que até hoje seus institutos se mostram atuais, como a divisão de funções estatais por órgãos diversos e a presença de um sistema judicial, por exemplo (BARROSO, 2009, p.06).

No mesmo passo, Roma compartilhou o ideal constitucionalista de limitação do poder ao introduzir o sistema de governo popular, denominado pelos romanos de República. Tratava-se de um governo fundamentalmente constitucional, mas não necessariamente com um democracia plena (LOEWENSTEIN, 1986, p.157).

A participação dos cidadãos era reduzida. Roma não foi capaz de adaptar suas instituições políticas ao aumento do número de cidadão e à sua dispersão geográfica. Consequentemente, sem oferecer um sistema de governo viável, negou à boa parte dos cidadãos a participação nas Assembléias, já que eram realizadas apenas no centro de Roma (DAHL, 2001, p.24).

Embora a República romana tenha durado mais tempo do que a democracia ateniense, ela começou a se enfraquecer com a militarização e a eclosão de guerras civis em seu território. Com a queda do Império Romano, inaugurou um período de intenso absolutismo, que afastou o movimento do constitucionalismo por cerca de mil anos.

A retomada dos valores constitucionais, voltados a limitar o exercício do poder político e proteger direitos individuais em face do Estado, será analisada no âmbito do constitucionalismo medieval, moderno e contemporâneo. É o que trabalho passará a expor.

1.1.2 Constitucionalismo na Idade Média

O grande marco precursor do desenvolvimento da história do constitucionalismo foi a Inglaterra, com a assinatura da Carta Magna, em 1215. Trata-se do primeiro documento em defesa das liberdades, que, originariamente, resguardava os direitos feudais dos barões em

face das tiranias do Rei João Sem Terra. Tanto que o nome completo do documento é: Carta Magna das Liberdades ou Concórdia entre o Rei João e os Barões para a outorga das liberdades da Igreja e do Reino Unido (BESTER, 2005, p.40).

A Carta de Direitos foi uma imposição dos barões e do clero, a fim de assegurar que os direitos desses dois estamentos deveriam existir independentemente do consentimento do rei, com o fim de frear as arbitrariedades do monarca. Dentre os direitos reconhecidos encontram-se: direito à propriedade, à tributação (*taxation without representation*)¹ e às liberdades, inclusive religiosa (BESTER, 2005, p.40).

As instituições feudais ganharam força política, ainda mais com a formação do Parlamento, convocado e controlado pelo rei, mas integrado por aristocratas e clérigos, bem como por representantes da baixa aristocracia e da burguesia urbana.

Desde o primeiro Parlamento inglês, Grande Conselho, até hoje, tem sido composto por dois grupos: “[...] os que integram em virtude de seu *status* aristocrático e os que fazem na qualidade de representantes de outras classes” (GORDON APUD BARROSO, 2009, p.11).

Assim, o direito constitucional inglês representava uma monarquia limitada mediante um sistema de governo misto, já que contemplava o poder real, a aristocracia e os comuns. Ademais, caracterizava-se pela pluralidade de fontes do direito e, de forma bem marcante, pela fragmentação do poder e pela inexistência de uma soberania centralizada. Destacava-se, desde já, sua tradição consuetudinária e retrava um modelo político-jurídico singular para sua época (MENDES, 2008, p.04).

Esse período foi marcado por tensões e conflitos políticos, tanto entre os descendentes das dinastias na luta pela concentração do poder, como entre a nobreza e os monarcas, para resguardar seus interesses e privilégios. Foi a partir do conflito político entre a França e a Inglaterra, conhecido como Guerra dos Cem Anos, que marcou o declínio da nobreza feudal e delineou o início do processo de centralização do poder.

Sob as ruínas do feudalismo é que o fortalecimento da autoridade do rei ensejou o início da Idade Moderna, notadamente com “[...] a formação dos Estados nacionais como a organização política superadora dos modelos muito amplos e difusos (papado, império) e dos muito reduzidos e paroquiais (tribos, feudos)” (BARROSO, 2009, p.09).

O cenário do fim do feudalismo e da restauração da monarquia é o que compõe o constitucionalismo moderno.

¹ Representa a garantia de que não haveria tributação sem o consentimento dos contribuintes por meio de seus representantes.

1.1.3 Constitucionalismo moderno

O primeiro a formular na política moderna um argumento favorável ao constitucionalismo foi Locke, ao limitar o Poder Legislativo pelos direitos naturais e por alguma fórmula de separação dos Poderes e Estado de Direito, institucionalizados na passagem do estado de natureza ao estado civil. Diferencia o constitucionalismo moderno do antigo pelo fato de que a lei superior não mais resulta da vontade divina, mas os direitos inscritos na Constituição resultam, pois, do consentimento dos indivíduos (VIEIRA, 1999, p.36).

A proposta dos jusnaturalistas de igualdade e racionalidade fez surgir as Constituições modernas, baseadas na ideia de um documento constitucional que preservasse direitos e instituisse um sistema de separação de Poderes, como forma de limitação à vontade da maioria (VIEIRA, 1999, p.43).

Isso se deu frente à impossibilidade de realização da democracia direta nos Estados com vasto território e população, razão pela qual incitou o surgimento de um sistema representativo. Assim, o poder político ordinário passaria a ser exercido por representantes e não diretamente pelos cidadãos. Como não existia mecanismo capaz de limitar o poder exercido pelos representantes, a elaboração da Constituição veio justamente para fazer valer sua supremacia, colocando em evidência, de um lado, a vontade da maioria, e, do outro, a vontade constitucional (VIEIRA, 1999, p.42-46).

Num recorte histórico, a Inglaterra, mais uma vez, agora junto com as suas ex-colônias da América do Norte, foi a responsável pelo desenvolvimento do constitucionalismo, a partir do *Bill of Rights* inglês, de 1689, e da Constituição norte-americana, de 1787 (BESTER, 2005, p.41-42).

Alguns acontecimentos históricos e outros documentos ensejaram a elaboração do *Bill of Rights*. Antes dele já havia sido elaborada a *Petition of Rights*, de 1628, com o propósito de assegurar o cumprimento dos direitos já pactuados pela Carta Magna. Além do que, após a Revolução Gloriosa de 1688, concedeu-se morada definitiva ao constitucionalismo inglês (BESTER, 2005, -43).

A Revolução Gloriosa coloca fim ao absolutismo na Inglaterra. Com a deposição de James II, ao tentar retomar as práticas absolutistas e reverter a Inglaterra à Igreja Católica, assumem Guilherme de Orange e sua esposa Mary, já sob um regime de supremacia do Parlamento e com seus poderes limitados pelo *Bill of Rights*. A partir de então, a Inglaterra contemplaria a monarquia constitucional (BARROSO, 2009, p.11).

A Inglaterra ficou conhecida por possuir a chamada *Happy Constitution*. Apesar de não escrita e de presenciar o contexto de uma sociedade patriarcal e imperialista, trazia os elementos daquela felicidade: “[...] o indivíduo como sujeito de direitos de liberdade e o jurado como instituição de justiça entre iguais, ainda que o sujeito da igualdade era o varão proprietário europeu” (BESTER, 2005, p.46).

Fruto de um amadurecimento histórico, o modelo inglês, não obstante prescindia de uma Constituição escrita, equilibrou o poder monárquico, o aristocrático e o popular e, por sua vez, projetou sua influência ao restante dos países da Europa, como marco para o exercício político do Estado nacional (MENDES, 2008, p.05).

Na sequência, em meados do século XVIII, o constitucionalismo sofreu dois recortes: a falta de representatividade na formação da vontade política e a questão da legitimidade do regime. A tensão recaiu nos reclamos pela soberania popular, de um lado, e a instabilidade constitucional, de outro (MENDES, 2008, p.05).

Frente a isso, uma nova formulação delimitou a racionalização do processo do poder político em um texto escrito, limitando o absolutismo e transferindo o centro do poder da coroa ao povo e aos seus representantes. Nascia a primeira Constituição escrita da história do constitucionalismo: a Constituição norte-americana, de 1787. Inaugurava-se uma nova forma de organização do Estado, a Federação dos Estados Unidos da América do Norte.

A Constituição norte-americana, durante mais de duzentos anos de existência, permaneceu com seus sete artigos e apenas vinte e sete emendas. Nela institucionalizou-se, de forma pioneira, um modelo de nítida separação dos Poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário, em um Estado republicano e sob o sistema presidencialista.

Não bastasse, fundamentou seu sistema jurídico no *common law*, que confere ao tribunal amplo direito de criação e adaptação da norma ao caso concreto. Exatamente em razão disso é que o sentido da Constituição norte-americana condiz ao que a Suprema Corte diz ser o que ela é (BARROSO, 2009, p.18).

Por esta razão foi possível conferir o desenvolvimento do constitucionalismo norte-americano, dada a própria limitação da atividade do legislador aos direitos nela inseridos, cuja inobservância acarretaria na fiscalização pelo Poder Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade dos atos normativos (SARMENTO, 2008, p.10).

A partir da valorização da Constituição escrita, tal modelo foi capaz de alcançar as gerações posteriores, tornando possível a democratização do processo político, principalmente com a extensão do sufrágio, que, até então era destinado a uma oligarquia proprietária, para a

toda população. Tanto é assim que Karl Loewenstein equipara a soberania popular e a Constituição escrita, como sinônimas (1986, p.160).

Justamente nessa fase é que o poder da coroa é transferido por completo ao poder soberano do povo, de tal forma que o contrato social passaria a ser redigido entre o povo e o Estado, por meio de seus representantes eleitos para tanto. A ideia de uma Constituição escrita visa, portanto, fixar limites e competências dos Poderes e demais órgãos públicos (BESTER, 2005, p.48).

Não seria por outra razão que Thomas Paine também condiciona a Constituição à soberania popular e ressalta sua supremacia como documento escrito.

Uma constituição não é algo que só exista de nome, mas de fato. Não tem uma existência ideal, mas real; e onde não possa ser exibida de forma visível, não existe como tal. Uma constituição é algo que antecede a um governo, e um governo não é mais que o produto de uma constituição. A constituição de um país não é ato de seu governo, mas do povo que constitui seu governo (PAINE *APUD* BESTER, 2005, p.48).

O constitucionalismo moderno traz, portanto, a valorização das Constituições escritas, cada qual elaborada sob um dado momento histórico. Mesmo porque, por excelência, as Constituições escritas seguem o fluxo das revoluções, daí a Constituição norte-americana, fruto da Revolução Americana, e, já no início da Idade Contemporânea, a Constituição francesa, decorrente da Revolução Francesa.

1.1.4 Constitucionalismo na Idade Contemporânea

O grande marco da passagem da Idade Moderna para a Idade Contemporânea foi a Revolução Francesa, no ano de 1789, colocando fim ao absolutismo. Ao lado das outras duas revoluções, também burguesas, a Revolução Gloriosa e a Revolução que marcou a independência norte-americana, a Revolução Francesa foi a mais antiabsolutista de todas. Colocou fim ao Antigo Regime e incendiou o mundo em prol de um governo representativo, transformando o Estado Absolutista em liberal e, por sua vez, a sociedade feudal e aristocrática em burguesa (BARROSO, 2009, p.25).

Sob o lema liberdade, igualdade e fraternidade, a Revolução Francesa armou-se contra o absolutismo, os privilégios da nobreza e das relações feudais. Incitada pelos ideais burgueses a limitar o exercício do poder político do monarca, promoveu as seguintes reformas: “a abolição do sistema feudal; b) a promulgação da Declaração dos Direitos do

Homem e do Cidadão; c) a elaboração de uma Constituição, concluída em 1791; d) a denominada constituição civil do clero” (BARROSO, 2009, p.26).

O movimento francês surgiu em favor da limitação dos Poderes, uma vez que, para a ascensão da burguesia, a elaboração de uma Constituição, lei escrita e superior às demais normas, era condição necessária para legitimar seu poder. Daí a oportuna separação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Tanto que o teor do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, propunha exatamente o raciocínio burguês: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não estiver assegurada, nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição”.

Nesse sentido é que Montesquieu defendia que a tripartição do Poder em Executivo, Legislativo e Judiciário, visava limitá-lo mediante um sistema de pesos e contrapesos, pois, para ele: “[...] todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Caminha até que encontre limites [...]. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder” (MONTESQUIEU *APUD* BESTER, 2005, p.50).

De tal forma que conduziu à elaboração de Constituições rígidas e escritas, dada a desconfiança contra o poder, pois, protegendo a liberdade do indivíduo, bem como os demais direitos fundamentais, tal rigidez embargaria a subitaneidade de mudança e de reforma constitucional (BONAVIDES, 2003, p.225).

O respeito à hierarquia das normas, às limitações constitucionais referentes aos direitos individuais e à separação dos poderes, são traços característicos do Estado de Direito. O sentido formal de Estado de Direito presume a existência de algum tipo de ordem legal, sem, contudo, ensejar que todo direito necessariamente seja escrito, a exemplo do direito consuetudinário inglês.

Com a transformação do Estado Absoluto em Estado de Direito e, tão logo, do súdito em cidadão, sujeito de direitos, o chamado contrato social passa a ser traduzido por pacto constitucional, convertendo-se em normas positivas que delimitam a relação entre Estado e cidadão, fazendo deles sujeitos com soberania reciprocamente limitada (FERRAJOLI, 2006, p.793).

Não seria por outra razão que as Constituições liberais eram voltadas à proteção dos indivíduos em suas relações com o poder estatal. A essência dos direitos fundamentais representava os direitos individuais e políticos, mas completamente indiferente aos direitos sociais. Como não podiam se escusar da presença do Estado, cabia-lhes apenas estabelecer a

organização das estruturas do Estado e assegurar aos indivíduos as chamadas liberdades públicas.

Para Paulo Bonavides a lógica desse raciocínio condiz que:

A Constituição, que não podia evitar o Estado, ladeava, contudo, a Sociedade, para conservá-la por esfera imune ou universo inviolável de iniciativas privatistas: era uma Sociedade de indivíduos e não de grupos, embebida toda numa consciência antioletivista (2003, p.229).

Com a edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, e, em 1791, da primeira Constituição formal francesa, o modelo de constitucionalismo liberal expandiu para os países europeus continentais e suas colônias americanas, inclusive o Brasil, influenciando no conteúdo dos textos constitucionais, como na Constituição do Império de 1824 (BESTER, 2005, p.51).

Muito embora o constitucionalismo liberal tenha se expandido e, na ocasião, atendido a contento os anseios e interesses da classe dominante (burguesia), ao se deparar com as novas exigências sociais, ainda mais após o processo de industrialização da segunda metade do século XIX, uma nova dimensão passou a ser introduzida nos textos constitucionais: o bem-estar social e a dignidade humana.

O constitucionalismo social ou dirigente promoveu uma demanda de direitos tidos como positivos, dada a imposição de prestação positiva por parte do Estado, conferindo a direção a ser tomada no sentido de realização do bem-estar social, através de direitos à saúde, à educação, à previdência social, entre outros.

Gisela Maria Bester alerta que, para o ingresso dos direitos sociais nos textos constitucionais, era imperioso que o direito de voto fosse cada vez mais ampliado, pois, na medida em que o sufrágio deixava de ser censitário, maior a amplitude do rol de direitos nas Constituições. Isso significa que com a progressista conquista do voto pelas classes menos favorecidas economicamente, puderam eleger, gradativamente, representantes que passaram a introduzir direitos que contemplavam os interesses da classe que representavam (2005, p.52).

As primeiras Constituições a estabelecerem os direitos sociais se deram apenas no início do século XX, com a Constituição mexicana de 1917, e, após o término da primeira Guerra Mundial, com a Constituição de Weimar de 1919, inaugurando o modelo de constitucionalismo dirigente.

As normas constitucionais, preocupadas com os direitos econômicos e sociais, ditos direitos de crédito ou positivos, impunham ao Estado o dever de realizar prestações positivas para a efetivação de tais direitos, com o propósito de promover o desenvolvimento econômico e de assegurar o bem-estar social (BESTER, 2005, p.53).

O modelo de constitucionalismo social passou a ilustrar um novo cenário, retratando importantes experiências democráticas, principalmente a desenvolvida pelo poder constituinte alemão em 1919, que conferiu ampla declaração de direitos, a igualdade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais, bem como o engajamento progressivo dos mecanismos institucionais de proteção desses direitos (MENDES, 2008, p.07).

Tamãna sua importância que serviu de inspiração para as Constituições do século XX, assim é que a Constituição do Brasil, de 1934, é tida como a versão sul-americana da Constituição de Weimar. Ademais, os direitos sociais foram retomados na Constituição de 1946, chegando ao seu ápice no texto da Constituição Federal de 1988, segundo a orientação do constitucionalismo alemão: “aos que têm menos na vida, mais no Direito” (BESTER, 2005, p.53).

Após a segunda Guerra Mundial foi o constitucionalismo alemão, com a Lei Fundamental de Bonn, de 1946, que novamente consagrou-se como precursor dos grandes modelos constitucionais do século. Trouxe não apenas mecanismos de maior complexidade para a edição de emendas à Constituição, mas estabeleceu um rol de princípios abertos, que também não poderiam sofrer alterações, e conferiu à figura do Tribunal Constitucional Alemão o controle dos atos estatais que caminhassem na contramão da Constituição (MENDES, 2008, p.08).

A relação entre liberdades fundamentais e controle de constitucionalidade é tida como uma conquista dos regimes democráticos contemporâneos. Não há como pensar o constitucionalismo sem a presença de uma Corte Constitucional, responsável pela proteção dos direitos fundamentais e do processo democrático. Daí a importância do guardião da Constituição em face das decisões majoritárias (MENDES, 2008, p.10).

Ao se falar em democracia é inconcebível colocar direitos fundamentais em risco. Para tanto, a rigidez constitucional em muito contribui para a estabilidade constitucional e, por sua vez, para a própria manutenção da democracia, assim tais direitos não ficam vulneráveis às decisões da maioria (MENDES, 2008, p.13).

No entanto, a conciliação entre a decisão da maioria e o respeito aos direitos fundamentais, ainda é importante objeto de discussão no constitucionalismo do século XXI. É o que a pesquisa pretende desenvolver ao longo da exposição.

1.2 Apontamentos sobre a democracia

1.2.1 Primeiros registos históricos

A democracia pode prevalecer em diferentes épocas e lugares, desde que estejam presentes as condições favoráveis à sua existência, que serão logo mais delineadas. No entanto as experiências democráticas mais decisivas sucederam na Europa.

A começar pela Grécia clássica, rodeada por suas cidades-Estado, que há 2.500 anos cunhou pela primeira vez o termo democracia, cuja composição morfológica deriva: *demos* (povo) e *kratos* (governar), logo, governo do povo.

Dentre as cidades-Estado, a mais importante das democracias gregas foi a de Atenas. Apesar de representar uma democracia distante dos parâmetros modernos, já trazia uma espécie de direito de participação na vida política. Isso se dava mediante a participação de todos os cidadãos na Assembléia, na qual elegiam os funcionários do governo. Porém, o procedimento de seleção configurava uma espécie de loteria, tal como um sorteio (DAHL, 2001, p.22).

Ainda que as instituições políticas da Grécia tenham sido consideradas inovadoras para seu tempo, justamente em função desse sistema seletivo, não podem ser sequer consideradas alternativa admissível ao desenvolvimento da democracia representativa.

Já os romanos preferiram adotar seu sistema de República, que, inicialmente, estava reservado à participação dos patrícios (aristocratas). Somente mais tarde é que a plebe (povo) conquistou esse direito. No entanto, as assembléias que os cidadãos estavam autorizados a participar eram realizadas apenas em Roma, razão pela qual, dada a extensão de seu território e a distância das demais cidades, fazia com que um número cada vez maior de cidadãos não tivesse a oportunidade de participação nas Assembléias (DAHL, 2001, p.24).

Muito embora a democracia romana tenha sido uma das mais longas, também não introduziu um sistema viável de governo representativo, capaz de eleger democraticamente seus representantes. A inovação das instituições políticas viria apenas no milênio seguinte.

Passados mais de mil anos, o governo popular reapareceu na Itália, também em pequenas regiões retratadas como cidades-Estado. O direito de participar no governo local era, de início, conferido às classes superiores (aristocracia), somente depois os *popolos*, classe representada pelos novos ricos, pequenos mercadores e artesãos, exigiram a participação (DAHL, 2001, p.25).

Porém, já no final da Idade Média, os governos populares, até então locais, cederam espaço para uma força que lhes era superior: o Estado Nacional, que, de certa maneira, contribuiu para o surgimento dos inimigos pré-modernos do governo popular, tais como declínio econômico, corrupção, guerra, oligarquia e, tão logo, a conquista e a tomada do poder por governos autoritários (DAHL, 2001, p.26).

Do mesmo modo que a Grécia e a Roma não contemplaram modelos de democracia, suficientemente capazes de conferirem instituições políticas básicas, como o sistema de eleição de seus representantes, exercido pelo povo, não houve inovação por parte da Itália.

O grande precursor da prática do governo representativo, em verdade, foi o Parlamento da Inglaterra medieval, que proporcionou um sistema constitucional em que o rei e o Parlamento eram limitados um pela autoridade do outro, a partir da composição de suas duas Câmaras ou Casas: a dos Lordes e dos Comuns (DAHL, 2001, p.31).

A democratização estava apenas a caminho. Já era possível contar com algumas práticas em prol da democracia, mas ainda faltavam peças decisivas para seu desenvolvimento. Configurava-se a lógica da igualdade, que visava estimular a criação de Assembléias locais em que homens livres pudessem participar na vida política, porém metade da população adulta estava excluída da participação política. Ademais, outro fator avesso ao progresso da democracia foi a restrição à liberdade de expressão se exercida contra o rei. Negava-se, portanto, legitimidade à oposição política (DAHL, 2001, p.34-35).

Somente na passagem da Idade Média à Idade Moderna, com a ocorrência das três Revoluções que marcaram o desenvolvimento do constitucionalismo, a saber, Revolução Gloriosa, Americana e Francesa, que os princípios democráticos passaram a se afirmar por todo o Ocidente.

1.2.2 Construção do conceito de democracia

A pesquisa aponta a importância em explorar os arranjos democráticos adotados, especialmente no Brasil, como forma de governo para exercício do poder político. Antes disso, Norberto Bobbio alerta que para especificar o conceito de democracia é preciso relacioná-la com as outras formas de governo. Para tanto, divide seu estudo em três usos a que a teoria da forma de governo foi destinada ao longo do tempo. São eles: descritivo, prescritivo e histórico.

Em seu uso descritivo a teoria da forma de governo se resolve na classificação condicionada ao número de governantes, ou seja, a democracia se distingue da monarquia e

da aristocracia exatamente em razão do número de pessoas que estão à frente do poder político. Se na monarquia o exercício do poder se concentra nas mãos de uma única pessoa, na aristocracia nas mãos de alguns, em contrapartida, na democracia é exercido por todo o povo ou por muitos (BOBBIO, 2005, p.137).

Com base nessa tripartição tradicional Aristóteles relata que “É necessário que o poder soberano seja exercido por um só, por poucos ou por muitos”. Para ele essas três formas de governo podem degenerar-se: a monarquia em tirania, a aristocracia em oligarquia e a república em democracia, que, em seu ponto de vista, correspondia a uma forma desviada de governo (forma má) (SILVA, 1997, p.104).

Essa classificação tripartite foi acolhida pelo pensamento político ocidental e prevaleceu até que Maquiavel, em “O Príncipe”, advertiu que: “todos os estados, todos os domínios que imperaram e imperam sobre os homens foram e são ou repúblicas ou principados”. A partir desse contexto, uma classificação dualista passou a imperar: república e monarquia (SILVA, 1997, p.105).

A recomposição feita por Maquiavel, ainda fundada no critério de números, dispõe que a democracia e a aristocracia poderiam ser consideradas uma única espécie de república, contrapostas, portanto, à monarquia. Não obstante ao entendimento da ciência política moderna, a política contemporânea, cujo maior precursor foi Hans Kelsen, também trouxe uma classificação binária centrada na distinção entre democracia e autocracia, já que considerava a tripartição tradicional, com base no número de governantes, superficial. Atribui, pois, importância a outro critério distintivo: a maior ou menor liberdade política (BOBBIO, 2005, p.138).

Fundamenta tal distinção segundo a observação de que ou o poder ascende de baixo para cima ou descende de cima para baixo “[...] democráticas são as formas de governo em que as leis são feitas por aqueles aos quais elas se aplicam, autocráticas as formas de governo em que os que fazem as leis são diferentes daqueles para quem elas são destinadas” (BOBBIO, 2005, p.139).

Toda a história do pensamento político envolve a disputa pela melhor forma de governo, a partir daí surgem argumentos a favor e contra a democracia. Por tal razão é que seu uso prescritivo pode delinear-la tanto como uma forma boa de governo e, tão logo, recomendável, ou uma forma má e reprovada.

O argumento contra a democracia constitui no fato de que o governo do povo é uma forma má e perversa, já que o governo nas mãos de uma maioria inapta é um passo para a

tiranía. Em contrapartida, os aspectos favoráveis à democracia são essencialmente os seguintes:

[...] é um governo não a favor de poucos mas de muitos; a lei é igual para todos, tanto para os ricos quanto para os pobres e portanto é um governo de leis, escritas ou não escritas, e não de homens; a liberdade é respeitada seja na vida privada seja na vida pública, onde vale não o fato de se pertencer a este ou aquele partido mas ao mérito (BOBBIO, 2005, p.141).

Maquiavel atribui à democracia, cuja legitimidade é baseada no governo da multidão, como a melhor forma de governo, uma vez que a república dirige-se contra a tiranía. Aliás, a primeira e fundamental arma da república é o seu povo, razão pela qual a liberdade do povo deve sempre ser preservada e a Constituição respeitada enquanto promover a atividade do povo e sua contínua renovação. Assim como o único conteúdo do poder constituinte é o povo, do mesmo modo a única Constituição do príncipe é a democracia (NEGRI, 2002, p.100).

Durante toda a história política discutiu-se qual o posto assumido pela democracia em cada sistema, tanto que Montesquieu trouxe uma classificação das formas de governos, sendo que a primeira a aparecer na história universal é o despotismo, mais adequada aos povos orientais, a segunda é a democracia e a aristocracia e, por fim, a monarquia (BOBBIO, 2005, p.149).

A princípio a democracia foi definida sob o critério da soberania popular e em face do fim do Antigo Regime, que era baseado na hereditariedade, divindade e privilégios. Difundiu-se com a ideia de nação, notadamente nos Estados Unidos e na França. No entanto, já no século XIX, diante das tensões econômicas e políticas, a ideia de soberania popular substituiu-se pela de um poder ao serviço dos interesses da classe mais numerosa, ou seja, de nação pela de povo (TOURAINÉ, 1995, p.343).

Definir democracia não é tarefa fácil. Depende muito da época e do contexto político e social, já que as especificações e diversidades históricas de cada Estado é que determinará as melhores condições para o regime democrático.

Assim é que no período do liberalismo, predominante na Europa nos séculos XVII e XVIII, considerando que a burguesia detinha a poderio econômico, mas ainda não havia conquistado a ascensão política, a ideologia política que norteava os liberais era justamente pautada no individualismo como forma de limitação do poder do Estado.

Se de início aproximava-se da ideia de sociedade, aos poucos voltou o foco para o sujeito, delineando duas faces da democracia: soberania do povo e direitos do homem. Foi a partir da afirmação da liberdade que o homem passou a ser visto como cidadão e com a

criação da República, tanto nos Estados Unidos como na França, que conferiu maior garantia aos direitos individuais (TOURAINÉ, 1995, p.344).

Os defensores da democracia liberal têm a liberdade como princípio fundamental, na medida em que esperam que o Estado, além de prestar-lhes segurança, também lhes confira segurança na realização dos negócios, de modo que a liberdade seja exercida na maior plenitude possível (SILVA, 2004, p.311).

É evidente que dessa concepção liberal incorrerá em dois pontos extremos. Se de um lado prevalecem os direitos individuais – liberdades negativas –, limitando o poder do Estado, por outro, obviamente, incitará a desigualdade. Aliás, diga-se de passagem, os liberais jamais defenderam uma democracia fundada na igualdade, diferentemente dos democratas que a ela dão prioridade (SILVA, 2004, p.312).

A partir dessa concepção decorre o princípio democrático da soberania popular, voltado basicamente à vontade popular, constituindo legítima fonte de poder político. E mais, segundo a concepção liberal não há como existir democracia sem o reconhecimento de direitos fundamentais de liberdade que tornem possível a participação política mediada pela vontade autônoma de cada indivíduo (BOBBIO, 2004, p.324).

A linha de desenvolvimento da democracia nos regimes representativos assume duas direções. A primeira corresponde ao alargamento gradual do voto, que, a princípio, era restrito a um percentual de cidadãos com base no censo, sexo e que, com o decorrer da história, passou a abranger todos os cidadãos de ambos os sexos que atingiram um determinado limite de idade. Trata-se do sufrágio universal, responsável por distinguir a moderna democracia representativa das formas anteriores. A segunda diz respeito à multiplicação dos órgãos representativos, que se estendeu também ao órgão do poder local (BOBBIO, 2004, p.324).

Ambas as direções levam ao desenvolvimento do processo de democratização, que consiste cada vez mais no princípio da soberania popular e, por sua vez, a supremacia da Constituição é reafirmada diante da capacidade política do poder representativo. Isso significa que se a Constituição é estabelecida pelo povo, somente pode vir ser alterada por maiorias extraordinárias, já que, segundo o discurso de Daniel Webster, retrata “um governo do povo, feito para o povo, pelo povo e prestando contas ao povo” (APUD LIJPHART, 2003, p.17).

Ademais, Robert Dahl, em seu estudo sobre a democracia, elenca quais seriam os critérios a que um processo democrático teria que corresponder, a fim de garantir igualdade política. Compreendem, portanto, a participação efetiva, no sentido de todos os cidadãos terem oportunidades iguais para compartilhar as opiniões com os demais membros, a

igualdade de voto, o entendimento esclarecido, o controle do programa de planejamento e inclusão dos adultos (2001, p.49-48).

A partir daí classifica a democracia como a melhor forma de governar um Estado, superando qualquer alternativa viável, justificando-a com base em dez aspectos desejáveis, a saber: 1) evita a tirania, notadamente de governos de autocratas corruptos; 2) direitos essenciais, na medida em que assegura aos seus cidadãos uma série de direitos fundamentais que outros sistemas não-democráticos são incapazes de proporcionar; 3) liberdade geral, que se estende à vida comum; 4) autodeterminação, na proteção dos próprios interesses; 5) autonomia moral, ou seja, capacita o domínio diante das opções moralmente pertinentes; 6) desenvolvimento humano; 7) proteção dos interesses pessoais essenciais; 8) igualdade política; 9) busca pela paz; 10) prosperidade (DAHL, 2001, p.58).

Robert Dahl alerta que dificilmente existirá alguma democracia que corresponda a todos os critérios ora enumerados, por tal razão remete o estudo às instituições políticas modernas imprescindíveis a um país democrático. São elas: 1) funcionários eleitos; 2) eleições livres, justas e frequentes; 3) liberdade de expressão; 4) fontes de informação diversificadas; 5) autonomia para as associações; 6) cidadania inclusiva (2001, p.99).

É certo que cada país possui seus arranjos democráticos de acordo com o contexto que lhe é peculiar, porém tais instituições políticas são condições mínimas para o exercício da democracia. Cabe, portanto, identificar qual modelo de democracia que melhor corresponderia à realidade brasileira.

Dentre o estudo de Arend Lijphart sobre os modelos de democracia, abrange a análise empírica dos arranjos democráticos de trinta e seis países, segundo o modelo de Westminster ou majoritário e o consensual.

O modelo de Westminster, considerado uma forma de democracia majoritária pura, predomina a deliberação da maioria, concentrando o poder político nas mãos de uma pequena minoria. Três dos países analisados são os que mais se aproximam deste modelo, quais sejam: Grã-Bretanha, Nova Zelândia e Barbados.

Arend Lijphart enumera as dez características predominantes no modelo de Westminster, são elas: 1) concentração do Poder Executivo em gabinetes unipartidários e de maioria mínima, já que o órgão mais poderoso é o gabinete; 2) gabinete dominante em relação à legislatura, ou seja, depende da confiança do Parlamento; 3) sistema bipartidário; 4) sistema de eleições majoritário e desproporcional, segundo o método da maioria simples (*first past the*

post)²; 5) pluralismo de grupos de interesses; 6) governo unitário e centralizado; 7) concentração do Poder Legislativo numa legislatura unicameral, neste aspecto a Grã-Bretanha se desvia do modelo puro, pois seu Parlamento consiste em Câmara dos Comuns e Câmara dos Lordes; 8) Flexibilidade constitucional, o que implica na alteração pelo Parlamento por maiorias regulares; 9) ausência de revisão judicial, pois a autoridade máxima é o Parlamento; 10) banco central controlado pelo Poder Executivo (2003, p.28-37).

O modelo consensual também acredita que o governo da maioria é melhor do que a minoria, mas exige uma maioria capaz de proporcionar ampla participação no governo e sobre quais políticas devam ser adotadas. Ao invés de concentrar o poder nas mãos da maioria, o modelo consensual busca compartilhar e limitar o poder, contrastando o modelo de Westminster (LIJPHART, 2002, p.18).

Reúne, portanto, as seguintes características: 1) partilha do Poder Executivo por meio de gabinetes de ampla coalizão; 2) equilíbrio de poder entre o Executivo e o Legislativo; 3) sistema multipartidário; 4) representação proporcional; 5) corporativismo dos grupos de interesse; 6) governo federal e descentralizado; 7) forte bicameralismo; 8) rigidez constitucional; 9) revisão judicial; 10) independência do banco central (LIJPHART, 2002, p.54-60).

Ao traçar as principais características de cada modelo, denota-se que os arranjos democráticos que melhor se enquadram no cenário brasileiro correspondem à democracia consensual, isto porque o Brasil é uma sociedade de múltiplas diversidades, razão pela necessita de um regime democrático que instigue o consenso.

Justamente com base no modelo consensual é que a judicialização da política ganha força diante do laço que vincula a proteção da Constituição rígida à revisão judicial, conferindo aos magistrados, em particular ao Supremo Tribunal Federal, o poder de controlar a constitucionalidade das leis ou de atos normativos emanados pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Desta forma a supremacia da Constituição depende da inter-relação dessas duas variáveis antimajoritárias, pois a revisão judicial só pode ser operada de forma efetiva se apoiada por uma rigidez constitucional, e vice-versa. Daí a importância da presença de ambos os arranjos democráticos para o fortalecimento da democracia, já que o fato de conferir ao povo o direito à livre escolha de seus representantes não é o suficiente para integrar o conceito de cidadania. É preciso mais.

² Expressão originária do turfê (corrida de cavalos): o primeiro cavalo a cruzar a linha de chegada leva todo o prêmio.

A democracia é antes de tudo o regime político de garantia à concretização dos direitos fundamentais, fundada, sobretudo, na igualdade e na racionalidade. Tanto que, na medida em que a demanda por igualdade aumenta, mais se exige do Estado uma prestação positiva, contribuindo para o desenvolvimento da racionalidade e, por sua vez, ao aperfeiçoamento da democracia.

Democracia é conceito histórico. Não é por si só um valor-fim, mas sim instrumento permanente de aperfeiçoamento da racionalidade, afirmando, pois, a proteção estatal e negando a sujeição à força, com o fim de alcançar a realização de valores essenciais de convivência humana traduzidos nos direitos fundamentais.

1.3 Constitucionalismo e democracia: a necessária conciliação

A princípio, os termos constitucionalismo e democracia são originariamente distintos. A tensão reside no fato de que se, por um lado, a democracia visa discutir o fundamento e o exercício do poder pelo povo, sujeita à regra da maioria, em contrapartida, o constitucionalismo confere limites a essas decisões majoritárias, mediante a separação de poderes e uma Carta de Direitos. Justamente por isso é que o constitucionalismo contemporâneo propõe a conciliação desse antagonismo (VIEIRA, 2002, p.26-27).

Oscar Vilhena Vieira pontua o seguinte raciocínio. A democracia pode ser compreendida como a vontade de todos os cidadãos iguais no processo de formação da vontade política, mediante a regra da maioria. Porém é preciso especial atenção a esse procedimento, sob pena de a regra da maioria colocar em risco tanto o bem comum, como os próprios pressupostos democráticos. É nesse momento que o papel do constitucionalismo assume maior importância, ao condicionar os resultados decorrentes da tomada de decisão da maioria a um controle de constitucionalidade, a fim de assegurar os direitos fundamentais, seus mecanismos de proteção e a própria continuidade da democracia (2002, p.26).

Muito embora configurem expressões conceitualmente distintas, não se pode dizer que são contraditórias, pois, ainda que tenha havido no passado regimes constitucionais não democráticos, hoje não há como negar que a única forma possível de democracia é a constitucional (MATTEUCCI, 2004, p.257).

As chamadas democracias constitucionais são aquelas que visam à conciliação entre democracia e constitucionalismo, exatamente para que as limitações não se atenham somente quanto ao procedimento do sistema democrático, como o sufrágio universal e a

representatividade, mas também busquem assegurar os direitos fundamentais mediante a atuação dos tribunais.

Tanto é assim que, notadamente pós-segunda Guerra Mundial, os próprios acontecimentos presenciados à época não mais permitiam conceber o cumprimento dos ideais democráticos sem a concomitante efetivação dos constitucionais, ou seja, não consentiam com uma democracia sem a presença de um sistema constitucional que impedisse o abuso das decisões majoritárias. Tal preocupação recaía justamente para enrijecer os mecanismos de proteção dos direitos fundamentais (MENDES, 2008, p.08).

Isso reflete na Constituição Federal de 1988 ao expressar a ideia de Estado Democrático de Direito em seu artigo 1º, sob a síntese histórica desses dois fundamentos: constitucionalismo e democracia. Se o primeiro representa a limitação do poder e a supremacia da lei, cuja referência histórica decorre do Estado de Direito na França, do *Rechtsstaat* na Alemanha e do *Rule of law* na Inglaterra, e a democracia, por sua vez, traduz-se, sumariamente, em soberania popular e governo da maioria, possivelmente poderá ocorrer pontos de tensão entre a vontade da maioria e a Constituição. Cabe, portanto, à jurisdição constitucional executar o controle de constitucionalidade a fim de assegurar que a deliberação majoritária não vulnere os direitos fundamentais e observe o procedimento prescrito na Constituição (BARROSO, 2009, p.88).

Logo, a combinação entre constitucionalismo e democracia, um voltado à existência de barreiras ao poder político e à regra da maioria para preservação da liberdade e dos direitos, o outro à participação e à igualdade política, reivindica o controle de constitucionalidade a fim de assegurar um regime que respeite o texto constitucional. Não é para menos que a jurisdição constitucional passou a ser o elo para a acomodação dos ideais democráticos e constitucionalistas e a representar “O guardião do constitucionalismo perante a taquicardia majoritária” (MENDES, 2008, p.10).

Longe de serem antagônicos são conceitos que se complementam e conferem sustentação ao Estado Democrático de Direito. Numa visão substancialista, a democracia deliberativa não se reduz apenas à soberania popular e ao processo majoritário, mas, em respeito aos direitos fundamentais, desempenha uma função racionalizadora e legitimadora das decisões políticas (BARROSO, 2009, p.91).

Sob o viés substancialista, portanto, o constitucionalismo democrático busca concretizar a promoção dos direitos fundamentais, contribuir para o desenvolvimento econômico e à justiça social, bem como prover mecanismos para a boa administração, com racionalidade e transparência nos processos de tomada de decisão. Já os procedimentalistas

não admitem o papel do intérprete constitucional voltado à aplicação de princípios de justiça, atêm-se tão-somente à fiscalização do funcionamento do processo político deliberativo (BARROSO, 2009, p.91).

Acontece que, a partir da promulgação das Constituições dirigentes, a interpretação meramente procedimental não dá conta de atender as novas demandas nelas introduzidas. Diferentemente das Constituições liberais, que se limitavam à organização e separação de poderes e a um rol de direitos individuais e políticos, a Constituição dirigente traz em seu texto normas programáticas que disciplinam uma série de direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais.

Isso significa que a Constituição dirigente além de compreender a estrutura liberal de organização e separação de poderes, cabe-lhe buscar a realização de uma justiça substantiva, ou seja, “A sua legitimidade decorre de uma pretensão de realizar uma justiça social e econômica e não apenas da reiterada tomada de decisões através de procedimentos formais traçados pelo sistema jurídico” (VIEIRA, 2002, p.35).

Por tal razão, a ascendência do Poder Judiciário, por meio de seus órgãos decisórios, tem sua razão de ser, já que é figura imprescindível na concretização dos ideais do constitucionalismo democrático, na medida em que constitui a função de zelar pela aplicação das regras e limites estabelecidos pela Constituição aos sistemas democráticos e, sobremaneira, promover os princípios de justiça, dignidade humana, liberdade e igualdade, que alicerçam o Estado Democrático de Direito (VIEIRA, 2002, p.27).

Nesse raciocínio, Gilberto Bercovici ao tratar da crise da Teoria Geral do Estado e a Teoria da Constituição, evidencia que a tendência à força normativa da Constituição na busca pela concretização da realidade fez com que o papel da política na Teoria da Constituição fosse incorporado pelos tribunais constitucionais, principalmente no tocante ao controle de constitucionalidade (2003, p.109).

No entanto uma questão precisa ser enfrentada. Não há como retratar a democracia sem levar em conta a supremacia da Constituição sobre as decisões parlamentares majoritárias sem que a relevância da atuação jurisdicional dos juízes e tribunais sejam traçadas. Ainda que os juristas tenham exercido importante papel no Estado de Direito, como guardiões da regularidade jurídica das instituições e das práticas sociais, é no âmbito da jurisdição constitucional que contribuem com decisões de maior proeminência política e, por sua vez, ensejam as críticas mais contundentes (MENDES, 2008, p.11).

Com base nessa discussão é que a pesquisa lançará olhar sobre o modelo constitucional brasileiro, principalmente a respeito de qual autoridade decidirá por último e

se, tão logo, garante legitimidade adequada e coerente no papel de assegurar a supremacia da Constituição e do processo democrático.

Em razão disso é que se faz necessária a conciliação entre a Teoria da Constituição e a Ciência Política, no sentido de analisar qual autoridade é democraticamente responsável pela reserva de justiça da Constituição que, por sua vez, constitui a fonte maior de legitimidade da supremacia da Constituição, e para verificar se o legislador respeitou ou não as normas do texto constitucional. Não seria por outra razão que o controle de constitucionalidade surgiu como importante instrumento para assegurar a supremacia da Constituição, sem o qual a ideia de Constituição, enquanto lei superior, não teria qualquer sentido (VIEIRA, 2002, p.18).

O exercício de tal função cabe ao órgão constitucionalmente legitimado, no caso brasileiro o Supremo Tribunal Federal, responsável pelo controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo emanados pelos Poderes da União, mediante as ações diretas, ou, ainda, pela via difusa conferida aos demais juízes e tribunais.

Existe uma lógica a ser observada. Ora, se o Poder Constituinte Originário não sofrer qualquer tipo de controle externo, como seria possível assegurar a supremacia da Constituição? Estaria ele liberto de restrições para produzir normas de conteúdo alheio à proposta constitucional?

Justamente para preservar a democracia é que o constitucionalismo assume a função de dificultar ou, pelo menos, retardar, eventuais decisões parlamentares que se contraponham às decisões tidas como fundamentais, resguardando valores constitucionais frente essas decisões deliberadas, inclusive, pela vontade da maioria (VIEIRA, 2002. p.30).

Trata-se, portanto, de uma limitação funcional à própria existência da democracia, como um contrapeso natural às decisões majoritárias. Luigi Einaudi, citado por Nicola Matteucci, conclui:

Estes freios têm por fim limitar a liberdade de legislar e de atuar dos grupos políticos governantes, escolhidos pela maioria dos eleitores. Aparentemente, viola-se o princípio democrático que dá o poder à maioria; na realidade, limitando-lhe os poderes, os freios defendem a maioria da tirania de quem, de outro modo, agiria em nome próprio; fazendo assim, fica implicitamente salvaguardada a maioria (2004, p.257).

Tanto é assim que se a democracia, vista como governo da maioria, apresentar poder absoluto e ilimitado, as regras do jogo acabariam se invertendo e por destruir as próprias bases da democracia. Ainda que sob o fundamento da representatividade corre-se o risco de que a vontade da maioria dos deputados nem sempre se ajuste à vontade da maioria dos

eleitores. Logo, “[...] hoje o Constitucionalismo não é outra coisa senão o modo concreto como se aplica e realiza o sistema democrático representativo” (MATTEUCCI, 2004, p.257).

O propósito do constitucionalismo democrático é exatamente em limitar a maioria em prol da dignidade humana e a fim de fortalecer a própria democracia, razão pela qual a rigidez constitucional contribui para a ideia de continuidade do regime democrático. Não é para menos que para a reforma da Constituição exige-se quorum qualificado e as leis e atos normativos estão sujeito ao controle judicial de constitucionalidade.

Jon Elster, citado por Oscar Vilhena Vieira, utiliza-se de uma passagem do texto de Homero em *Odisséia*, no qual Ulisses³, em sua longa viagem de volta para casa depois da Guerra de Tróia, preocupado com o aviso de Circê⁴ sobre o canto mortal das sereias, determinou que seus companheiros navegantes o amarrassem no mastro da embarcação e tampassem seus ouvidos com cera, assim poderia garantir o retorno à Ítaca, sua terra natal.

De forma análoga, o relato da viagem de Ulisses serve para fazer um paralelo com o constitucionalismo no tocante à rigidez imposta às decisões constituintes. No entanto, deve-se ter a seguinte cautela: se no caso de Ulisses ocorre uma limitação individual, já no processo constitucional a rigidez representa um caráter supraindividual, na medida em que é imposta ao conjunto da sociedade que pode vir a se tornar maioria e alterar o decidido no processo constituinte, além do que não se trata de uma vedação total à liberdade de ação dos parlamentares, tal como sucedeu com Ulisses (VIEIRA, 1999, p.20).

Tal ponderação não se aplica às cláusulas tidas como superconstitucionais, ou seja, àquelas que se encontram em posição hierarquicamente superior em relação às demais normas do texto constitucional. Assim é que a Constituição Federal de 1988 trouxe limitações materiais ao poder de reforma constitucional, definidas como cláusulas pétreas no artigo 60, § 4º, a saber: “a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais”.

Justamente para assegurar a supremacia da Constituição em face de eventual tentativa de abolição de quaisquer dispositivos superconstitucionais é que a própria Constituição conferiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para decidir sobre a compatibilidade ou incompatibilidade entre as decisões tomadas pelo poder constituinte reformador e os princípios e direitos previstos como cláusulas superconstitucionais (VIEIRA, 1999, p.21).

³ Também chamado de Odisseu na mitologia grega.

⁴ Deusa feiticeira, filha de Hélios (Deus do Sol), a favor de Ulisses.

Ambos os trajetos, a volta de Ulisses à sua terra natal e do constitucionalismo democrático, buscam o mesmo objetivo de autopreservação. Nos dois casos, portanto, a possibilidade de ação por parte do indivíduo ou do corpo político é bloqueada visando a autopreservação. “Trata-se, nesse sentido, de uma limitação habilitadora e emancipatória” (VIEIRA, 1999, p.22).

Para os liberais, essa ideia de sistema constitucional como pré-comprometimento é um importante mecanismo para a proteção de direitos aos quais o procedimento democrático deve se submeter. No entanto se a democracia tem como princípio precursor a igualdade e a autonomia de todos, qualquer mecanismo que suspenda uma decisão decorrente do processo de deliberação majoritária será, em tese, inaceitável, já que o procedimento decisório que confere maior igualdade a todos é a regra da maioria (VIEIRA, 1999, p.23).

Esse é o ponto de tensão entre democracia e constitucionalismo, ainda mais com a presença do controle judicial de constitucionalismo, o qual autoriza autoridades não eleitas democraticamente a bloquearem decisões tomadas pelos representantes do povo, constituindo, por sua vez, um mecanismo antimajoritário. De um lado, portanto, a proteção de direitos e, do outro, a regra da maioria.

A limitação material ao poder de reforma somada ao controle judicial de constitucionalidade, protegidos pela Constituição rígida, se bem construídos e aplicados podem contribuir com o fortalecimento da igualdade e da autonomia, tal como preconiza a democracia.

Assim, como o mecanismo de autopreservação de Ulisses serviu para que não fosse seduzido pelo canto das sereias, garantindo seu retorno para casa, do mesmo modo, o constitucionalismo pode utilizar-se das limitações materiais e do controle de constitucionalidade para a própria existência da democracia, cumprindo, pois, seu propósito.

2. A CONSTITUIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 Estado Constitucional de Direito: supremacia das normas constitucionais

Antes de adentrar no Estado Constitucional de Direito é importante, ainda que em síntese, traçar a construção do Estado e do direito, cujo trajeto histórico compreende desde o Estado pré-moderno à consagração do Estado sob o viés constitucional.

A começar pelo período anterior à legislação, marcado pelo Estado pré-moderno, no qual a formação do direito não era fundada na lei, mas sim na jurisprudência. Mesmo porque

não havia um sistema unitário de fontes, pelo contrário, prevalecia uma multiplicidade de ordenamentos provenientes de instituições concorrentes entre si, dentre elas: Império, Igreja, Príncipes, feudos e corporações (BARROSO, 2009, p.244).

A partir da passagem do divino à razão surge a necessidade da codificação e com ela o monopólio estatal da produção jurídica e do princípio da legalidade. Emergia o Estado moderno, intitulado Legislativo de Direito, no qual o positivismo equiparava o direito à lei. A jurisdição, portanto, deixa de ser produção jurisprudencial do direito e passa a se submeter tão-somente à lei como única fonte de legitimação (BARROSO, 2009, p.244).

Esse contexto de legalidade só irá se transformar após o término da 2ª Guerra Mundial e no final da década do século XX, com a redemocratização aproximando constitucionalismo e democracia, a qual ensejou o Estado Constitucional de Direito, também atendido por Estado Democrático de Direito.

Basta remeter-se à realidade presenciada no Brasil no período de transição do regime autoritário para o Estado Democrático de Direito, a partir da redemocratização e a consequente reconstitucionalização dos direitos com a Constituição Federal de 1988.

Nesse ambiente a ideia de constitucionalismo e democracia já não apresentam a mesma tensão de outrora, mas atuam conjuntamente. A validade das leis não depende mais apenas da formalidade do processo legislativo, mas também é condicionada à filtragem constitucional, no sentido de verificar a compatibilidade de seu conteúdo às normas constitucionais. Mais que isso: atribuem ampla competência aos órgãos decisórios do Poder Judiciário para invalidar lei ou ato normativo emanados pelos demais Poderes.

Com efeito, a partir da Constituição de 1988 marcou a construção do cenário pós-positivista, ao buscar a revalorização da razão prática, da teoria da justiça e da legitimação democrática, ou seja, sob uma fundamentação racional visa-se ir além da estrita legalidade, no sentido de realizar uma leitura moral da Constituição a fim de retomar os valores na interpretação jurídica, conferindo força normativa aos princípios (BARROSO, 2009, p.249).

Não é para menos que o paradigma do modelo constitucional tradicional foi superado em virtude do reconhecimento da força normativa da Constituição, da respectiva expansão constitucional e da reelaboração da interpretação jurídica constitucional, principalmente quando da colisão de direitos fundamentais.

Esse cenário de supremacia da Constituição é o que compõe o novo modelo de direito constitucional. Isso significa que todo o ordenamento jurídico deve passar por uma leitura constitucional, a fim de que nenhuma lei ou ato normativo seja incompatível à Constituição. Ou seja: dado o seu caráter de norma fundamental superior e como ordem

objetiva de valores, composta por normas de conteúdo aberto, condiciona a leitura de todos os ramos do direito.

Para assegurar a supremacia da Constituição, Arend Lijphart propõe duas variáveis como forma de restrição ao Poder Legislativo das maiorias parlamentares. A primeira delas refere-se à facilidade ou dificuldade para emendar a Constituição e, a segunda quanto à presença de revisão judicial (2003, p.247).

A distinção entre o modelo de Constituição flexível, que pode ser modificada por maiorias simples, e de Constituição rígida, aquela que exige uma maioria qualificada, também chamada de supermaioria, para sofrer emendas, já é bastante suficiente para visualizar que a rigidez confere maior proteção à Constituição.

No entanto, Arend Lijphart alerta que uma Constituição escrita e rígida ainda não é capaz de limitar a maioria parlamentar, a menos que haja um corpo independente que decida se as leis estão em conformidade ou não com o texto constitucional. Eis a segunda variável: a revisão judicial, exercida pelo controle judicial de constitucionalidade (2003, p.253).

Justamente por isso, a supremacia da Constituição depende-se do papel jurisdicional através do exercício da jurisdição constitucional, por meio de seus mecanismos de atuação, tal como o controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo emanados pelos Poderes Legislativo e Executivo, com o fim de declarar a respectiva inconstitucionalidade e paralisar sua eficácia.

Para finalizar o raciocínio de Arend Lijphart é necessário trazer a relação indissociável entre a rigidez constitucional e a revisão judicial. Se a rigidez e a revisão judicial são recursos antimajoritários, em contrapartida, a flexibilidade constitucional e a ausência da revisão judicial permitem a regra ilimitada da maioria (2003, p.258).

Isso significa que a revisão judicial só pode ser considerada efetiva se apoiada pela rigidez constitucional, e vice-versa. Caso haja forte revisão judicial sem, contudo, rigidez, a maioria na legislatura poderá facilmente reagir à declaração de inconstitucionalidade, por meio de emenda à Constituição. Do mesmo modo, se presente a rigidez, mas sem proteção mediante revisão judicial, a maioria parlamentar poderá interpretar qualquer lei constitucionalmente questionável que queira aprovar, como se não representasse nenhuma violação à Constituição (LIHPHART, 2003, p.259).

Logo, ao garantir a supremacia da Constituição também está a garantir a estabilização e a racionalização de um sistema de poder. Assim é que Giuseppe de Vergottini retrata tal importância: “A Constituição é um ponto firme, uma base coerente e racional para

os titulares do poder político, que visam, mediante ela, dar estabilidade e continuidade à sua concepção da vida associada” (2004, p.258).

A experiência constitucional, notadamente desde o modelo constitucional norte-americano, demonstra que através da limitação material, representada pelas cláusulas pétreas, ou superconstitucionais, somada à exigência de quorum qualificado para o poder de reforma e ao controle judicial de constitucionalidade, têm empreendido esforços para assegurar a supremacia da Constituição.

Nessa perspectiva, a pesquisa pretende explorar a expansão da jurisdição constitucional e seus principais avanços após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a conseqüente constitucionalização do direito infraconstitucional, como grandes responsáveis pela hegemonia constitucional.

2.2 A expansão da jurisdição constitucional pós-Constituição Federal de 1988

A sociedade humana assemelha-se a um organismo vivo. Não há como negar a sua mobilidade, pois, ora está sujeita às mudanças condicionadas por circunstâncias externas, ora por aquelas originadas dentro de seu próprio seio (MONREAL, 1988, p.28).

As transformações sociais tornaram-se muito mais velozes a partir do término da Primeira Guerra Mundial, de tal forma que a eclosão de inventos, descobertas, avanços tecnológicos e culturais, acontecimentos políticos, lutas sociais, entre outros fenômenos da organização social, colocaram em ebulição a sociedade em geral, evidenciando a dissociação entre a lei e a realidade social (MONREAL, 1988, p.30).

Na verdade, lei e realidade social deveriam caminhar juntas, uma correspondendo aos anseios da outra. Porém, as leis, elaboradas pela pequena minoria dominadora, são epigrafadas em verdadeiros códigos indecifráveis ao entendimento da população leiga, de tal forma que a sua linguagem dificilmente traduzirá a realidade vivenciada por aqueles que tão-somente conhecem o dialeto do dia-a-dia. A lei, nas palavras de Michel Foucault, corresponde ao “[...] discurso de uma classe a outra, que não tem nem as mesmas idéias nem as mesmas palavras.” (1977, p.243).

Além disso, a lei retrata um comando com a vocação de ser obedecido. Porém, consolida-se em um texto fechado e imóvel, que tão logo se demonstra empoeirado e, com relação à realidade social que continua a fluir em volta, também envelhecido (GROSSI, 2006, p.05).

De tal sorte, o Poder Judiciário é acometido pelo mesmo mal: não acompanha a evolução das transformações sociais, tanto que a mentalidade de muitos de seus agentes permaneceu a mesma dos séculos XVIII e XIX.

Somente foi possível o surgimento de uma nova mentalidade a partir da ascensão da Constituição Federal de 1988. Apesar de representar uma redemocratização tardia, trata-se de um grande marco na vida institucional do Brasil.

Não há como negar o grande avanço que o direito constitucional alcançou nestes últimos vinte anos, principalmente, pela transição do então Estado Totalitário ao Estado Democrático de Direito, caracterizando, portanto, o período de normalidade institucional.

A Constituição Federal inaugurou um período de estabilidade no Brasil que, mesmo diante de episódios que poderiam levar a ruptura das estruturas institucionais do país ou ensejar crises, sobreviveu à história, diferente da trajetória das Constituições anteriores.

Mesmo diante do episódio do *impeachment* do Presidente Fernando Collor, o qual poderia ter ensejado um golpe de Estado, o país revigorou as instituições e demonstrou que “[...] já era capaz de administrar suas crises políticas sem violentar a Constituição” (BARROSO, 2003, p.44).

Com a mudança de paradigma institucional e do próprio ordenamento jurídico, a Constituição Federal passou a ser tratada como documento jurídico, não mais como um documento político, de forma a alcançar o reconhecimento de sua supremacia e, por sua vez, de sua força normativa (BARROSO, 2005, p.322).

Aliás, a partir do constitucionalismo contemporâneo, responsável pela construção do Estado Democrático de Direito, alarga-se a própria compreensão do que seja Constituição, enfim, da concepção de mero texto legislado passa a ser considerada um documento jurídico-histórico-cultural (MORAIS, 2005, p.245).

Neste contexto a jurisdição assume uma tarefa muito mais complexa e dinâmica, que supera a simples aplicação da lei ao caso concreto, como se tratasse de uma operação silogística, restrita apenas ao raciocínio da subsunção, no qual a norma é a premissa maior, o fato é a premissa menor e a sentença é a conclusão.

O modo tradicional de pensar e aplicar o direito era limitado a resolver problemas jurídicos inter-individuais, de modo que, diante do conflito de direito material, o agente do direito facilmente encontrava uma solução imediata, bastava a identificação da norma e enquadrá-la ao caso concreto.

No entanto, a partir do projeto constitucional, não há mais como prevalecer o modo de produção do direito na perspectiva liberal-individualista, pois é insuficiente para solucionar

os conflitos decorrentes da sociedade contemporânea, notadamente os que necessitam da interpretação e aplicação da Constituição Federal.

Desde então, as premissas ideológicas liberais, precursoras do sistema de interpretação do direito tradicional, deixam de ser integralmente satisfatórias, quer quanto ao papel da norma, quer quanto ao papel do intérprete (BARROSO, 2005, p.329).

Por via de consequência, a postura do intérprete já não será aquela adstrita ao conhecimento técnico, voltado apenas para revelar o sentido contido na norma, e, portanto, de aplicação mecânica da lei. “O juiz torna-se co-participante do processo de criação do Direito, ao lado do legislador, fazendo valorações próprias, atribuindo sentido a cláusulas abertas e realizando escolhas” (BARROSO, 2005, p.329-330).

Na verdade, não há como passar despercebido que o direito não é algo dado ao homem com a mera função de identificá-lo e aplicá-lo, pelo contrário, corresponde a algo que lhe cumpre produzir, de forma a ordenar aquilo que por si só jamais se ordenaria: a convivência social (PASSOS, 1999, p.03).

José Joaquim Calmon de Passos complementa o raciocínio:

O Direito é, portanto, o que dele faz o processo de sua produção. Isto nos adverte de que ele nunca é algo dado, pronto, pré-estabelecido ou pré-produzido, cuja fruição é possível mediante simples utilização do já feito e acabado. O Direito, em verdade, é produzido em cada ato de sua produção e subsiste com sua aplicação e somente é enquanto está sendo produzido ou acabado (1999, p.04).

Exatamente em razão da dinamicidade do direito e das transformações sociais é que a jurisdição constitucional passou a buscar a concretização da Constituição Federal, de tal forma que conferiu a possibilidade de que os órgãos jurisdicionais, com atribuições de controle de constitucionalidade, passassem a escrever e reescrever os textos constitucionais, assumindo, assim, uma tarefa originariamente do Poder Constituinte (MORAIS, 2005, p.247).

Muito embora a Constituição Federal de 1988 seja criticada por apresentar um texto prolixo e minucioso, o que realça a figura de um país imaturo e fragilizado ante as diversas rupturas institucionais, há, também, que reverenciar as inovações no plano dos direitos fundamentais e na constitucionalização de importantes garantias (BARROSO, 2003, p.42).

Não é para menos que, toda vez que um direito fundamental ou infraconstitucional estiver sendo descumprido, seja por ação ou omissão, cabe ao sistema constitucional e ao infraconstitucional prover meios para a tutela do direito ou do bem jurídico afetados, mediante o exercício do direito de ação (BARROSO, 2009, p.5).

Tanto é assim que a Constituição Federal inaugura um modelo direcionado à judicialização ao colocar em evidência a ação direta de inconstitucionalidade, o controle de constitucionalidade difuso ou incidental ao lado das ações tradicionais, bem como ao introduzir a ação de arguição de preceito fundamental, mediante as quais, potencializa-se a proteção dos direitos fundamentais.

A grande novidade é a ampliação do rol dos legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade, pois, até então, o manejo era limitado à atuação do Procurador Geral da República, característica própria do regime anterior antidemocrático.

Somente após o advento da Carta Constitucional foi conferido o mesmo direito de ação ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados, à Mesa de Assembléia Legislativa, ao Governador de Estado, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ao partido político com representação no Congresso Nacional e à confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, nos termos de seu artigo 103.

Da mesma forma, a partir da Emenda Constitucional n.45, de 2004, conferiu legitimidade para exercer a ação declaratória de constitucionalidade aos mesmos entes e órgãos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, subsistindo, porém, como limite material o direito federal, fruto da Emenda Constitucional n.3 de 1993 (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.1.056).

Justamente por isso, diversas questões relevantes, concernentes à matéria federal ou estadual, que coloque em discussão a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, chegam diretamente ao Supremo Tribunal Federal, atribuindo-lhe, portanto, a competência de Tribunal Constitucional.

A partir da Constituição Federal, as mudanças no modelo de controle de constitucionalidade alteraram a relação entre o controle concentrado e difuso, pois com a ampliação do direito de propositura de ação direta e a criação da ação declaratória de constitucionalidade, prevaleceu o controle concentrado em detrimento do difuso (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.1.141).

No entanto, a prática tem demonstrado que o controle difuso assumiu uma importante atuação, principalmente em relação às matérias não suscetíveis de apreciação no controle concentrado. Foi em resposta a essa incompletude que surgiu a arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no artigo 102, § 1º da Constituição Federal (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.1.141).

Na verdade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental passou a corresponder a um sistema de comunicação entre o controle concentrado e o controle difuso, ao permitir que questões relevantes, acumuladas no controle difuso ou incidental, pudessem chegar, por esta via jurisdicional, ao Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal assume uma função de guardião da Constituição Federal, já que cabe a ele, por meio do processamento e julgamento das ações de controle de constitucionalidade, eliminar do ordenamento jurídico aquela norma que seja incompatível com o texto constitucional.

Se da atividade legislativa resultar uma norma que seja contrária ou incongruente à Constituição, seja no tocante aos procedimentos de elaboração legislativa, seja no plano do direito material regulado, há que se recuperar a estabilidade constitucional, já que configura a base indispensável às demais normas jurídicas (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.1.025).

Hans Kelsen *apud* Gilmar Ferreira Mendes retrata bem a importância da Carta Constitucional: “[...] regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal” (2008, p.1.025).

O projeto constitucional maximiza, significativamente, a independência e a ideia de autonomia do Poder Judiciário e, por óbvio, a independência do intérprete/juiz, tanto que a Constituição Federal assegura aos juízes garantias vitalícias, previstas no artigo 95.

É importante observar que a Constituição Federal corresponde a um grande marco na construção democrática do Brasil, pois, após vinte e cinco anos de ditadura militar, conseguiu superar o projeto autoritário que vigorava até então e, tão logo, reconquistou os direitos fundamentais, principalmente os de cidadania e os direitos individuais (BARROSO, 2003, p.42).

Não é para menos que o Tribunal Constitucional, na figura do Supremo Tribunal Federal, tem constatado que, somente é possível almejar a pretensão de eficácia dos direitos fundamentais, se os procedimentos de análise e julgamento do caso concreto corresponder à realidade social.

Ao que parece, muitos juristas, em especial o julgador, ainda não se deram conta de que, manter-se afastado dos anseios da sociedade retrata um direito míope, incapaz de enxergar seu papel como instrumento transformador e regulador das mudanças sociais.

Justamente em razão disso é que o contato entre a sociedade e as questões de relevância social tem aumentado significativamente, de tal forma que o acesso da comunidade

ao Supremo Tribunal Federal tem contribuído para a resolução de conflitos de interesse, que o julgador, sozinho, não teria condições de concretizá-la.

Diante da multidisciplinariedade das questões discutidas pelo Supremo Tribunal Federal, a prática constitucional deixou de restringir-se apenas às partes e aos autos de processo, conferindo a possibilidade da participação de terceiros no curso do processo, a fim de apresentarem cada qual seu parecer acerca de determinada questão.

Trata-se da figura do *amicus curiae*.

O tribunal ao se deparar com questões complexas, muitas vezes incapazes de serem desvendadas e de especificidade que lhe foge de seu campo de conhecimento, busca a figura do *amicus curiae* para que participe da discussão e apresente a sua visão para aquela situação específica, seja ele membro do mundo científico, seja ele encarregado na formação de juízos de valor/moral, como religiosos e filósofos, por exemplo.

O que se nota é que o exercício da jurisdição constitucional tornou-se muito mais próximo da realidade social. Hoje já é possível discutir causas mediante ajuda da comunidade, o que até pouco tempo atrás era inviável.

A Corte Constitucional passou a assumir uma postura mais sensível em relação a cada caso concreto, pois percebeu que, sozinha, não teria condições de responder às indagações de natureza multidisciplinar, daí a importância da abertura à sociedade por meio da participação do *amicus curiae*.

Outra situação que demonstra a ampliação das funções da atividade jurisdicional constitucional diz respeito à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a qual retrata uma postura mais ativa do Poder Judiciário frente à omissão legislativa inconstitucional.

De igual modo, os legitimados para exercer o controle abstrato da omissão concernem desde o Presidente da República até a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, tal como no controle abstrato de constitucionalidade por ação, de forma a submeter a questão à apreciação do Supremo Tribunal Federal a fim de tornar exequível a norma constitucional.

Frente a isso poderia ensejar a discussão a respeito da legitimidade de eventual alteração do centro de tomada de decisão do Poderes Legislativo e Executivo para o plano da jurisdição constitucional. No entanto, desde que haja uma norma suprema (Constituição Federal) que imponha limites à discricionariedade dos julgadores por meio dos direitos fundamentais e uma justificação racional, não há que se questionar a legitimidade da atuação do Poder Judiciário.

Na verdade, trata-se de uma peculiaridade do Estado Democrático de Direito, no qual o foco de tensão se volta para o Poder Judiciário, diferentemente do Estado Liberal, cujo centro de decisão apontava para o Legislativo, notadamente na elaboração de liberdades negativas, e do Estado Social, em que a primazia era o Poder Executivo, em face da necessidade de implementação de políticas sociais e da intervenção nas relações de mercado (STRECK, 2001, p.54).

Exatamente em razão de eventual inércia do Executivo ou omissão do Legislativo é que a prática jurisdicional tem conferido legitimidade ao Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade por ação ou omissão, para atuar como instrumento garantidor da eficácia dos direitos individuais e sociais e, tão logo, como protetor dos direitos já conquistados, evitando, assim, o retrocesso social (STRECK, 2001, p.55).

Significa que a dimensão da jurisdição constitucional, como instância de controle formal e material do direito, consiste na vigilância do direito pelo direito mediante a abertura da interpretação da Constituição, a fim de estimular o diálogo jurídico e também político, entre os intérpretes oficiais e a sociedade (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.141).

A atuação da jurisdição constitucional, diante de uma sociedade aberta, exige uma interpretação igualmente aberta de sua norma fundamental e não apenas restrita aos procedimentos formais, de modo a buscar a concretização dos direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite a dignidade da pessoa humana, núcleo essencial desses direitos (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.142).

Justamente por isso é que “O Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa” (BARROSO, 2009, p.12).

Na verdade, após a redemocratização do país com o advento da Constituição Federal, as questões de relevância política e social, principalmente aquelas relacionadas aos direitos fundamentais, passaram a ser discutidas pelos órgãos do Poder Judiciário, fazendo com que os Poderes Executivo e Legislativo perdessem a centralidade.

É a chamada judicialização da política.

É evidente que a transferência de poder para juízes e tribunais decorre do processo de redemocratização iniciado pela Constituição Federal mediante a implementação de garantias constitucionais (vitalicias) à magistratura, de tal forma que “[...] o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes” (BARROSO, 2009, p.03).

Justamente em razão dessa expansão da atividade jurisdicional, aliada à abertura das normas constitucionais, é que se exige maior dedicação, ao longo da pesquisa, em buscar os limites da atuação do Poder Judiciário, a partir da nova interpretação constitucional, assentada em parâmetros de ponderação e de argumentação racional, bem como na importância do papel dos princípios.

2.3 O processo de constitucionalização do direito

A expressão constitucionalização do direito, a princípio, poderia ser relacionada à Constituição dotada de supremacia, aliada, ainda, ao fato de abordar temas concernentes ao campo do direito infraconstitucional. No entanto, a esse ponto não se restringe.

Apesar de expressar uma mistura heterogênea de interesses ao longo de seu texto, daí sua natureza analítica e prolixa, a constitucionalização do direito não se confunde com a simples presença de normas de conteúdo infraconstitucional na Constituição. Representa, sobretudo, a interpretação desses institutos sob a ótica constitucional.

Na verdade, a ideia de constitucionalização do direito não se limita a um mero sistema de direito, pelo contrário, passa a atribuir significado muito maior à Constituição mediante a interpretação dos demais campos do direito infraconstitucional a partir de seu viés.

Tanto é assim que constitui o fenômeno chamado filtragem constitucional. Consiste em pensar a Constituição, enquanto um sistema aberto de normas jurídicas, a partir da prática constitucional, ou seja, todas as normas da ordem jurídica devem ser interpretadas e aplicadas em conformidade com o texto constitucional.

Cada vez mais a Constituição irradia sua força normativa às demais normas de direito infraconstitucional e, por sua vez, é considerada como vetor de interpretação de todo o ordenamento jurídico. Assim é que, hodiernamente, pode-se afirmar que todos os ramos do direito são lidos sob a ótica da Constituição.

Tal circunstância é bastante evidente ao analisar o direito civil, antes e após a Constituição Federal de 1988.

A princípio, a Constituição era vista apenas como uma Carta Política e o Código Civil como mero documento jurídico, destinado a regulamentar as relações privadas entre indivíduos. Não é para menos que o Código Civil de 1916, fruto dos ideais liberais individualistas, voltou-se às questões de ordem patrimonial, notadamente, para a liberdade de contratar e o direito de propriedade.

A partir da influência do Estado Social, o direito civil começa a superar o individualismo do Estado Liberal, deixando de reinar em absoluto a autonomia da vontade, já que o Estado passa, neste momento, a intervir nas relações entre os particulares, com fundamento nas normas de ordem pública (ou normas cogentes).

O direito civil, sob o viés constitucional, começa a se preocupar com as questões sociais e, principalmente, com a proteção da parte mais fraca nas relações contratuais. Por esta razão é que a partir da relativização da autonomia da vontade mediante a intervenção estatal, com a aplicação de normas de ordem pública à relação jurídica de direito material, acarreta na chamada publicização do direito privado ou dirigismo contratual.

Com a força obrigatória dos contratos flexibilizada e, tão logo, a relação privada interpretada à luz dos preceitos constitucionais, passou a ser um instrumento para evitar o domínio da vontade do mais forte sobre a parte hipossuficiente, visando, portanto, a promoção dos direitos fundamentais.

A partir do momento em que a Constituição torna-se o centro de interpretação do ordenamento, passa a atuar como filtro axiológico pelo qual deve ser lido o direito civil. Isso se deve, tanto em razão de as normas de direito civil passarem a fazer parte do texto constitucional, como a ida da Constituição para a interpretação do direito civil (BARROSO, 2009, p.368).

São exemplos de normas de direito civil na Constituição Federal aquelas referentes à função social da propriedade e do contrato, da proteção do consumidor e o reconhecimento de sua vulnerabilidade, igualdade entre os filhos e os cônjuges, a boa-fé objetiva e o respectivo equilíbrio contratual, reconhecimento da união estável como instituição familiar, entre outros.

Trata-se, enfim, da constitucionalização do direito civil, que em muito contribuiu para o reconhecimento do princípio da dignidade humana e para a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, notadamente nos casos de colisão entre a autonomia da vontade e direitos fundamentais.

Não obstante, o direito administrativo também passou pela constitucionalização, tanto que a Constituição aborda imensa quantidade de normas constitucionais voltadas para a Administração Pública, de tal forma que chega a assemelhar-se a um estatuto do servidor público.

Além do que, com a constitucionalização do direito administrativo remeteram-se as relações entre Administração e administrado à ideia da supremacia do interesse público sobre o particular, evidentemente, fundamentada de forma razoável e proporcional.

Outra importante contribuição foi a substituição da estrita legalidade pela juridicidade, pois, até então, o administrador era vinculado tão-somente à lei, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador viesse a determinar ou autorizar. Apenas a partir da constitucionalização é que lhe conferiu não só o poder, mas como o dever de atuar em conformidade com a Constituição, independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário (BARROSO, 2009, p.376).

Em consequência disso, passou a ser possível não só o controle judicial do ato administrativo no tocante à sua legalidade (competência, forma e finalidade), mas também o controle quanto ao mérito (objeto e motivo), ressalvadas a oportunidade e a conveniência de sua prática, bem como a observância dos princípios administrativos e, sobretudo, da razoabilidade e da proporcionalidade (BARROSO, 2009, p.376).

Do mesmo modo, o direito penal passou pela constitucionalização, tanto que o texto constitucional impõe ao legislador o dever de criminalizar certas condutas, como nos casos de atentado às liberdades fundamentais, racismo, ação de grupos armados, tortura, crimes ambientais, violência contra a criança, assim como impede a criminalização de outra ao conferir, por exemplo, a imunidade parlamentar material aos Deputados e Senadores para emitirem suas opiniões, palavras e voto (BARROSO, 2009, p.377).

Somadas às garantias penais, não há como deixar de citar a constitucionalização do processo penal, principalmente por que o Código de Processo Penal sempre apresentou uma tendência autoritária, diferente da posição garantista advinda com a Constituição Federal de 1988.

A partir da nova ordem constitucional, o processo que até então era visto como mero veículo de aplicação da lei penal, foi mais além, passou a representar um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado (OLIVEIRA, 2008, p.07).

Não seria por outra razão que o sistema constitucional instituiu uma série de garantias individuais, como a individualização da pena, o respeito à integridade física e moral dos presos, ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal e também não será culpado até sentença pena condenatória transitada em julgado, entre outras.

Na verdade, tratam-se apenas de exemplos da constitucionalização desses direitos infraconstitucionais. Hoje não só é possível interpretar todos os diversos ramos dos direitos mediante uma leitura constitucional, como já é conduta obrigatória do intérprete, principalmente quando se deparar com alguma colisão de direito que envolva direito fundamental.

Justamente em razão da dimensão objetiva da Constituição é que suas normas exercem tamanha influência em todo o ordenamento jurídico, de tal forma que, diante de sua eficácia irradiante, com força normativa, atinge o âmbito de atuação dos três Poderes, bem como o das relações entre particulares.

Tanto é assim que no campo das relações privadas, a constitucionalização: “estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito aos direitos fundamentais” (BARROSO, 2009, p.352).

Não é para menos que o grau de influência das normas constitucionais se faz cada vez maior, na medida em que os valores, os fins públicos e os comportamentos consagrados nas regras e princípios da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas de direito infraconstitucional (BARROSO, 2009, p.354).

Ademais, a constitucionalização do direito tem incidência direta nas esferas dos Poderes. A começar pelo Legislativo, a importância de sua influência é atribuída pela limitação da discricionariedade ou da liberdade de conformação na elaboração das leis, além da incumbência de realizar os direitos e programas constitucionais. Da mesma forma, o Executivo também limita a discricionariedade da Administração Pública e lhe impõe deveres de atuação e, de maneira especial, fundamenta a prática de atos de aplicação direta imediata, independente de interposição do legislador ordinário (BARROSO, 2009, p.352).

Já no tocante ao Poder Judiciário, a constitucionalização do direito confere maior importância à atuação da jurisdição constitucional, principalmente por servir como parâmetro para o controle de constitucionalidade difuso, exercido por juízes e tribunais, e, concentradamente, pelo Supremo Tribunal Federal, além de condicionar a interpretação de todas as normas do ordenamento jurídico à Constituição.

Daí a importância prática de seus mecanismos de atuação.

Tanto é assim que o controle de constitucionalidade e a interpretação conforme a Constituição, não deixam de ser uma modalidade de interpretação e aplicação da Constituição, pois através deles é possível revogar norma infraconstitucional anterior à Constituição, quando com ela incompatível; declarar inconstitucional norma infraconstitucional posterior à Constituição, quando com ela incompatível; declarar a inconstitucionalidade por omissão; e, ainda, declarar a inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, bem como realizar uma leitura da norma infraconstitucional de forma que melhor alcance os fins e os valores constitucionalmente consagrados (BARROSO, 2009, p.364).

Sem embargo, o Poder Judiciário assumiu relevante papel no exercício da jurisdição constitucional, notadamente em face do controle de constitucionalidade, exercido por todos os seus órgãos decisórios, encarregando-lhes de pronunciar a invalidade de normas ou atos normativos incompatíveis com o texto da Constituição, paralisando, portanto, sua eficácia.

No entanto é importante levar em conta que, apesar de o Poder Judiciário possuir competência para invalidar ato do Legislativo, muito se discute a respeito de como ficaria a legitimidade democrática do Judiciário caso viesse a assumir a função de legislador positivo.

Evidentemente, com a Constituição de 1988, os poderes dos juízes aumentaram de forma significativa, o que os levaram a uma mudança de postura, rompendo com o paradigma racionalista-liberal. A partir da leitura do processo pelas normas de direitos fundamentais tornou-se possível contextualizar o texto normativo com a realidade presenciada pelas partes.

Por isso é que a constitucionalização do direito apresenta tamanha importância, pois além de contribuir para a normalidade institucional e para o alcance da supremacia da Constituição, demonstra a preocupação em promover os direitos fundamentais e, por sua vez, impor limites à atuação dos Poderes.

A par disso, a jurisdição constitucional, exercida desde o juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal, reuniu maiores condições para buscar a aplicação das normas constitucionais, mediante a interpretação conforme a Constituição, podendo, inclusive, recusá-las se forem consideradas inconstitucionais (BARROSO, 2009, p.383).

Não é para menos que a litigância judicial nos tribunais aumentou, sobremaneira, com a atuação cada vez maior dos legitimados à propositura das ações diretas. Tópico que, ao final, abordará a justiça em números, no tocante ao exercício do controle concentrado.

CAPÍTULO 2 – APONTAMENTOS TEÓRICOS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 BREVES NOTAS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A princípio, cumpre analisar o emprego das expressões direitos humanos e direitos fundamentais. Seriam elas sinônimas?

É comum atribuir o mesmo significado aos direitos humanos, aos direitos fundamentais e até mesmo aos direitos do homem. Evidentemente que tais expressões estão mutuamente inseridas e, tão logo, se autocomplementam, pois os direitos fundamentais, de certa forma, constituem direitos humanos, mesmo porque o titular do direito será sempre o ser humano, ainda que representado por grupos, povos, Estado.

No entanto, há que se atentar para uma distinção que é peculiar à compreensão de ambos os direitos (humanos e fundamentais), pela qual os direitos fundamentais correspondem àqueles reconhecidos e positivados na ordem constitucional interna, ao passo que os direitos humanos apresentam sustentação no plano internacional.

Nesse sentido é o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional) (2009, p.29).

O critério mais relevante para a distinção entre ambos os termos diz respeito à concreção positiva. O conceito de direitos fundamentais é bem mais preciso e restrito do que o dos direitos humanos, na medida em que representam o início e o fim da Constituição, ou seja, constituem os direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos pelo direito constitucional positivo interno, tratando-se, portanto, “[...] de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito” (SARLET, 2009, p.31).

Não seria por outra razão que a cada realidade histórica, cada Estado apresenta direitos fundamentais específicos, assim o foi no Estado Liberal com a consagração dos

direitos individuais (direito à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança), bem como a positivação de direitos sociais no Estado Social, daí sua aceção restrita.

A par disso, Konrad Hesse citado por Gilmar Ferreira Mendes, sintetiza o que se pretende dizer:

[...] a validade universal dos direitos fundamentais não supõe uniformidade. A razão é bem conhecida: o conteúdo e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente das peculiaridades, da cultura e da história dos povos (2008, p.239).

Justamente por isso é que cada Constituição, por ser o documento que apresenta maior força vinculativa, possui um catálogo de direitos fundamentais, a fim de assegurar os valores indispensáveis à dignidade humana. Daí a importância da sua proteção por uma norma suprema.

Evidentemente, por força do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, os direitos fundamentais não se restringem apenas ao catálogo, conferindo o mesmo grau de proteção àqueles direitos implicitamente inseridos nas normas principiológicas ou àqueles decorrentes de tratados internacionais em que o Brasil seja signatário.

Além do que, apesar de os direitos fundamentais se manifestarem como direitos positivos de uma ordem constitucional interna, ao passo que os direitos humanos guardam relação com uma concepção jusnaturalista, nada impede que os direitos humanos, inerentes à própria condição e dignidade humana, sejam transformados em direitos fundamentais pelo modelo positivista e, tão logo, incorporem-se ao sistema positivo como elementos fundamentais (SARLET, 2009, p.32).

Somado a isso, dada a dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, segundo as quais é possível não apenas assegurar a proteção de direitos subjetivos, como também estabelecer princípios objetivos que norteiam todo o ordenamento jurídico, verifica-se o caráter de multifuncionalidade das normas de direitos fundamentais.

Significa dizer que em uma mesma norma de direito fundamental é possível avocar diferentes funções, diferentemente da regra. Importante trazer, portanto, a classificação que considera as funções que esses direitos podem assumir.

Dentre as esferas de direitos fundamentais há aquelas que merecem maior destaque, quais sejam: direitos de defesa (ou direitos de liberdade) e direitos a prestações (em sentido amplo e em sentido estrito).

Os direitos de defesa são direcionados à proteção do indivíduo, de forma a impor ao Estado um dever de abstenção, de não-interferência, não-intromissão no espaço de

autodeterminação do indivíduo, ou seja, visam assegurar os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, contra a ingerência do Estado (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.256).

Na verdade não se trata de uma exclusão absoluta da atuação do Estado na esfera do indivíduo, mas, acima de tudo, os direitos fundamentais objetivam a limitação da intervenção estatal, a fim de assegurar ao indivíduo certa liberdade e, por sua vez, um direito subjetivo para evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou, ainda, para eliminar agressões que esteja sofrendo em sua autonomia pessoal (SARLET, 2009, p.168).

A título de visualização, os direitos de defesa encontram-se, em grande medida, no rol do artigo 5º da Constituição Federal, como direitos individuais e coletivos. São eles: II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (princípio da legalidade); III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas; XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos; XXII – é garantido o direito de propriedade, entre outros.

Há quem trate os direitos sociais, em seu sentido amplo, como direito de defesa, principalmente diante de variada gama de direitos de defesa elencada no rol dos artigos 7º ao 11, da Constituição Federal.

Muito embora se refiram aos direitos sociais do trabalhador, boa parte deles representa “[...] concretizações do direito de liberdade e do princípio da igualdade (ou da não-discriminação), ou mesmo posições jurídicas dirigidas a uma proteção contra ingerências por parte dos poderes públicos e entidades privadas” (SARLET, 2009, p.176).

São exemplos de direitos sociais tipicamente relativos aos direitos de defesa: artigo 7º, XIII e XIV – limitação de jornada de trabalho; artigo 8º – liberdade de associação sindical; artigo 9º – direito de greve.

Enquanto os direitos de defesa objetivam assegurar a proteção do indivíduo face às ingerências do Estado, os direitos a prestação exigem uma atuação positiva do Estado, a fim de que, por intermédio dele, possam atenuar as disparidades sócio-econômicas e, tão logo, libertar os indivíduos das necessidades.

Ingo Wolfgang Sarlet retrata o alcance dos direitos a prestações:

Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não-intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o

Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção da liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos (2009, p.184-185).

Significa que, ao mesmo tempo em que os direitos de defesa asseguram as liberdades, os direitos a prestações buscam as condições materiais para o desfrute de tais liberdades, ou seja, os direitos prestacionais supõem, para a conquista e manutenção da liberdade, uma atuação ativa por parte do Poder Público.

Cumprido ao Estado, portanto, colocar à disposição dos indivíduos tanto as prestações de natureza jurídica (normativa), como as de natureza material (fática).

Os direitos a prestação jurídica exigem do Estado uma ação positiva para a elaboração de normas, de forma que podem consistir na emissão de normas jurídicas penais ou de normas de organização e procedimento. Trata-se do direito a prestação em sentido amplo, que engloba o direito de proteção e de participação na organização e procedimento.

Assim, os direitos à proteção podem ser entendidos como posições jurídicas fundamentais outorgadas ao titular de direitos fundamentais para exigir do Estado proteção contra a ingerência de terceiros, abrangendo não só a vida, a saúde, mas todo bem que seja digno de proteção a partir da perspectiva dos direitos fundamentais, como a dignidade, a liberdade, a propriedade e a família (ALEXY, 2008, p.450).

A propósito, a Constituição Federal confere o direito à proteção mediante regulamentação legislativa ao estabelecer, por exemplo, a edição de normas penais para punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (artigo 5º, XLI), assim como práticas de racismo (artigo 5º, XLII), torturas, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo (artigo 5º, XLIII).

Não obstante a isso, há aqueles direitos fundamentais que dependem de normas de organização e de procedimento para alcançar a pretensão de eficácia. É o caso, por exemplo, do direito à prestação jurisdicional, o qual, sem o procedimento adequado, torna-se inviável.

Tamanha a relevância dos direitos de organização e de procedimento que foram tidos como um autêntico devido processo (due process) dos direitos fundamentais.

Justamente por isso é que Konrad Hesse, citado por Ingo Wolfgang Sarlet, sustentou a tese de que “[...] a organização e o procedimento podem ser considerados em muitos casos até mesmo o único meio para alcançar um resultado conforme aos direitos fundamentais e de assegurar a sua eficácia” (2009, p.194).

O direito à organização e ao procedimento, trata-se, portanto, de normas que conferem vida aos direitos fundamentais, tanto que o direito de propriedade não é sequer

imaginável sem disciplina normativa, do mesmo modo que o acesso à justiça só é viabilizado mediante a organização da estrutura do Poder Judiciário e as regras processuais de procedimento (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.259).

Ademais, incluem-se também no grupo dos direitos de participação na organização e procedimento, tanto os direitos referentes aos partidos políticos, na medida em que se trata de prestações direcionadas à manutenção da estrutura organizacional dos partidos políticos, como a igualdade de oportunidades no que diz respeito à participação no processo democrático (SARLET, 2009, p.196).

Importante ressaltar que a dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais possui maior relevância no âmbito infraconstitucional e confere uma margem de discricionariedade ao legislador, já que, na maior parte das vezes, é o responsável pela criação das estruturas organizacionais e dos procedimentos avocados pelos direitos fundamentais (SARLET, 2009, p.198).

Em que pese a análise dos direitos a prestação, há ainda aqueles referentes às prestações materiais ou fáticas, também chamados de direitos a prestação em sentido estrito e identificados por direitos fundamentais sociais.

Na verdade, os direitos fundamentais sociais, em contraste com os direitos de defesa, foram concebidos para atenuar as desigualdades, a fim de promover a liberdade e a igualdade substantiva entre os indivíduos, mediante a atuação positiva do Estado.

Não é para menos que Ingo Wolfgang Sarlet afirma que, em certa medida, a liberdade e a igualdade são efetivadas por meio dos direitos fundamentais sociais.

O certo é que os direitos fundamentais sociais a prestações, diversamente dos direitos de defesa, objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada (2009, p.199).

No tocante aos direitos sociais prestacionais, por sua especial relevância, podem ser elencados conforme seu objeto, seja quanto ao direito do trabalho (direito à proteção do trabalhador, seguro-desemprego, política de pleno emprego), ao direito à seguridade social (direito à saúde, à previdência), ao direito sociocultural (educação, acesso à cultura), ou, ainda, ao direito ao meio ambiente e qualidade de vida (moradia, meio ambiente ecologicamente equilibrado) (SARLET, 2009, p.203).

Tanto é assim que alguns exemplos podem ser extraídos do texto constitucional, como o direito ao trabalho, à educação, à saúde, à assistência social, ao lazer, à infância, à licença-maternidade, à previdência social, entre outros.

No entanto, apesar de a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, § 1º, conferir aplicação imediata às normas de direito fundamental, muitos dos direitos sociais necessitam da intervenção do legislador para que possam produzir seus principais efeitos.

Para tanto, não basta a mera regulamentação. O legislador infraconstitucional, mesmo diante de certa discricionariedade, cabe-lhe a análise não só das necessidades sociais, mas também da conjuntura econômica e das disponibilidades orçamentárias do momento. Trata-se de uma restrição: a reserva do possível⁵.

Significa que a efetivação desses direitos em muito depende da atuação do Poder Legislativo, responsável em fixar a linha divisória entre a política financeira e social. Logo, não cabe ao Poder Judiciário, pelo menos a princípio, assumir a função de legislar.

Por isso, em se tratando de direitos a prestação cabe, primacialmente, ao Estado, na figura do legislador, a incumbência de legislar, já que a elaboração de leis é de seu encargo. No entanto, diante da omissão de regulamentação, fica a cargo da atividade jurisdicional buscar a realização dos direitos fundamentais, bem como assegurar os procedimentos democráticos e a estabilidade institucional, sem, contudo, abusar desta discricionariedade a ponto de engessar o próprio legislativo.

Em consequência disso, coloca-se em discussão a questão da judicialização da política e do ativismo judicial e, por sua vez, a legitimidade democrática do Poder Judiciário, os quais serão detalhadamente explorados ao longo do trabalho.

2.2 TRAJETÓRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A evolução histórica dos direitos fundamentais assinala o surgimento do Estado Constitucional, cuja sustentação se dá mediante o reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana, além de serem considerados, por alguns, como limitação do poder estatal (SARLET, 2009, p.36).

A trajetória dos direitos fundamentais é rodeada por paradigmas, sejam eles de cunho liberal, social ou até mesmo ao que se pode chamar de pós-social, sem, contudo, provocar

⁵ Sobre o assunto, remete-se ao item 4.1.2.

total ruptura entre os modelos, até porque, conforme Hanna Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído da convivência coletiva (LAFER, 1988, p.22).

Não há como retirar dos direitos fundamentais a sua historicidade, já que a cada época, gradativamente, novas conquistas sociais, políticas, culturais preponderaram em detrimento dos velhos poderes, sem, contudo, instituírem-se de uma vez e nem de uma vez por todas (BOBBIO, 1992, p.05).

Tanto é assim que, após a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, desenhava-se o início de uma nova época e o fim de outra, de tal forma que culminou com o reconhecimento interno nos Estados modernos, notadamente mediante as Cartas Constitucionais, daqueles que foram denominados direitos de primeira geração. Representa o grande marco da história do gênero humano na história do Ocidente (PADILHA, 2006, p.24).

Apenas a título de elucidação, a pesquisa não se atém à distinção entre as expressões “gerações de direitos” e “dimensões dos direitos fundamentais”, apenas denota que esta última seria empregada para não configurar uma ideia de substituição de uma geração por outra.

No entanto, a visão dos direitos fundamentais sob o viés das gerações não traz nenhum prejuízo, apenas indica os diferentes momentos vivenciados por cada direito. A evolução é dada de modo cumulativo, de tal forma que cada direito de cada geração permanece válido perante as novas gerações.

Feita as devidas considerações, o trabalho passará a adotar o termo “geração de direitos”.

2.2.1 Estado Liberal e os direitos de primeira geração

O poder no, até então, Estado Absolutista, centrava-se na figura do monarca. A partir do cenário da Revolução Francesa, a burguesia buscava exatamente a limitação desse poder. Enfatizava a importância de garantir as liberdades privadas do indivíduo, de forma a limitar o poder político. Assim é que no ideário liberal prevaleceu a tese lockeana de direitos humanos conhecida como a “liberdade dos modernos” (SARMENTO, 2008, p.08).

Foi por meio da Revolução Francesa que o espaço da liberdade individual abriu o caminho para a reivindicação e proteção dos direitos individuais, fundamentando o Estado Liberal (PADILHA, 2006, p.25).

No entanto é importante observar que apesar de a liberdade ser a grande base do liberalismo e, tão logo, dos direitos de primeira geração, há que considerar duas importantes distinções: a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos.

Segundo José Murilo de Carvalho, a primeira diz respeito à liberdade de participação coletiva do governo, à liberdade de decidir em praça pública os negócios do governo, enfim, correspondia à liberdade do homem público, ao passo que, a liberdade dos modernos se reportava à liberdade de ir e vir, de propriedade, de opinião, de religião (2003, p.17).

O fato de não haver mais um envolvimento direto dos indivíduos na participação política, não implica exclusão. Faz-se agora mediante a representação, já que o desenvolvimento do comércio e da indústria não permitia mais aos indivíduos a mesma disposição de tempo e entusiasmo para se dedicar às negociações políticas em praça pública (CARVALHO, 2003, p.18).

O que se passou a buscar foi a felicidade pessoal mediante a realização dos interesses individuais.

Assim, os indivíduos possuíam direitos naturais e imprescritíveis, em especial a propriedade, que deveriam ser respeitados pelo Estado. E, exatamente em razão da força simbólica que envolveu a Revolução Francesa, sob a forma dos ideais de igualdade, liberdade e fraternidade, beneficiou tão-somente a classe economicamente mais abastada: burguesia.

Apesar do reconhecimento jurídico da igualdade formal entre as pessoas, não há que se falar em democracia, instituto central de Rousseau, já que a atribuição dos direitos políticos era destinada apenas à classe detentora de poder, a burguesia, por meio do voto censitário.

Somado a isso, a elaboração de uma Constituição, lei escrita e superior às demais normas, era condição necessária para a legitimação de poder da burguesia, pois somente assim conseguiria limitar os poderes do Estado. Daí a oportuna separação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Todas essas medidas concernentes à igualdade formal, garantia da liberdade individual e do direito de propriedade, bem como à limitação do poder estatal, foram pontuais para a ascensão da burguesia em detrimento da nobreza e, acima de tudo, propositais para assegurar suas relações de comércio.

Na realidade, os direitos fundamentais foram concebidos com a finalidade de conter o exercício dos poderes do Estado em prol da liberdade individual dos governados, o que acentuou a dicotomia entre público e privado.

A liberdade era também protegida pelos dois sistemas jurídicos, a Constituição e o Código Civil, conforme retrata Daniel Sarmiento:

Nas relações entre Estado e indivíduo valia a Constituição, que limitava os governantes em prol da liberdade individual dos governados, enquanto, no campo privado, o Código Civil desempenhava o papel de constituição de sociedade civil, juridicizando as relações entre particulares de acordo com regras gerais, supostamente imutáveis, porque fundadas nos postulados do racionalismo jusnaturalista, que tinham seu centro gravitacional na idéia de autonomia privada (2008, p.12).

Segundo a lógica do Estado Liberal, a intervenção estatal deveria ser reduzida ao mínimo, a fim de assegurar a liberdade do indivíduo e, por sua vez, a regulação espontânea da sociedade. Isso se dava mediante a atuação da mão invisível, a qual visava não apenas o ajuste automático das relações de mercado, como também equacionar os problemas sociais.

Com a ascensão da burguesia no poder, a liberdade foi por ela usurpada. Na verdade, “[...] o que ela representava era uma liberdade de cunho político, que se compadecia harmoniosamente com os seus interesses de classe social preponderante e com a ordem de relações econômicas que sustentava [...]” (BONAVIDES, 2004, p.67).

Dentro do paradigma liberal, os direitos fundamentais foram instrumentos de limitação aos poderes dos governantes, acentuando a linha divisória entre o público e o privado, de tal forma que prevalecia a superioridade do indivíduo sobre o Estado. Segundo José Joaquim Gomes Canotilho: “[...] o ‘homem civil’ precederia o ‘homem político’ e o ‘burguês estaria antes do cidadão” (1998, p.93).

A bem da verdade, os direitos fundamentais variam de acordo com a ideologia, a forma de Estado, os valores e os princípios que cada Constituição consagra, ou seja, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos (SCHMITT *APUD* BONAVIDES, 2003, p.561).

Tanto é assim que, a partir da positivação das declarações de direito, do século XVIII até os dias de hoje, os direitos consagrados nas Constituições e instrumentos internacionais foram se modificando conforme as transformações históricas, sociais e políticas. “É difícil, conseqüentemente, atribuir uma dimensão permanente, não-variável e absoluta para direitos que se revelaram historicamente relativos” (LAFER, 1988, p. 124).

É evidente que a influência dos ideais da Revolução Francesa é tamanha, mesmo porque até hoje provoca reflexos na incidência dos direitos fundamentais, cada qual ensejando inspiração a determinada geração. A liberdade como fonte dos direitos políticos e individuais, a igualdade concernente aos direitos sociais e a fraternidade aos direitos difusos e coletivos.

Com a passagem da Idade Média para a Idade Moderna o tema central remeteu-se ao individualismo, o qual passou a ser parte integrante da lógica da modernidade, a fim de

assegurar a liberdade como a faculdade de autodeterminação de todo ser humano (LAFER, 1999, p.120).

O individualismo associado à liberdade conduz à subjetividade histórica, condição central para a existência dos direitos humanos. Não seria por outra razão que Kant, citado por Norberto Bobbio, considerava os indivíduos capazes de conduzir seu próprio destino e, por sua vez, condicionava a busca pelo direito como consequência intrínseca à própria natureza humana (1992, p.86).

Por isso mesmo é que Kant define a liberdade da seguinte maneira: “A liberdade jurídica é a faculdade de só obedecer as leis externas às quais pude dar o meu assentimento.” Enfim, atribui a validade e legitimação do Estado e do ordenamento ao consentimento do indivíduo (KANT *APUD* BOBBIO, 1992, p.86).

Logo, o indivíduo é visto como o ente soberano, pois apresenta o poder de criar a sociedade, em razão de sua subjetividade histórica. No entanto, a soberania popular só é considerada legítima se amparada pelo consentimento individual.

A ideia de subjetividade histórica consagrou o indivíduo como sujeito potencial da comunidade internacional, tanto é assim que os reflexos da concepção individualista da sociedade são amplamente reconhecidos pelas Constituições e Declarações.

De tal forma que a partir da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, bem como da independência do Estado norte-americano e da sua respectiva Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, retratam a universalidade do indivíduo, dando início a uma nova era.

Para evitar qualquer tipo de controvérsia histórica a respeito das duas Declarações e qual das duas teria exercido maior influência, a pesquisa remeter-se-á à Declaração francesa, já que durante dois séculos foi o modelo inspirador das liberdades individuais.

A Declaração francesa constituiu um dos documentos mais importantes para a consagração do movimento iluminista-liberal, notadamente referente aos direitos individuais. Assim é que prevê somente direitos voltados à proteção do indivíduo (singular e abstrato), sem qualquer menção à liberdade de reunião ou de associação. Retrata a proteção dos direitos naturais do indivíduo (direitos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade) como forma de limitação ao poder estatal.

Dotada de universalidade, retrata os ideais da Revolução Francesa e, por óbvio, elaborados pela e para a classe detentora do poder, a burguesia, de tal forma que tratou a propriedade como direito sagrado e inviolável.

A começar pelo primeiro artigo: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”, o qual expressou, através do reconhecimento da liberdade religiosa e de opinião dos indivíduos, a emancipação do poder político em relação ao poder religioso, bem como por meio da liberdade de iniciativa econômica, a emancipação do poder econômico e do poder político (LAFER, 1988, p.126).

Para a teoria de Kant, que conclui essa primeira fase dos direitos do homem, a qual culminou na Declaração de direitos enunciada pelos detentores do poder (classe burguesa), o homem natural possuía apenas um direito, o direito de liberdade, de forma que todos os demais, inclusive o direito à igualdade, estavam compreendidos nele (BOBBIO, 1992, p.73-74).

Na verdade o Estado de Natureza figura como uma ficção doutrinária para justificar racionalmente os direitos inerentes à própria natureza do homem, já que o ser humano quando dotado de razão, torna-se livre.

Segundo Thomas Paine, citado por Norberto Bobbio, para fundamentar os direitos civis é preciso transcender a história:

A história nada prova salvo os nossos erros, dos quais devemos nos libertar. O único ponto de partida para escapar dela é reafirmar a unidade do gênero humano, que a história dividiu. Só assim se descobre que o homem, antes de ter direitos civis que são o produto da história, tem direitos naturais que os precedem; e esses direitos naturais são o fundamento de todos os direitos civis (1992, p.88).

Por isso que a Declaração francesa elenca como direitos naturais e imprescritíveis do homem a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. E, como tais, “invioláveis por parte dos detentores do poder público, inalienáveis pelos seus próprios titulares e imprescritíveis por mais longa que fosse a duração de sua violação ou alienação” (BOBBIO, 1992, p.74).

Traz ainda no corpo de seu texto a consagração da razão com princípio de soberania, a definição de liberdade, a participação política, a liberdade de religião e expressão e a importância da separação dos Poderes.

Essa positivação das reivindicações burguesas para fins de limitações do poder estatal, aliadas à garantia das liberdades individuais, corresponde aos direitos de primeira geração.

Por força da presença dos ideais da Revolução Francesa é que os textos constitucionais disseminaram por todo o Ocidente. Tanto é assim que no Brasil, o projeto da primeira Constituinte, no período imperial, seguia basicamente a ideia de organização dos

Poderes⁶ elaborada por Montesquieu, bem como a garantia dos direitos individuais e políticos projetados pela Constituição francesa de 1791 (BONAVIDES, 2003, p.363).

Os direitos de primeira geração já se consolidaram universalmente, não há que se falar em Constituição sem que os traga em toda a sua extensão. Paulo Bonavides os define:

Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (2003, p.563-564).

Tais direitos, conquistados no século XVIII, cuidam das liberdades públicas, ou seja, dos direitos individuais inerentes ao homem. A propósito, inspiraram a Constituição Federal de 1988, de forma que em seu artigo 5º afirma: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”

A princípio, a base de qualquer Constituição era assentada na organização do exercício do poder político. Somente após a Revolução Francesa é que os direitos fundamentais passaram a incorporar os textos constitucionais – algo que só veio a definitivamente se consolidar após o término da 2ª Guerra Mundial, quando os países civilizados transpassaram direitos e garantias individuais – muitos deles revestidos de princípios gerais do direito – para o âmbito das Constituições.

Toda Lei Fundamental é composta por normas constitucionais de organização, destinadas à ordenação dos Poderes do Estado, à criação e estruturação dos órgãos públicos, bem como às respectivas atribuições. Os exemplos retratam diversas funções que variam desde a divisão orgânica do poder, sistema de governo, competências, até normas procedimentais sobre a revisão da própria Constituição (BARROSO, 2003, p.97-98).

Sem embargo, as Constituições Modernas além das normas de organização ou de direitos políticos, trazem também no corpo de seu texto as chamadas normas constitucionais definidoras de direitos, quais sejam: os direitos fundamentais, os quais se repartem em direitos políticos, individuais, sociais e coletivos e difusos.

Os direitos políticos abrangem os direitos quanto à nacionalidade e ao exercício da cidadania. O primeiro porque, uma vez preenchidos os requisitos do artigo 12 da Constituição Federal de 1988, assegura-se ao indivíduo a sua participação política. Por via de consequência, confere-lhe o exercício de cidadania, tanto pela capacidade eleitoral, como pela

⁶ Segundo Paulo Bonavides, a Constituição do Império foi a única Constituição do mundo que acrescentou à organização tridimensional dos poderes o Moderador, de que era titular o Imperador e compunha toda a organização política do Império (2003, p.363-364).

capacidade eletiva, nos termos dos artigos 14 a 16. Logo, a cidadania pressupõe a nacionalidade.

Já os direitos individuais, notadamente de primeira geração e, em especial, decorrentes da Declaração Francesa de 1789, por sofrerem tamanha influência do movimento iluminista-liberal, constituem restrições ao poder do Estado.

Tanto é assim que o documento de proteção dos direitos do Homem prevê somente direitos voltados à proteção do indivíduo (singular e abstrato), sem qualquer menção à liberdade de reunião ou de associação. Retrata a proteção dos direitos naturais do indivíduo, quais sejam, direitos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, como forma de limitação ao poder estatal.

A autonomia e a iniciativa dos particulares devem ser preservadas diante da colisão com o Estado, já que os direitos individuais por implicarem obrigações negativas, impõem a abstenção de determinado comportamento por parte dos órgãos públicos (BOBBIO, 1992, p.21).

Apesar de a Declaração francesa não abordar a liberdade de associação, com a evolução do liberalismo foi possível reconhecer direitos individuais exercidos coletivamente. A sua primeira aparição se deu na Primeira Emenda da Constituição Americana, que, a partir de então, permitiu o surgimento dos partidos políticos e sindicatos (LAFER, 1988, p.127).

Por um longo período o Estado Liberal foi visto como base para uma boa ordem econômica. De acordo com tal ideário, o Estado deveria intervir o mínimo possível na esfera particular, mesmo porque a *Lex Mercatoria* não admitia qualquer tipo de ingerências.

Para António José Avelãs Nunes, “a desigualdade económica é considerada uma característica inerente às sociedades burguesas, apesar de estas terem vindo proclamar que todos os homens (mesmo os trabalhadores) são livres e iguais perante a lei” (2003, p.30).

Entendia-se, sob esse prisma, que a acumulação primitiva do capital concentrava-se nas mãos de uma nova classe social (a burguesia), fazendo-se remissão à teoria do pecado original na teologia: “[...] sendo todos os homens iguais, acumulam e enriquecem os que são trabalhadores (industriosos), poupados (parcimoniosos) e inteligentes; estão condenados a ser pobres os que são preguiçosos, perdulários e incapazes (pouco inteligentes)” (NUNES, 2003, p.30).

Isso sem falar que o Estado liberal exerceu decisiva influência sobre a atuação do juiz, que deveria somente declarar a lei ao caso concreto, nada mais sendo do que a “boca da lei” ou, ainda, seu “escravo”. Jamais poderia criar o direito. Essa tarefa incumbia exclusivamente ao legislador. Ademais, em nenhuma hipótese permitia-se ao juiz emitir

ordens às partes, por faltar-lhe poder de *imperium*.

Porém, tal modo de pensar, plenamente justificado pelo momento histórico, com o tempo, deixou a desejar, em especial no tocante ao aspecto social.

2.2.2 Estado Social e os direitos de segunda geração

Diante dos valores individualistas do Estado Liberal desenvolve-se a economia de mercado, baseada na livre iniciativa e no acúmulo de capital, conferindo à burguesia a ideia de partícipe da modernidade. Acontece que, o trabalhador, enquanto mercadoria, viu-se atropelado, após a Revolução Industrial, tornando seu trabalho destituído de qualquer valor (PADILHA, 2006, p.26).

Por esta razão é que forçadamente o Estado Social emergiu em detrimento do Estado Liberal, pois, na mesma medida em que a classe burguesa evocava forças para implementar o capitalismo, em sentido contrário, surgia uma nova classe social: o proletariado, que, por sua vez, estabeleceu um novo direito, qual seja o direito social de segunda geração.

O antagonismo entre a ideologia dominante liberal que tentava afirmar a sua existência e o aparecimento de uma força contrária (classe dos trabalhadores) foi determinante para o surgimento do Estado Social, também chamado de Estado Providência.

Quanto mais a burguesia lutava para permanecer no poder, mais a força contrária (classe operária) se fortalecia. Tanto é assim que não faltaram movimentos sindicais organizados pelos operários na luta contra a dominação da burguesia. Foi por conta desses movimentos que a classe burguesa se viu forçada a reconhecer direitos sociais e a modificar a estruturação do Estado.

A primeira geração de direitos foi complementada historicamente pelas reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do chamado “bem-estar social”, o que resultou nos direitos de segunda geração, os quais, de acordo com a política de *Welfare State*, representam direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade (LAFER, 1999, p.127).

O Estado Social se desenvolveu a partir da Revolução Industrial, cuja missão era de desenvolver, no plano nacional, o crescimento econômico do país e a proteção social dos indivíduos, visto como um instrumento de transformação e de regulações sociais.

Segundo Max Weber *apud* André-Nöel Roth, “[...] o Estado Moderno passou de uma associação ordenadora (ideal do Estado do Direito Liberal) para uma associação reguladora (o Estado de Direito Social)” (1998, p.17).

Ao contrário do Estado Liberal, para a política do *Welfare State* o mercado é visto como instituição e não existe naturalmente, pelo contrário, depende das leis e da regulamentação emitidas pelo Estado, a ponto de somente promover a alocação de recursos se houver um Estado forte que o sustente (BRESSER PEREIRA, 1996, p.66).

A presença de um Estado forte e interventor foi necessária até mesmo para conter os abusos cometidos pelos agentes econômicos, pois cada vez mais começaram a surgir monopólios prejudiciais à livre concorrência. Justamente para a preservação do próprio sistema capitalista é que se tornou necessária a atuação ativa do Estado (SARMENTO, 2008, p.18).

Neste momento o Estado de liberal passa para social, preocupado com a promoção dos direitos sociais, a fim de assegurar não apenas a liberdade do indivíduo, mas também as condições mínimas de existência para cada cidadão.

Como forma de superação da condição unicamente individual, surgem os direitos sociais no âmbito da Revolução Industrial. O reconhecimento de tais direitos se deu de modo mais acentuado a partir da Constituição mexicana, de 1917, e da Constituição de Weimar, de 1919 e, no Brasil, da Constituição de 1934.

No entanto, já havia a previsão de direitos sociais na Constituição Francesa de 1791 ao prever a instituição de *secours publics* para criar crianças abandonadas, aliviar os pobres doentes e oferecer trabalho aos pobres inválidos que não o encontrassem. Também aparecem, apesar de apresentar uma constituinte conservadora, na Constituição Francesa de 1848, a qual retratou os problemas decorrentes da Revolução Industrial e a condição operária (LAFER, 1999, p.128).

Os direitos sociais surgiram por força das reivindicações dos trabalhadores decorrentes do cenário da Revolução Industrial, notadamente em virtude do descaso com os problemas sociais ante a substituição do homem pela máquina e o consequente desemprego em massa.

O agravamento das disparidades sociais era evidente. O Estado não podia manter o papel absentéista, pois já não correspondia às exigências do momento. Precisava, portanto, assumir uma postura ativa para buscar a justiça social e realizar prestações positivas.

Diferentemente dos direitos individuais, os direitos sociais impõem uma prestação positiva por parte do Estado, visando, principalmente, a igualdade substantiva. Justamente por isso, a intervenção estatal é no sentido de assegurar as relações de trabalho, inclusive para a defesa do próprio trabalho contra o desemprego, como forma de reconhecimento e proteção dos direitos sociais (PADILHA, 2006, p.27).

Os direitos de segunda geração foram consagrados para atender os anseios sociais dos indivíduos, logo, têm como sujeito passivo o Estado e, evidentemente, assim como nos direitos de primeira geração, o titular continuar a ser o homem na sua individualidade (LAFER, 1999, p.127).

Enquanto os direitos individuais funcionam como escudo à atuação do Estado, os direitos sociais operam como barreira defensiva do indivíduo diante da dominação econômica de outros. Daí a importância da intervenção estatal a fim de neutralizar as distorções econômicas e, tão logo, assegurar direitos à segurança social, ao trabalho, à saúde, à educação, à participação no lucro das empresas, ao acesso à cultura, dentre outros (BARROSO, 2003, p.101).

O advento desta segunda geração de direitos fundamentais fez com que o Estado passasse a atuar como agente promotor de direitos sociais, ao ter que efetuar o cumprimento de prestações positivas e materiais, mediante a promoção de políticas sociais intervencionistas (SARMENTO, 2008, p.19).

Não bastava a mera igualdade formal e, por sua vez, o reconhecimento apenas formal da liberdade. Objetiva-se obter a igualdade material, concretizada no mundo dos fatos, e assegurar aos indivíduos as mínimas condições para desfrutarem a liberdade *para* e não apenas a liberdade *de*.

A inspiração dos direitos de segunda geração foi de natureza humanitária, visto que, diante da lei da oferta e da procura e da necessidade do emprego, fazia com que o próprio trabalhador se vendesse, sem qualquer respeito à dignidade humana. Justamente por isso é que foi necessária a intervenção estatal para que os direitos mínimos e a dignidade do trabalhador fossem asseguradas (NAHAS, 2009, p.640).

A partir dessa intervenção, os direitos sociais passaram a ser vistos como direitos prestacionais, que, na visão de Robert Alexy, direito a prestações materiais em sentido estrito ou direitos fundamentais sociais.

Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito (2008, p.499).

Para Robert Alexy é possível vincular a efetividade dos direitos sociais sob o argumento da liberdade e do mínimo existencial, sob a análise de dois argumentos.

O primeiro deles sustenta que a liberdade jurídica, ou seja, a permissão jurídica de se

fazer ou deixar de fazer algo, não teria sentido sem a liberdade fática, posto que a liberdade só é real quando possui condições fáticas para seu exercício. Tal conteúdo já foi objeto de discussão do Tribunal Constitucional Federal: “o direito de liberdade não teria valor algum sem os pressupostos fáticos para poder fazer uso dele” (ALEXY, 2008, p.504).

A segunda tese retrata que nas sociedades industriais são necessárias ações estatais para impedir uma desvinculação entre a liberdade fática e a liberdade jurídica. Para tanto alerta que é preciso demonstrar por que a liberdade fática deve ser garantida diretamente pelos direitos fundamentais.

A importância da liberdade fática para o indivíduo está exatamente ligada à proteção do mínimo existencial, a fim de assegurar aos indivíduos condições mínimas de dignidade para que possam se desenvolver livremente.

Importante observar que, mesmo no âmbito do mínimo existencial, só é possível obter a liberdade plena aquele que possui capacidade para exercê-la e, para tanto, há que ser assegurada a liberdade real (fática), a qual se dá mediante os direitos fundamentais sociais (ALEXY, 2008, p.506).

Justamente para assegurar a liberdade jurídica aos indivíduos mais fragilizados economicamente e, por sua vez, a proteção do mínimo existencial, é deveras importante garantir o *status* de direito fundamental aos direitos sociais. “Sem isso, os direitos fundamentais serão letra morta, pois se configurarão em liberdades jurídicas, sem possibilidade fática de exercício por grande parte da sociedade” (SCAFF, 2006, p.152).

No entanto, os direitos de segunda geração ainda apresentam certo caráter de baixa normatividade e até mesmo de eficácia duvidosa, já que, por exigirem prestações positivas do Estado, nem sempre era possível de serem resgatáveis devido à carência ou insuficiência de meios e recursos (BONAVIDES, 2003, p.564).

Em razão dessa dificuldade, sofrem para alcançar efetividade. Exatamente por isso é que muitas vezes quem assume a responsabilidade de concretizar os direitos como à saúde, à educação, ao trabalho, entre outros, é o Judiciário. Porém, o que se discute é qual o grau de abrangência e legitimidade dessa atuação jurisdicional. Tópico que será mais detalhadamente estudado no último capítulo da pesquisa.

Existem alguns problemas práticos no tocante à tutela desses direitos, que se colocam tanto sob a perspectiva *ex parte principis*, quanto sob a *ex parte populi*.

A primeira delas diz respeito à governabilidade, cuja limitação corresponde à disponibilidade de meios e recursos que o Estado apresenta para cumprir os compromissos assumidos perante a coletividade. Trata-se de uma limitação de ordem orçamentária, atribuída

pela teoria da reserva do possível.

Na perspectiva *ex parte populi*, que é a da liberdade, a dificuldade está na expansão dos poderes do Estado, já que o atendimento e a satisfação dos direitos sociais dependem tão-somente da atuação do Estado, mediante a promoção dos indivíduos na sociedade com a implementação de políticas públicas sociais e a ampliação dos serviços públicos (LAFER, 1999, p.129).

Apesar da heterogeneidade jurídica que diferencia as liberdades clássicas (direitos de primeira geração) dos direitos de crédito (direitos de segunda geração), uma deve ser complemento da outra, afinal ambas as gerações se baseiam “[...] na intuição da irredutibilidade do ser humano ao todo do seu meio social, e no pressuposto de que a sua dignidade se afirmará com a existência de mais liberdade e menos privilégios” (LAFER, 1999, p.130).

Os direitos reconhecidos como do homem, sejam eles de primeira ou de segunda geração, remetem-se à figura do indivíduo. No entanto, diante do surgimento de novos anseios sociais, a dinamicidade do direito não permite que se valha por si mesmo.

2.2.3 Estado Democrático de Direito e os direitos de terceira geração

A evolução do Estado moderno, principalmente na segunda metade do século XX, se deparou com uma nova realidade, a do avanço tecnológico. Esse modo de produção social decorrente da revolução tecnológica passa a reclamar um novo direito que não se limite apenas aos contornos individuais ou mesmo coletivo, mas que, sobremaneira, seja dotado de altíssimo teor de humanismo e universalidade (PADILHA, 2006, p.28).

Da passagem da titularidade individual para a esfera de proteção universal, novos direitos passam a emergir na comunidade como um todo. Conferiu-se, assim, uma nova geração de direitos fundamentais referentes à ideia de fraternidade, ou quiçá, solidariedade, até então desconhecida. Trata-se dos direitos difusos e coletivos.

Os direitos de terceira geração, dotados de universalidade e altíssimo teor de humanidade, consolidam-se no século XX, superando a visão individualista-liberal e, por sua vez, a dicotomia entre público e privado, cujos destinatários não se tratam do indivíduo apenas, nem tampouco de apenas um grupo ou determinado Estado, mas sim o gênero humano por excelência (BONAVIDES, 2003, p.569).

A insurgência de novos direitos corresponde a um ciclo natural inerente à própria condição humana do indivíduo, além do que o direito “é sendo”, razão pela qual cabe a ele

atender os anseios e os interesses da sociedade como instrumento regulador da realidade social.

Assim é que o direito ao meio ambiente equilibrado, reconhecido, como tal, por um ordenamento jurídico, não era sequer cogitado quando propostos os direitos de segunda geração, do mesmo modo que não foram concebidos quando das Declarações de Direitos do Homem (PADILHA, 2006, p.29).

Tamanha é a dialeticidade do direito que é evidente o surgimento de novos direitos a cada nova realidade histórica, política, econômica e, por isso, merecem ser tutelados da mesma maneira que aqueles já consagrados positivamente.

Segundo Norberto Bobbio cada demanda social nasce em razão de determinados carecimentos, que, por sua vez, novos carecimentos nascem diante das mudanças sociais. Novos direitos, por óbvio, jamais nasceriam se novos anseios, decorrentes da transformação das condições sociais, não tivessem ocorrido. Com a evolução da sociedade novas realidades históricas foram se firmando, de tal modo que os direitos de terceira geração, como a proteção ao meio ambiente, jamais poderiam ter sido imaginados quando propostos os de segunda geração e assim sucessivamente (BOBBIO, 1992, p.07).

O processo de reconhecimento histórico dos direitos humanos se consolidou com a insurgência dos direitos de terceira, quarta e, quiçá, quinta geração, os quais passaram a desempenhar um papel fundamental como sustentação para as reivindicações jurídicas dos desprivilegiados (LAFER, 1999, p.131).

Celso Lafer atribui a titularidade desses direitos não apenas ao indivíduo na sua singularidade, mas sim aos grupos humanos como a família, a nação, as coletividades regionais, étnicas e a própria humanidade. Logo, não seria outro o resultado senão a multiplicidade infinita dos grupos, ensejando o surgimento de novas e difusas matérias a serem tuteladas (1999, p.131-132).

Alguns dos exemplos que representam os direitos de terceira geração, tidos como difusos e coletivos, são: direito ao desenvolvimento, direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, direito de comunicação.

O objeto dos direitos difusos e coletivos é indivisível e seu alcance atinge um número indeterminado de pessoas, de tal forma que os reflexos desses direitos repercutem na esfera de todos os seus titulares. Significa que: “[...] a satisfação de um dos seus titulares implica na satisfação de todos, do mesmo passo que a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade.” (BARROSO, 2003, p.102).

Por tal razão, cada vez mais esses direitos têm se consagrado nas Constituições. Assim é que o texto constitucional brasileiro assegura a propositura de ação popular para fins de proteção ao patrimônio público, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural. Somado a isso, confere legitimidade ao Ministério Público e a terceiros para a ação civil pública, nos casos de responsabilidade por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de peculiar valor histórico, artístico, paisagístico, turístico e estético, a fim de tutelar os direitos e interesses transindividuais.

2.2.4 Direitos de quarta e quinta geração

É evidente que o processo de formulação de novos direitos representa os anseios sociais de cada ocasião e, justamente em razão de sua historicidade, não há como estagná-lo. Vive em constante transformação, já que os fatos ocorrem de maneira muito mais dinâmica do que a própria atividade legislativa.

Com base nesta constatação, Etienne-R. Mbaya citado por Paulo Bonavides, conclui que: “[...] um sistema de direitos se faz conhecido e reconhecido, abrem-se novas regiões da liberdade que devem ser exploradas” (2003, p.570).

Na verdade, boa parte desses direitos, alguns ainda em processo de reivindicação e desenvolvimento, corresponde aos novos vieses decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana, vinculados à ideia de liberdade e à proteção da vida. Cuida-se, portanto, da reivindicação de novas liberdades fundamentais, cujo reconhecimento é imperioso diante da sociedade industrial e tecnológica (SARLET, 2009, p.50).

Tanto é assim que a partir da evolução da sociedade a insurgência de novos direitos é inevitável, principalmente para assegurar as novas exigências da dignidade humana, em especial após os governos de Margareth Thatcher, na Inglaterra, e de Ronald Regan, nos Estados Unidos, mediante os quais a globalização passa a ganhar força e impor a reestruturação do Estado e de suas funções.

Exatamente em razão dessa nova força é que o Estado Social não conseguiu sustentar seus mecanismos de regulação da sociedade civil, mesmo porque não tinham o mesmo efeito ante a nova ordem mundial globalizada.

É certo que a globalização neoliberal não é nem um pouco domesticável, pelo contrário, cada vez mais se volta à maximização dos lucros, sem nenhuma preocupação em atribuir valor para a vida humana, a fim de garantir as mínimas condições existenciais aos indivíduos (FARIA; KUNTZ, 2002, p.150).

Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, porém não diz respeito à ideologia neoliberal, mas radica-se na teoria dos direitos fundamentais. Trata-se da universalização dos direitos fundamentais no campo institucional, a qual corresponde à derradeira institucionalização do Estado Social (BONAVIDES, 2003, p.170).

Para Paulo Bonavides a globalização política na esfera normativa jurídica resulta na incidência dos direitos de quarta geração, a saber: direito à democracia, direito à informação e direito ao pluralismo, de tal forma que não culminam somente a objetividade da segunda e terceira geração, como também absorvem a subjetividade dos direitos de primeira geração (2003, p.171).

Significa que a partir dos direitos de quarta geração, principalmente diante da democracia globalizada, é possível a fiscalização de constitucionalidade de todos os direitos enunciados pelas demais gerações, por meio da ação de controle nos moldes da democracia direta. Aliás, para Paulo Bonavides são “[...] infra-estruturas, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia” (2003, p.572).

E complementa que para o exercício da democracia faz-se necessária a atuação coadjuvadora do direito à informação e ao pluralismo.

A democracia positivada enquanto direito de quarta geração há de ser, de necessidade, uma Democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema (BONAVIDES, 2003, p.170).

Na verdade tais direitos ainda passam por um processo de reconhecimento, já que aguardam sua positivação tanto no ordenamento internacional, como no direito positivo interno. Exatamente por isso é que, apesar de promissores para a humanidade, ainda são vistos como uma expectativa para o futuro, de modo que “[...] compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política” (BONAVIDES, 2003, p.172).

Não obstante a isso, ante as descobertas tecnológicas e científicas, a realidade social se tornou cada vez mais impotente diante das transformações da sociedade, razão pela qual se faz necessário conferir maior atenção à qualidade de vida, disciplinando, assim, a biotecnologia e a biodiversidade, por exemplo.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet retrata que a evolução destes direitos não se dá tanto pela positivação nas Constituições, mas pela interpretação e criação jurisprudencial, tal como se verifica nos casos referentes à engenharia genética, no sentido do reconhecimento desses novos direitos (2009, p.59).

Tais direitos, aqui tratados como de quarta geração, guardadas as devidas proporções, necessitam de reconhecimento, pois cada vez mais o indivíduo carece do direito à segurança, ao meio ambiente sadio e equilibrado, à liberdade em face de agressões decorrentes da tecnologia.

Tamanha é a necessidade para a proteção dos direitos relacionados à biossegurança, à biodiversidade, à biotecnologia, à biopirataria, uma vez que o controle sobre os indivíduos por meio dos recursos da informática, tais como redes e bancos de dados pessoais, novas técnicas de investigação na esfera do processo penal, avanços científicos, bem como as ameaças da poluição ambiental, se mostra cada vez mais acentuado (SARLET, 2009, p.53).

Há, ainda, quem entenda que a trajetória dos direitos fundamentais possui mais uma geração na sua escala evolutiva, qual seja a quinta. Trata-se, segundo Paulo Bonavides, do direito à paz.

A princípio o direito à paz era classificado dentre os direitos de terceira geração, mas, segundo a proposta de Paulo Bonavides, tal direito merece passar por uma reclassificação mediante sua inserção em uma nova geração. Afirma que: “Tão característico e idôneo quanto a liberdade o fora em relação aos da primeira geração, a igualdade aos da segunda, a democracia aos da quarta e doravante a paz há de ser com respeito aos da quinta” (BONAVIDES, 2009).

Há também quem relacione os direitos de quinta geração à realidade virtual, principalmente diante da expansão das transformações tecnológicas ligadas à cibernética, capaz de conectar, em questão de segundo, um extremo a outro, rompendo as fronteiras físicas por meio da “rede”.

Justamente em razão da velocidade de informações que circula a cada segundo se faz necessário buscar a proteção, principalmente, dos direitos personalíssimos, como o direitos à imagem, à privacidade, à intimidade, bem como direitos autorais, por exemplo.

Enfim, tanto os direitos de primeira, segunda e terceira geração, como os de quarta e quinta, gravitam basicamente em torno dos postulados da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade, sem, contudo, fazer a devida referência à dignidade da pessoa humana, núcleo responsável pelo embasamento de grande parte dos direitos fundamentais.

2.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.3.1 A importância dos direitos fundamentais no Estado Constitucional

O Brasil ao longo de sua história presenciou um grande número de Constituições, desde a Carta Imperial de 1824 à Constituição Federal de 1988, num total de oito documentos, dentre os quais muitos se valeram de golpes de Estado.

Muito embora a partir da Constituição de 1988 o Estado brasileiro tenha conquistado uma importante normalidade institucional, com muitos avanços no campo social e na jurisdição constitucional em face das garantias políticas e jurídicas, ainda sofre com uma imensa quantidade de reparos e emendas em seu texto.

Tanto é assim que nos últimos vinte anos de experiência constitucional, mesmo se tratando de uma Constituição classificada como rígida, a qual só admite reformas em seu texto mediante um processo muito mais complexo do que a da legislação ordinária, ainda assim a quantidade de emendas impressiona, de tal modo que chegam ao total de cinquenta e sete.

A trajetória institucional brasileira foi marcada por diversas Constituições e emendas constitucionais, de forma que, em uma perspectiva jurídica, seguem na contramão do que o Estado de Direito propõe: a segurança e a estabilidade das relações jurídicas, políticas e sociais (BARROSO, 2003, p.47).

Na verdade, o ideal para uma Constituição seria que ela perdurasse e sobrepairasse aos entrosques políticos e econômicos, correspondendo aos anseios sociais, sem, contudo, abalar a mecânica do processo político. Mas, evidentemente, em uma sociedade sob constante tensão dialética, na qual os interesses são contraditórios e os conflitos inevitáveis, seria ingênuo propor a perenidade da Constituição (BARROSO, 2003, p.51).

A Constituição Federal é classificada como prolixa em razão de sua extensão, logo, traz no corpo de seu texto matérias muitas vezes alheias ao direito constitucional, as quais poderiam ser abordadas pela legislação infraconstitucional sem qualquer prejuízo formal ou material.

Exatamente em virtude do caráter prolixo é que a eficácia dos direitos constitucionais fica comprometida, diferentemente do que ocorre nas Constituições concisas, mediante as quais é possível conferir maior estabilidade constitucional, além de proporcionar maior flexibilidade para adaptar a Constituição a novas e imprevistas situações da ordem social, política, econômica e financeira (BONAVIDES, 2003, p.91).

A partir da síntese dos direitos fundamentais e da Constituição é que se passou a compreendê-los como forma de limitação ao poder estatal, tanto que se reproduziu na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 16, que: “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição” (SARLET, 2009, p.58).

De tal sorte, os direitos fundamentais se tornaram a base e o fundamento para o Estado Constitucional, expressando, portanto, “[...] a idéia de um Estado que, no exercício de seu poder, está condicionado aos limites fixados na Constituição” (SARLET, 2009, p.59).

Para Luigi Ferrajoli, citado por Ingo Wolfgang Sarlet, equivalem a vínculos substanciais que condicionam a validade material das normas, bem como norteiam os fins últimos de um Estado Constitucional de Direito (2009, p.60).

Tamanha a importância dos direitos fundamentais que a jurisprudência alemã do Tribunal Federal Constitucional conferiu-lhes o caráter de decisão jurídico-constitucional fundamental para todos os setores do Direito, nos termos do artigo 1º, inciso II, da Lei Fundamental de Bonn, segundo a qual os direitos fundamentais representam a base de toda comunidade humana (SARLET, 2009, p.60).

Muito embora não conste nenhuma norma na Constituição Federal que faça referência ao Estado Social, não significa dizer que os direitos sociais não encontram amparo legal. Assim o é quando retrata os fundamentos da República (dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho), os objetivos fundamentais (construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais), por exemplo, bem como ao elencá-los do artigo 6º a 11.

Na realidade, sob o aspecto de que para a realização dos direitos fundamentais exige-se uma democracia material, consagrada na dignidade humana, constituem condições de existência e legitimidade ao Estado Democrático e Social de Direito.

A democracia material é a base do Estado Constitucional de Direito, cuja importância é muito maior do que a ideia de governo da maioria, além do que não se restringe apenas à proteção dos direitos individuais, mas também à promoção de outros direitos fundamentais de cunho social, necessários para assegurar ao indivíduo o mínimo existencial, sem o qual não é possível desfrutar da liberdade (BARROSO, 2009, p.41).

No entanto, o que se nota é a presença de uma democracia formal, voltada à proteção dos direitos individuais e políticos. Apesar de a Constituição de 1988 consagrar os direitos fundamentais sociais, norteados pelo valor justiça material, a fim de garantir a igualdade de oportunidades, ainda assim apresenta dificuldade para sua concretização. Trata-se, pois, de

um dos grandes desafios da Constituição: como aplicar seu texto e como concretizá-lo.

Tanto é assim que um dos problemas do direito constitucional contemporâneo é exatamente em como juridicizar o Estado Social, como estabelecer novas técnicas ou efetivar os institutos processuais disponíveis (mandado de injunção, mandado de segurança coletivo, ação direta de inconstitucionalidade por omissão), para garantir os direitos sociais e, tão logo, a sua efetividade (BONAVIDES, 2003, p.373).

Além do que, diante da inflação de textos aludida pela Constituição Federal, cuja abordagem vai desde a instituição do Estado, organização dos Poderes e do exercício do poder político, definição dos direitos fundamentais, até minuciosa referência à ordem social, econômica e financeira, reflete no problema da efetividade.

Trata-se de um constitucionalismo pouco amadurecido, tendente a constitucionalizar o conjunto da vida social em uma infinidade de normas e, portanto, responsável pela chamada frustração constitucional, já que a presença de textos volumosos e detalhistas dificulta o exercício de interpretação atualizadora, restando, pois, ao Poder Derivado os esforços de revisão (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.16).

Apenas a título elucidativo, a efetividade das normas constitucionais não encontra este mesmo obstáculo nas Constituições sintéticas ou concisas. O exemplo que melhor retrata tal paradigma é o da Constituição dos Estados Unidos, a qual conta com somente sete artigos e vigora há mais de duzentos anos.

É evidente que a restrição do texto constitucional é fruto do sistema adotado: *common law*, no qual o direito positivado tem reduzida abrangência, já que a grande fonte das normas jurídicas não é a lei, mas sim a construção jurisprudencial. Por esta razão é que “[...] o juiz tem não apenas o poder de declarar o direito, como também o de criar ele próprio a regra que vai reger o caso submetido à sua apreciação. A Constituição norte-americana é o que a Suprema Corte, a cada época, afirma ser.” (BARROSO, 2003, p.54).

Já no caso brasileiro o papel das decisões dos tribunais não possui a mesma repercussão. Por apresentar sistema diverso, romano-germânico ou *civil law*, a fonte formal primária é lei, ao passo que a jurisprudência é fonte meramente informativa, disposta a vivificar os textos legais e conformá-los à realidade, sem, contudo, desprender-se do conteúdo normativo (BARROSO, 2003, p.23).

No entanto, desconsiderar que a jurisprudência também é fonte do direito é um tanto quanto ingênuo, pois não há o que questionar sobre sua legitimidade. Ora, o conjunto de decisões provenientes dos tribunais só é efetuado mediante a atuação da jurisdição

constitucional, a qual é autorizada pela própria Constituição Federal a conferir a última palavra.

Um exemplo recente que confirma este entendimento é a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que, diante da omissão do Poder Legislativo em legislar sobre a questão fidelidade partidária, esclareceu que os mandatos políticos pertencem aos partidos e não àqueles que se elegem sob as suas legendas, razão pela qual, se algum titular de cargo eletivo (de vereador a presidente da República) vier a trocar de partido, implicará na perda do mandato.⁷

Evidentemente que a pirâmide de Kelsen tem sua importância ao colocar no topo a lei fundamental (Constituição e emendas constitucionais), submetendo todo o ordenamento jurídico infraconstitucional. Por outro lado não há como desprezar a força atuante da jurisprudência, pois há muito deixou de ser uma fonte meramente secundária, tanto que o efeito “vinculante” das decisões dos tribunais superiores sobre os atos das instâncias inferiores já não é nenhuma novidade.

Apesar da relevância da diferenciação dos sistemas *common law* e romano-germânico, não cabe neste momento o aprofundamento do estudo quanto à extensão das Constituições, sejam elas prolixas, como a Constituição Federal de 1988, ou sintéticas como a norte-americana.

O que realmente importa é verificar se a Constituição atende as condições sociais e políticas que careçam ser disciplinadas, para que perdurem no tempo e possam ser reconhecidas pelos Poderes do Estado (FAGUNDES *APUD* BARROSO, 2003, p.55).

Muito embora a Constituição, materializada em um sistema jurídico composto por normas jurídicas (regras e princípios), esteja em vigência, não significa que tais normas, apesar de vigentes, possuam o mesmo grau de eficácia, seja ela jurídica se atingir o resultado jurídico pretendido pelo legislador, seja ela social, cujos efeitos refletem no mundo dos fatos.

Nota-se que as normas constitucionais possuem eficácia jurídica, mas não são todas que apresentam a capacidade de produzir efetivamente seus efeitos. Exatamente por isso é que o trabalho pretende explorar o alcance e a promoção dos direitos fundamentais.

2.3.2 O catálogo dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

A partir da promulgação da Constituição de 1988 houve um significativo avanço no

⁷ Fonte: STF. Informativo. n.482, de 1º a 5 de outubro de 2007.

tocante aos direitos fundamentais, notadamente quanto à sua proteção. Isso decorre do movimento de redemocratização do país após longo período da ditadura militar.

Os direitos fundamentais representam uma reação do Constituinte e das forças sociais e políticas ao regime militar (de restrição) e, tão logo, diante da devastação das liberdades fundamentais. Daí o caráter social e compromissário da Constituição Federal.

A Constituição, na perspectiva dos direitos fundamentais, apresenta características marcadas pelo seu escopo analítico, seu pluralismo e pelo seu forte cunho programático e dirigente. Não é para menos que fora os direitos fundamentais esparsos pelo texto constitucional, no Título II (direitos e garantias fundamentais) contém ao todo sete artigos, seis parágrafos e cento e nove incisos (SARLET, 2009, p.65).

Exatamente por isso é que, apesar do rol de direitos fundamentais ser positivado, muitas destas disposições carecem de regulamentação legislativa, contrariando ao que disciplina o artigo 5º, § 1º, o qual prevê a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais.

Ainda assim a previsão da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais em muito contribui para o avanço constitucional, além do que a inclusão destes direitos no rol de cláusulas pétreas impede, de certa forma, a supressão e a erosão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais por meio da ação do Poder Constituinte Derivado (SARLET, 2009, p.67).

O catálogo dos direitos fundamentais se estende às diferentes gerações de direito, tanto é assim que os direitos de primeira e segunda geração são facilmente identificados ao elencar os direitos à vida, à liberdade e à propriedade, bem como os direitos políticos, o princípio da igualdade e os direitos sociais.

Já os direitos de terceira geração (direitos difusos e coletivos) são encontrados no artigo 225, referente à proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, além da proteção ao consumidor, no artigo 5º, inciso XXXII, e da atribuição da titularidade coletiva às relações internacionais em face da independência nacional, (autodeterminação dos povos), por exemplo.

Somado às gerações de direito supracitadas há que referendar os direitos à democracia, ao pluralismo e à informação, notadamente consagrados no preâmbulo e no Título I – Dos Princípios Fundamentais, como o direito à paz e a respectiva solução pacífica de conflitos.

Muito embora estes direitos estejam positivados, não implica dizer que são taxativos, já que existe a possibilidade do reconhecimento de outros direitos como fundamentais, dada a

cláusula de abertura propiciada pelo artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal.

Justamente por esta razão é que compete ao Poder Constituinte Derivado, diante das necessidades e das transformações sociais, incluir novos direitos no texto constitucional, tal como ocorreu no caso do direito à moradia, amparado pelo artigo 6º (direitos sociais), além da inserção do direito à razoável duração do processo, no elenco do artigo 5º. E, ainda, a possibilidade de aprovação de tratados sobre direitos humanos como *status* de Emenda Constitucional, conforme artigo 5º, § 3º.

À vista disso é possível dividir os direitos fundamentais em dois grandes grupos: direitos fundamentais positivados, expressos no catálogo ou esparsos no texto constitucional, e direitos fundamentais não-escritos, aqueles que não foram objeto de previsão pelo direito positivo.

Evidentemente que no tocante aos direitos fundamentais positivados não há dificuldade em identificar quais são os direitos expressos na Constituição Federal ou aqueles decorrentes de tratados internacionais, igualmente positivados. Em contrapartida, os direitos fundamentais não-positivados ou se encontram implicitamente nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais ou correspondem àqueles que a própria norma contida no artigo 5º, § 2º denomina de direitos decorrentes do regime e dos princípios (SARLET, 2009, p.87).

No âmbito dos direitos implícitos e daqueles decorrentes do regime e dos princípios, apesar de não-positivados, assumem importante papel entre as posições jurisprudenciais, como é o caso do direito à identidade genética da pessoa humana, que guarda relação com os direitos personalíssimos, por exemplo.

Ademais, a própria Constituição Federal prevê um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, voltando a atenção para aqueles direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, além de conferir a possibilidade de reconhecer direitos fundamentais não escritos, muitas vezes implícitos nas demais normas (SARLET, 2009, p.71).

Não importa qual seja a posição jurídica, seja ela enquadrada entre os direitos implícitos ou decorrentes do regime ou dos princípios, seja ela encontrada dispersa no texto constitucional ou, ainda, em algum tratado internacional, todas elas passarão a ser consideradas como um autêntico direito fundamental, tal como os direitos do catálogo (SARLET, 2009, p.91).

Contudo, a ampliação do rol dos direitos fundamentais pode conduzir ao problema da efetividade, já que muitos deles não revelam características de direitos fundamentais, como é

o caso do artigo 14 que representa norma organizacional e do artigo 5º, incisos XLII e XLIII, de natureza penal.

A extensão da Constituição Federal de 1988 é evidentemente analítica, de tal modo que, cuida-se, na maior parte, de dispositivos que poderiam ter sido remetidos ao legislador infraconstitucional ou mesmo enquadrados na parte orgânica da Constituição (SARLET, 2009, p.69).

Não obstante a isso, apesar de não existir norma constitucional completamente destituída de eficácia jurídica, muitas delas apresentam dificuldade para alcançá-la, notadamente quanto à produção dos efeitos almejados. Tanto é assim que, no caso de norma constitucional de baixa normatividade, por si só não são autoaplicáveis, já que sua eficácia resta condicionada à regulamentação por parte do legislador ordinário.

Justamente em razão dessa problemática é que a seguir será explorada a aplicabilidade das normas constitucionais sob a perspectiva da dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais.

2.4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO NORMAS OBJETIVAS E DIREITOS SUBJETIVOS

A princípio, notadamente no período liberal, os direitos fundamentais eram tidos como limitação ao poder do Estado, os quais lhe impunham um dever de abstenção, a fim de evitar qualquer tipo de ingerência do poder estatal à esfera do indivíduo. Tratava-se apenas de direitos fundamentais de defesa sob a perspectiva subjetiva.

Ao fazer referência aos direitos fundamentais subjetivos condiciona-se a possibilidade de seu titular, enquanto pessoa individual ou ente coletivo, impor judicialmente seus interesses tutelados, as liberdades ou mesmo o direito à ação negativa ou positiva que lhe foram outorgadas pela norma de direito subjetivo em questão (SARLET, 2009, p.154).

Mas, chegou-se em um momento que considerar os direitos fundamentais apenas como direitos de ordem subjetiva, inerente ao indivíduo, tornou-se insuficiente para compreender a real importância de sua abrangência, pois, não podem ser reduzidos apenas como limitações ao poder do Estado, apresentam uma função muito mais relevante, qual seja: a base de interpretação do ordenamento jurídico e da comunidade.

A bem da verdade, antes mesmo de os direitos fundamentais condensarem valores sob o ponto de vista dos indivíduos e configurarem limitações ao poder do Estado, valem juridicamente do ponto de vista da comunidade como valores que se irradiam por todo o

ordenamento jurídico e como orientação para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (SARMENTO, 2008, p.106).

Justamente por isso é que os direitos fundamentais não podem ser vistos apenas sob uma dimensão isolada, já que uma reforça a outra, de tal forma que constituem, simultaneamente, “[...] fonte de direitos subjetivos que podem ser reclamados em juízo e as bases fundamentais da ordem jurídica, que se expandem para todo o direito positivo” (SARMENTO, 2008, p.107).

A função dos direitos fundamentais não se restringe apenas à instituição de direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra os atos do Estado, mas, principalmente, configuram decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, de tal modo que, além de assegurarem eficácia a todo o ordenamento jurídico, norteiam a atuação do Legislativo, do Executivo e do Judiciário (SARLET, 2009, p.143).

Nota-se que toda norma que possua conteúdo de direito fundamental procede a um direito objetivo, como uma espécie de mais-valia jurídica no sentido de reforço de juridicidade de tais direitos. Tanto é assim que os direitos fundamentais sob a dimensão objetiva operam não apenas como princípios ou garantias a fim de proteger a relação entre indivíduos e Estado, mas, em especial, correspondem a “[...] princípios superiores do ordenamento jurídico-constitucional considerado em seu conjunto, na condição de componentes estruturais básicos da ordem jurídica” (SARLET, 2009, p.143).

Tal concepção objetiva se consagrou a partir da Lei Fundamental de Bonn e, por sua vez, da jurisprudência alemã⁸ ao considerar que os direitos fundamentais constituem uma ordem de valores, cujo sistema guarda relação com uma decisão constitucional fundamental, responsável por afetar todas as esferas do direito público ou do direito privado (SARMENTO, 2008, p.112).

A partir de então a dimensão objetiva dos direitos fundamentais passou a fazer parte das questões mais debatidas pela doutrina e pela jurisprudência. Em decorrência disso, resultou em duas importantes conseqüências: a eficácia irradiante dos direitos fundamentais e a teoria dos deveres de proteção.

A primeira delas reconhece que os valores que compõem os direitos fundamentais exercem tamanha influência que promovem a irradiação de suas luzes sobre todo

⁸ Tratava-se do julgamento do caso Lüth, pela Corte Constitucional alemã no ano de 1958, cujo objeto de discussão condizia à legitimidade de um boicote contra um filme dirigido pelo cineasta Veit Harlan e organizado pelo Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Eric Lüth, em 1950 (SARMENTO, 2008, p.112).

ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas e servindo como diretrizes ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário (SARMENTO, 2008, p.124).

Significa dizer que a eficácia dos direitos fundamentais não deve ser apenas valorada sob a concepção individualista, restrita à relação entre indivíduo e Estado, mas, sobretudo, sob o ponto de vista da sociedade, pois, afinal, cuida de valores que nela serão concretizados.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet chegou a seguinte conclusão:

[...] a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiológicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado, podendo falar-se, neste contexto, de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos. Por tais razões, parece correto afirmar que todos os direitos fundamentais (na perspectiva objetiva) são sempre, também, direitos transindividuais (2009, p.146).

Em razão disso é que a dimensão objetiva demonstra relevante papel na restrição dos direitos individuais diante do interesse comunitário, por meio de uma interpretação voltada aos valores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social.

O ordenamento jurídico deve ser submetido à nova leitura, mediante uma filtragem constitucional, de forma a exigir do intérprete uma atuação direcionada à promoção dos direitos fundamentais, já que constituem o eixo gravitacional do sistema jurídico (SARMENTO, 2008, p.127).

Os direitos fundamentais, na condição de direitos objetivos, tratam-se, portanto, de uma nova perspectiva tanto para a atuação do intérprete, como para a legislação infraconstitucional, pois, afinal, a dimensão objetiva avoca uma interpretação centrada na Constituição Federal e, especialmente, nos direitos fundamentais.

Implica dizer que, nessa perspectiva objetiva, a eficácia irradiante dos direitos fundamentais constitui diretrizes à interpretação e à aplicação do direito infraconstitucional, bem como aponta a necessidade de uma interpretação conforme os direitos fundamentais.

Outro desdobramento da dimensão objetiva corresponde à questão da eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas, também chamada de eficácia horizontal, no sentido de atribuir ao Estado não apenas o dever de abster-se de violar os direitos fundamentais, mas também de proteger seus titulares diante de ameaças e lesões advindas de terceiros (SARMENTO, 2008, p.129).

Não é para menos que o Estado ainda figura como um dos maiores garantidores dos direitos fundamentais, mesmo porque cabe a ele protegê-los em qualquer tipo de esfera, seja

pública ou privada, bem como promover as políticas públicas que forem necessárias à sua realização.

Justamente por isso é que cabe ao Estado zelar, preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais contra as agressões decorrentes do poder público, de terceiros e até mesmo de outros Estados. Daí a necessidade de o Estado adotar medidas positivas a fim de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais (SARLET, 2009, p.149).

Na verdade, a eficácia imediata e direta dos direitos fundamentais nas relações privadas (eficácia horizontal) nem sempre ocorre tal como na relação entre o indivíduo e o Estado (eficácia vertical). Isso porque, dessa relação privada, possivelmente, decorrerá uma colisão entre determinado direito fundamental e a autonomia privada.

Evidentemente cada princípio, enquanto norma de direito fundamental, apresenta suas restrições e especificidades que devem ser levadas em conta no momento do sopesamento dos bens e interesses envolvidos, mediante o exercício da ponderação. Trata-se de técnica de interpretação responsável pela aferição do grau de importância relativa de cada bem jurídico colidente, dentro do âmbito constitucional.

A princípio, esta ponderação deveria ser realizada pelo legislador, mas, na falta de norma adequada ao caso concreto, transfere-se a solução da colisão à figura do juiz. Porém, os direitos fundamentais não podem ficar condicionados à formação moral de cada julgador. É preciso, para tanto, uma decisão baseada numa argumentação racional e sólida, dentro de um juízo razoável e proporcional.

Ora, a objetividade plena dificilmente é alcançada, mas existem alguns parâmetros que o intérprete e aplicador da norma devem seguir. Neste ponto, Luís Roberto Barroso trabalha o sentido da perspectiva objetiva:

A objetividade máxima que se pode perseguir na interpretação jurídica e constitucional é a de estabelecer os balizamentos dentro dos quais o aplicador da lei exercitará sua criatividade, seu senso do razoável e sua capacidade de fazer justiça ao caso concreto (1996, p.256).

Enfim, a valorização dos direitos fundamentais sob a dimensão objetiva em muito contribuiu não só para o desenvolvimento de novas funções dos direitos fundamentais, mas, principalmente, passou a constituir fundamento a todo o ordenamento jurídico e responsável por um sistema racional voltado à pretensão de eficácia dos direitos fundamentais.

2.5 APLICABILIDADE DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

José Afonso da Silva em estudo sobre a aplicabilidade das normas constitucionais concluiu que elas apresentam eficácia jurídica, no entanto são aplicáveis conforme os limites de seu teor normativo. A classificação se divide em normas de eficácia plena, eficácia contida e eficácia limitada (1997).

De acordo com esta disposição, as normas de eficácia plena são aquelas em que o Poder Constituinte Originário conferiu aplicação direta, imediata e integral, pois independem de qualquer providência normativa ulterior à entrada em vigor da Constituição para que atinjam sua plena operatividade.

No que diz respeito às normas de eficácia contida, possuem o mesmo caráter normativo para reger os interesses que anseiam e produzir seus efeitos. Porém, sua aplicação sofre restrições em face da previsão de elaboração de atos normativos posteriores, deixando à margem da atuação do legislador.

Já as normas de eficácia limitada possuem aplicação mediata, pois não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, de tal forma que resta ao legislador ordinário a tarefa de regulamentar a matéria em apreço.

Não obstante a tradicional classificação de José Afonso da Silva, outras análises sobre a eficácia das normas constitucionais merecem receber o mesmo grau de importância. Dentre elas, Celso Antonio Bandeira de Mello divide em três categorias: normas concessivas de poderes jurídicos, normas concessivas de direitos e normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida e, Luís Roberto Barroso em: normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direito e normas constitucionais programáticas.

Importante ressaltar que a proposta de Luís Roberto Barroso não pretende desmerecer os trabalhos anteriores, apenas visa reduzir a discricionariedade dos poderes públicos na aplicação da Constituição Federal, além de propiciar um critério mais científico à interpretação constitucional realizada pelo Poder Judiciário, principalmente diante de eventual omissão do Executivo e do Legislativo (2003, p.93).

A princípio, a base de qualquer Constituição era assentada na organização do exercício do poder político. Somente após a Revolução Francesa que os direitos fundamentais passaram a incorporar os textos constitucionais.

As Constituições contemporâneas retratam bem a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, os quais assumem diferentes funções e se manifesta mediante diversas técnicas de positivação.

A começar pelas normas constitucionais de organização que englobam àquelas que veiculam decisões políticas, como a forma de governo, a forma de Estado e seu regime político, a tripartição dos poderes ou o sistema de governo, bem como as competências dos órgãos estatais e das entidades estatais, a criação de órgãos públicos e seu respectivo funcionamento, além das normas processuais ou procedimentais (BARROSO, 2009, p.200-201).

No tocante às normas definidoras de direitos são as que tipicamente geram direitos subjetivos, notadamente direitos fundamentais, sejam eles elencados no catálogo de direitos fundamentais ou dispersos pelo texto constitucional, tais como os direitos individuais, direitos políticos, direitos sociais e direitos difusos.

No entanto, algumas dessas normas, apesar de definidoras de direitos, não possuem aplicação imediata em face do seu conteúdo programático. Cuida, na verdade, de normas definidoras de uma finalidade a ser implementada pelo Estado.

A título de exemplo de norma definidora de direito tipicamente programática é o caso do artigo 205, segundo o qual: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

Significa dizer que, ainda que se trate de uma norma definidora de direito fundamental (direito à educação), a técnica de positivação utilizada no texto constitucional deixa bem evidente que, sob o termo “normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”, outras categorias nelas se abrigam, como é o caso da norma programática (SARLET, 2009, p.259).

Tanto é assim que os direitos fundamentais sociais são positivados sob diferentes formas, o que evidencia a sua natureza multifuncional e, tão logo, a distinta carga de eficácia que é atribuída a cada positivação. São eles, para José Joaquim Gomes Canotilho, classificados em: normas programáticas, normas de organização, garantias institucionais e direitos subjetivos. E para Pérez Luño em: princípios programáticos, princípios para atuação dos poderes públicos, normas e cláusulas a serem desenvolvidas pela legislação ordinária e normas específicas (SARLET, 2009, p.259).

Seja qual for a classificação dada aos direitos fundamentais sociais, expressam-se, principalmente, sob a forma de normas programáticas, de tal modo que ficam condicionadas à regulamentação do legislador ordinário para alcançarem plena eficácia e aplicabilidade.

Não é para menos que, embora esses direitos estejam consagrados como fundamentais pela Constituição Federal e, em tese, constituem preceito de aplicabilidade

imediate, não significa que a sua plena exequibilidade esteja garantida. Aliás, ao que parece nem todos direitos fundamentais são realizados efetivamente.

As normas de direitos sociais são bem mais complexas para alcançar a efetividade do que as de direitos individuais e políticos, justamente por exigirem do Estado prestações de ordem positiva. Apesar de os direitos sociais configurarem normas definidoras das necessidades voltadas para o presente, mesmo assim, apresentam dificuldades para obterem eficácia imediata.

Do mesmo modo, a Constituição consagra outras normas, mas de caráter prospectivo, mediante proposições diretivas, a fim de que o Estado realize os fins públicos constitucionalmente previstos. São as chamadas normas programáticas.

No entanto, não se confundem com as normas definidoras de direito, pois, ao contrário destas, não descrevem detalhadamente uma conduta exigível. Na verdade, as normas programáticas são dirigidas aos órgãos estatais, as quais implicam, desde o seu nascimento, a atuação do Legislativo ao editar as leis, bem como a do Executivo e do Judiciário ao aplicá-las, de ofício ou contenciosamente (BARROSO, 2003, p.121).

As normas programáticas, ao mesmo tempo em que melhor refletem as mudanças de valores e dos anseios da sociedade, também são as que apresentam maior fragilidade quanto à eficácia e à juridicidade, servindo assim de pretexto para a inobservância da Constituição (BONAVIDES, 2003, p.245).

As normas programáticas podem ser estudadas no sentido amplo e no sentido estrito.

Na acepção *lato sensu* retrata que toda norma-princípio ou norma básica que fundamente uma ou mais normas particulares subordinadas, tal como os princípios gerais, também são consideradas normas programáticas (CRISAFULLI *APUD* BONAVIDES, 2003, p.247).

Já quanto às normas programáticas propriamente ditas ou em *stricto sensu* correspondem àquelas normas em que o legislador ao invés de regular determinado objeto, preestabelece a si mesmo um programa de ação para cumprir este mesmo objeto, comprometendo-se dele não se afastar sem motivo justificativo (CRISAFULLI *APUD* BONAVIDES, 2003, p.247).

Na medida em que o legislador deixa de regular determinada matéria, projetando os efeitos da norma para o futuro, mas, por outro lado, regula a atividade estatal, tem, portanto, por objeto imediato os comportamentos estatais e só mediatamente a matéria a ser regulamentada (BONAVIDES, 2003, p.249).

Justamente por provocar uma sucessiva prática legislativa para regulamentar uma dada matéria e, principalmente, por não conferir aos indivíduos o desfrute imediato de qualquer bem jurídico, é que apresenta eficácia limitada, o que acentua a discussão sobre sua efetividade.

Tal como ocorre com os direitos sociais, exige-se uma prestação positiva por parte do Estado. A diferença é que, no caso das normas programáticas se o Poder Legislativo não regulamentar os fins públicos a serem alcançados, a sua eficácia permanecerá paralisada.

Exatamente em razão disso é que o artigo 5º, §1º da Constituição Federal tem sido foco de diversos debates sobre a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais e, até mesmo, se sua aplicação se estende aos demais direitos fundamentais dispersos pelo texto constitucional ou se apenas é destinado aos direitos individuais e coletivos do artigo 5º.

Dado o caráter de cláusula aberta é possível conferir uma interpretação extensiva da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais tanto àqueles do catálogo do artigo 5º, bem como àqueles dispersos pelo texto constitucional e decorrentes de tratados internacionais.

É evidente que o constituinte ao inserir o §1º no artigo 5º buscou evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais, a fim de que não representassem apenas uma letra morta no texto constitucional. No entanto, o que se discute é se possui força suficiente para transformar os direitos fundamentais em normas imediatamente aplicáveis e dotadas de plena eficácia (SARLET, 2009, p.264).

Além do que, na medida em que a Constituição Federal consagrou a aplicabilidade imediata e eficácia plena aos direitos fundamentais, conferiu, no caso de omissão por parte do legislador e demais órgãos estatais, maior discricionariedade à atividade jurisdicional, constituindo um autêntico direito-garantia fundamental mediante as ações constitucionais, como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, por exemplo (SARLET, 2009, p.265).

Diante de eventual omissão legislativa, faculta-se, portanto, aos indivíduos e aos entes legitimados, mediante a tutela jurisdicional, buscar a declaração e o reconhecimento de inconstitucionalidade de tal norma. Daí a importante atuação jurisdicional, amparada pelos instrumentos processuais constitucionais, para a realização dos direitos fundamentais.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet:

A falta de concretização não poderá, de tal sorte, constituir obstáculo à aplicação imediata pelos juízes e tribunais, na medida em que o Judiciário – por força do disposto no art. 5º, § 1º, da CF –, não apenas se encontra na obrigação de assegurar a plena eficácia dos direitos fundamentais, mas também autorizado a remover eventual lacuna oriunda da falta de concretização, valendo-se do instrumental fornecido pelo art. 4º da Lei de

Introdução ao Código Civil, de acordo com o qual: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (2009, p.269).

Na verdade, quando se está a tratar de direitos fundamentais, a solução para eventual colisão não é dada tal como sucede na regra, de acordo com a lógica do tudo ou nada. Dependerá da interpretação das circunstâncias do caso concreto, bem como das normas de direitos fundamentais envolvidas e, por meio da ponderação, buscar reconhecer o máximo de eficácia possível aos direitos fundamentais (mandamento de otimização).

Se, portanto, não existem normas constitucionais sem eficácia jurídica, conforme interpretação do artigo 5º, § 1º, cabe ao poder público a tarefa e o dever de extrair das normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível, independente de qualquer medida concretizadora. Caso contrário seria como negar-lhes a sua própria fundamentalidade (SARLET, 2009, p.271-272).

Trata-se de incumbência do Estado assegurar a proteção dos direitos fundamentais, bem como promover as condições materiais mínimas aos indivíduos a fim de que possam usufruir das liberdades constitucionais. Para tanto é preciso organizar os respectivos órgãos estatais no sentido de adotarem medidas positivas e, tão logo, buscar a mais ampla proteção e eficácia dos direitos fundamentais.

Clèmerson Merlin Clève, citado por Daniel Sarmento, atribui ao Estado a condição de meio para a proteção e a promoção dos direitos fundamentais.

[...] o Estado é uma realidade instrumental [...]. Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando (2009, p.87).

Enfim, sob esta concepção é que o Poder Judiciário, notadamente na figura do Supremo Tribunal Federal, além de resguardar o processo democrático, há que assumir a tarefa de buscar a máxima eficácia dos direitos fundamentais, a fim de superar eventual *déficit* de legitimidade dos demais Poderes (BARROSO, 2009, p.390).

A aplicação das normas de direitos fundamentais e a sua respectiva realização nem sempre se dão mediante simples métodos tradicionais de interpretação, como ocorre nos casos de menor complexidade. Nos casos em que envolvam a colisão entre direitos fundamentais cabe ao intérprete, evidentemente consoante um discurso racional e razoável, ir além do conteúdo literal da norma e ponderar os princípios colidentes, a fim de assegurar a unidade e a supremacia da Constituição, sem, contudo, ensejar a exclusão de um direito em detrimento de outro.

Nesse sentido é que, diante do cenário da jurisdição constitucional, o presente estudo necessariamente passará a explorar a nova interpretação constitucional assentada na aplicação de princípios mediante a ponderação de valores, sem, contudo, extrapolar os limites do bom senso e do razoável.

CAPÍTULO 3 – A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: INSTRUMENTO VOLTADO PARA O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

3.1 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A hermenêutica jurídica, diante do comprometimento do direito com valores, corresponde a um processo de interpretação e aplicação da lei ao conflito que requer solução, uma vez observada a situação histórica que envolva o intérprete e o objeto a ser interpretado (fato e norma) (CAMARGO, 2003, p.14).

Justamente em razão de o campo de conhecimento do direito ser atinente ao das ciências sociais, não há como almejar a certeza da investigação científica, por isso é que a hermenêutica jurídica assume o papel de tornar clara a compreensão do objeto.

Luís Roberto Barroso sintetiza o processo de interpretação:

Toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico, as circunstâncias do intérprete e o imaginário de cada um. A identificação do cenário, dos atores, das forças materiais atuantes e da posição do sujeito da interpretação constitui o que se denomina de *pré-compreensão* (2006, p.03).

Por mais simples que seja uma norma, sua aplicação está condicionada a um processo interpretativo, mediante o qual seja possível extrair de seus signos, de seus termos, um significado que, por sua vez, será o responsável pela tomada de decisão (VIEIRA, 1999, p.185).

Nessa mesma linha de raciocínio, José Joaquim Gomes Canotilho entende que a atribuição de um significado aos vários símbolos previstos na Constituição é obtida por meio de um processo de interpretação que vai da investigação do texto contido na norma ao produto final do ato de interpretar, ou seja, ao significado atribuído (1998, p.1074-1075).

Assim, a interpretação coloca-se como parte integradora do direito, já que somente por meio da junção de ambos torna-se possível a aplicação de norma geral a determinado caso específico.

Antes ainda de tratar acerca da interpretação tradicional e da nova interpretação constitucional, há que se levantar a discussão sobre as duas posições interpretativas: corrente interpretativista e não interpretativista, cuja classificação é de José Joaquim Gomes Canotilho.

A primeira delas, posição interpretativa, considera que os juízes ao interpretarem a norma constitucional devem se ater tão-somente ao conteúdo do texto que lhes é oferecido, de forma expressa ou implicitamente. De tal modo, a competência interpretativa do juiz sofre limitação pela própria constituição escrita e pela vontade do legislador (poder político democrático) (CANOTILHO, 1998, p.1069).

Pela análise desta corrente, nota-se que radica a ideia de função procedimental, a qual fundamenta sua crítica à expansão da atividade jurisdicional e, tão logo, do direito em face da política e da sociedade.

Por outro lado, a corrente não interpretativista, ou também chamada de substancialista, defende que é plenamente possível a aplicação de valores e princípios substantivos, ainda que não corresponda a regras específicas (como exigem os interpretativistas/procedimentalistas).

Significa dizer que, pela teoria substancialista, o direito não é constituído apenas por regras concretas, mas também por princípios jurídicos constitucionais de conteúdo aberto, como a justiça, igualdade, liberdade, dignidade, mediante os quais é possível realizar uma leitura ética (*moral reading*) da Constituição (CANOTILHO, 1998, p.1070-1071).

Feita as devidas considerações a respeito das posições interpretativas, compete retomar as decorrências do processo de interpretação tradicional e da nova interpretação constitucional.

O processo de interpretação tradicional, advindo do positivismo formal-legalista, encontra-se ultrapassado. Não há mais como condicionar o caso concreto à mera aplicação da lei, sem qualquer juízo de interpretação, tal como se fosse uma operação mecânica.

Aliás, mesmo se pretendesse aplicar as fórmulas abstratas, o direito não daria conta de atender as demandas da sociedade moderna, notadamente nos casos de conflitos transindividuais, de multiculturalismo, isto é, de convivência intercultural e de conflitos de valores, pois já não consegue trazer as mesmas respostas de outrora, época em que predominava os conflitos interindividuais.

A aplicação da norma não é mais um ato de conhecimento e revelação da norma ao caso concreto, mas também corresponde a um ato de vontade, pela qual será feita a tomada de decisão/escolha dentre as diversas possibilidades que a interpretação proporciona.

Não seria por outra razão que Luís Roberto Barroso retrata que “O paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido.” (BARROSO, 2006, p.05).

Ao tratar sobre a nova interpretação constitucional não implica no total banimento da interpretação tradicional subsuntiva, constituída na aplicação de regras, já que, ainda que corresponda, analogamente, a uma operação mecânica (premissa maior: lei; premissa menor: fatos; conclusão: sentença), continua a desempenhar importante função, especialmente nos casos em que não se exigem dedicações teóricas, pois basta a mera adequação da lei ao caso concreto para alcançar o efeito social pretendido.⁹

A interpretação constitucional tradicional, apesar de apresentar grande importância ao solucionar boa parte dos problemas jurídicos, muitas vezes não é suficiente para dirimir, por exemplo, acerca da colisão de direitos fundamentais.

Exatamente por ser limitada a um modelo de regras, exercido por meio do raciocínio da subsunção, é que o papel do intérprete fica adstrito a revelar o sentido das normas e fazê-las incidir no caso concreto. “Os juízos que formula são de fato, e não de valor.” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p.133).

A atividade do intérprete, numa cultura formal-positivista, fica reduzida ao conhecimento técnico, de tal modo que, para ele (despojado de seus valores), o direito não passa de um conjunto de regras postas pelo Estado, como se tratasse de uma fórmula acabada, não se dando conta de que a lei é apenas a linha de referência do ordenamento jurídico positivado, ao passo que o direito é conteúdo, dinâmico e representa a História (HERHENHOFF *apud* PORTANOVA, 1997, p.92).

A bem da verdade, a jurisdição constitucional ainda sofre com a atuação de muitos julgadores, voltados à estrita obediência à legalidade, ou até mesmo aos precedentes jurisprudenciais, esquecendo-se de que estão a julgar a realidade social vivenciada naquele caso específico.

Tanto é assim que frequentes são as sentenças e os acórdãos dos tribunais serem elaborados recheados de citações eruditas, escritos em linguagem rebuscada e centrados na discussão de formalidades processuais, esquecendo-se da questão da justiça (DALLARI, 1996, p. 80).

Ainda é comum ouvir um juiz afirmar que é escravo da lei, pois assim, permanece com sua consciência tranquila, diga-se de passagem, anestesiada, acreditando ter alcançado a perfeição, livre de qualquer responsabilidade pelas injustiças que possam decorrer das decisões.

Se o magistrado não se ativer à realidade social à sua volta e permanecer preso tão-

⁹ Exemplo de aplicação do raciocínio da subsunção: implementada a idade para a aposentadoria compulsória, o servidor público passará a inatividade (artigo 40, § 1º, II CF).

somente aos rigores formais tradicionais, a atividade jurisdicional constitucional não terá condições de atender as demandas sociais. Pois:

[...] o julgar tradicional não é expressão do sentimento do homem-juiz, mas o apego à 'rotinização e regularidades procedimentais da atuação profissional'. É um agir com princípios absolutos e pouco flexíveis, oportunizando uma solução mecânica (quase matemática do conflito) (PORTANOVA, 1997, p. 57).

Caso contrário, o ordenamento jurídico constitucional refletirá a imagem tal como de um produto instantâneo, como se ele tivesse sido produzido com o abrir de um pacote *made in* Europa, misturado com a água local e posto para cozinhar, de modo que basta desenformar e servir, pois o paladar de cada comensal é que determina o sabor agradável ou desagradável do prato-Estado, saboreado ou engolido à força. Trata-se exatamente de uma imagem sugerida pelo liberalismo brasileiro, de um Estado engessado e produzido pelas elites locais (SOUZA, 1999, p. 61-62).

O juiz não pode ser reduzido à mera máquina silogística e, muito menos o processo. Engessá-lo a prestar soluções de matemática exatidão, significa aniquilá-lo enquanto ser humano dotado de sentimento que é, caso contrário, a prestação jurisdicional não passará de uma mecanicista aplicação da lei ao caso concreto.

Essa visão tradicional obstaculiza a construção do direito, por isso, há que ensejar limites à sua aplicação, principalmente quando se tratar de questões que envolvam colisão de diferentes princípios, tanto de um lado, como do outro.

Não é difícil imaginar uma dada situação em que possa incidir mais de uma norma ao mesmo fato, ou seja, várias premissas maiores para serem aplicadas a apenas uma premissa menor, como no caso de colisão de princípios. Se o intérprete optar por simples subsunção, portanto, lógica unidirecional, acarretaria a escolha de uma norma e exclusão das demais, também aplicáveis à premissa menor (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p.116).

Significa que não há como limitar os meios de interpretação da realidade social tão-somente pela subsunção, principalmente naqueles casos considerados "difíceis"¹⁰, nos quais insurge a aplicação de diversas normas de mesma hierarquia, mas, sobretudo, conferem solução diferenciada.

Além do que, os critérios de interpretação tornam-se cada vez mais abertos na medida em que a sociedade, pluralista e complexa que é, amplia suas necessidades e, por sua vez, reconhece diversas possibilidades de solução (HÄBERLE, 1997, p.13).

¹⁰ Conforme Oscar Vilhena Vieira: "Por casos difíceis entenda-se a dificuldade de alcançar qual o conteúdo específico do Direito regendo a matéria; principalmente ao se tratar de normas abertas, é, muitas vezes, pouco claro se existe uma norma específica que regulamente aquele caso." (1999, p.198).

A proposta de Peter Häberle é que ao processo de interpretação estão vinculados não apenas os intérpretes jurídicos, mas também todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, enfim, não há um elenco de intérpretes *numerus clausus* da Constituição (1997, p.13).

Segundo o autor, não há como os intérpretes jurídicos deterem o monopólio da interpretação constitucional, pois, todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma é indireta, ou até mesmo diretamente, um intérprete da norma (HÄBERLE, 1997, p.15).

A abertura da interpretação constitucional retrata a figura de intérpretes em sentido lato, na medida de sua colaboração, ainda que sua atuação seja como pré-intérpretes. Na verdade, apesar da democratização da interpretação constitucional, o ultimato estará a cargo da jurisdição constitucional (HÄBERLE, 1997, p.14).

Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos delineiam o processo de interpretação pretendido:

Será preciso um raciocínio de estrutura diversa, mais complexo, que seja capaz de trabalhar multidirecionalmente, produzindo a regra concreta que vai reger a hipótese a partir de uma síntese dos distintos elementos normativos incidentes sobre aquele conjunto de fatos. De alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem-pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais (2003, p.116).

A nova interpretação constitucional tem prezado pela atividade criativa do intérprete, tanto que ao se deparar com a expansão dos princípios, busca, por meio da técnica de ponderação, proceder a interação do fato à norma, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, e sopesar os valores ali envolvidos.

Não obstante à ponderação, há que se tratar, nos casos de normas constitucionais de conteúdo aberto, aquelas que conferem ao intérprete maior discricionariedade, da importância da argumentação racional das decisões, principalmente como instrumento limitador à atuação jurisdicional.

3.1.1 Distinção necessária: regras e princípios

A importância da distinção entre regras e princípios consiste na fundamentação da estrutura das normas de direitos fundamentais. Sem ela não há como colocar restrições aos

direitos fundamentais, resolver colisões e retratar o papel dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico (ALEXY, 2008, p.85).

As regras e os princípios reúnem-se ao conceito de norma, pois ambos, assim como ela, implicam razões para juízos concretos de dever-ser, formulados por meio de expressões deônticas do dever, permissão e proibição, ou seja, a distinção entre regras e princípios corresponde à distinção entre duas espécies de normas (ALEXY, 2008, p.87).

Há diversos critérios responsáveis pela distinção entre regras e princípios.

O primeiro deles, mais comumente utilizado, diz respeito à generalidade, pelo qual o princípio apresenta um grau de generalidade mais alto do que em relação à regra. Outros critérios são quanto à determinabilidade de aplicação, em que princípios são de aplicação indeterminada ao caso concreto, já a regra apresenta aplicação determinada; quanto à forma de sua gênese, de modo que os princípios são desenvolvidos pela norma, diferente das regras que são criadas pela técnica da prática legislativa; e diferenciam-se também quanto ao conteúdo valorativo, pelo qual define que os princípios incorporam valores, já a regra não necessariamente (ALEXY, 2008, p.87-88).

Tais critérios correspondem a diferenciações de caráter gradativo. No entanto, faz-se necessário apresentar uma diferença qualitativa, a fim de elucidar qual a sua importância para o ordenamento jurídico.

Para tanto é preciso abordar o critério cujo teor é decisivo para a distinção entre regras e princípios, qual seja: os princípios sob a perspectiva de mandamento de otimização e as regras sob determinações.

Significa que os princípios “[...] são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2008, p.90).

É importante observar que a aplicação dos princípios, como enunciados de mandamentos, na busca da máxima eficácia possível, somente se concretiza na medida em que essas duas variáveis (possibilidades jurídicas e reais) são verificadas como limites de ponderação.

Os princípios podem se referir tanto aos direitos individuais, como aos direitos coletivos. Exatamente esta é a principal diferença do conceito de princípio de Robert Alexy em relação ao de Ronald Dworkin.

A definição de princípio para Ronald Dworkin é mais restrita. Segundo ele, princípios são normas que só podem ser consideradas como fundamento para direitos

individuais, ao passo que, normas que se refiram aos direitos coletivos são consideradas como políticas.

A distinção entre princípio e política se dá nos seguintes termos:

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [...]. Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade (DWORKIN, 2002, p.36).

Já as regras são condicionadas à premissa do “tudo ou nada”, ou seja, ou a norma é satisfeita ou não é satisfeita. Caracteriza-se pela sua determinação absoluta: se apresenta validade, logo deve ser cumprida, nem mais, nem menos (ALEXY, 2008, p.91).

Seja como for, somente as regras, em razão de sua funcionalidade, determinam resultados, diferentemente dos princípios, os quais inclinam a tomada de decisão para uma determinada direção, no entanto, não conclusiva. Além disso, os princípios, ao contrário das regras, quando não prevalecem permanecem intactos (DWORKIN, 2002, p.57).

Portanto, a importância da distinção entre regras e princípios não está no aspecto quantitativo (distinção de grau), mas sim no aspecto qualitativo no tocante aos princípios como mandamentos de otimização e às regras como determinações, sempre levando em conta as condições fática e juridicamente possíveis.

3.1.2 Conflitos e colisões: juízos de dever-ser contraditórios

Feitas as considerações acerca de regras e princípios, compete nesse momento delinear as possíveis soluções quando dois ou mais juízos concretos de dever-ser entram em choque.

A começar pela distinção entre conflito de regras e colisão de princípios, de forma que o primeiro desenrola-se com base na validade e o segundo na dimensão do peso.

Robert Alexy aborda uma característica importante sobre a distinção entre princípios e regras, que é o caráter *prima facie*, ou seja, se os princípios representam normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, significa que não contêm um mandamento definitivo, mas sim *prima facie* (2008, p.104).

Consequentemente, a regra por exigir que seja feito exatamente aquilo que ordena, aparentemente, apresenta um caráter definitivo.

No entanto, se em um determinado caso concreto constatar a aplicabilidade de duas regras que apresentem consequências jurídicas contraditórias, o conflito somente será solucionado mediante a introdução de uma cláusula de exceção a uma das regras, ou, então, se uma delas for declarada inválida (ALEXY, 2008, p.92).

Caso não seja possível introduzir uma cláusula de exceção à regra, outros critérios de validade são aplicados, os quais não comportam graduação, como, por exemplo, lei posterior derroga lei anterior e lei especial derroga lei geral.

Se isso ocorrer, a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo (ALEXY, 2008, p.104).

A solução atribuída ao conflito entre regras é dada mediante uma lógica formal – emprego de alternantes –, distante das preocupações morais valorativas.

Segundo Ronald Dworkin,

As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (2002, p.39).

Já no tocante à colisão entre princípios, a solução se dá de maneira diversa. Se dois ou mais princípios colidem, não há que excluir a validade de um deles, pelo contrário, o que se verifica é a precedência de um em relação ao outro, ou seja, um dos princípios terá que ceder.

Apesar de um princípio ceder ao outro, não significa que o princípio cedente deva ser considerado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. O que ocorre é que “[...] um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições” (ALEXY, 2008, p.93).

Exige-se, na verdade, um esforço interpretativo baseado no juízo de ponderação, ou seja, o intérprete ao se deparar com o choque de interesses, deve analisar qual desses interesses, até então no mesmo nível de graduação, apresenta um peso maior naquele determinado caso concreto.

Exatamente em função desse sopesamento de interesses é que os princípios não admitem a aplicação do raciocínio da subsunção, de tal forma que se o ordenamento jurídico fosse composto apenas por regras, seria mais vantajoso substituir todos os juízes por computadores, diante do automatismo do processo de aplicação do direito (SARMENTO, 2008, p.61-62).

Não é para menos que a prática de interpretação constitucional, a partir de uma Constituição de caráter dialético, detentora de valores e interesses potencialmente

conflitantes, passou a desenvolver técnicas capazes de solucionar a colisão de princípios (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p.116).

Dentre as técnicas de interpretação para a solução de colisões, desenvolveu-se a da ponderação.

Segundo Ana Paula de Barcellos, antes mesmo de o intérprete definir quais os parâmetros jurídicos a serem adotados, cabe a ele se atentar à técnica da ponderação, sob a análise de três etapas: a primeira diz respeito à identificação dos enunciados normativos em tensão; a segunda à identificação dos fatos relevantes e a repercussão dos enunciados normativos sobre fatos selecionados; e, por fim, é a fase decisória da ponderação (2005, p.92).

Ao longo desse processo ponderativo, alguns parâmetros servirão para orientar a atividade do intérprete na busca pela resolução da colisão entre direitos fundamentais, destinados a reduzir a subjetividade e de certa forma controlar as decisões. Nesses casos, o parâmetro proposto por Ana Paula de Barcellos é no sentido de que: “as normas que realizam diretamente direitos fundamentais dos indivíduos têm preferência sobre normas relacionadas apenas indiretamente com os direitos fundamentais” (2005, p.235).

Não obstante a isso, a Constituição, mediante suas normas de conteúdo aberto, assume um papel de mediadora entre o pluralismo de valores de uma sociedade e a surdez dos textos legislativos. O exemplo mais nítido desse avanço é o emprego do princípio da razoabilidade, grande limitador da discricionariedade do intérprete (GROSSI, 2006, p.82-83).

Assim, passou a prevalecer a técnica da ponderação dos juízos de valores incorporados ao caso concreto, por meio da análise das normas constitucionais principiológicas, de forma a atribuir peso aos diversos bens, valores ou normas envolvidos, conferindo concessões recíprocas, na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas.

3.1.3 Princípios como normas

O papel dos princípios tem seu grau de importância conforme o contexto em que se enquadram. A compreensão fica adstrita a três momentos distintos, os quais delineiam a evolução da Teoria dos Princípios. São eles: jusnaturalismo, juspositivismo e pós-positivismo.

O período do jusnaturalismo consiste no reconhecimento de que valores e pretensões humanas legítimas não decorrem de normas elaboradas pelo Estado, mas sim de uma ordem superior e transcendental.

Tanto é assim que, para os seguidores do direito natural, as leis naturais estão acima das leis humanas, pois apresentam validade em si, cuja legitimidade está condicionada a uma ética superior e, por esta razão, estabelecem limites à própria norma estatal (BARROSO, 2006, p.19).

Exatamente por isso é que os princípios sequer integravam o direito posto elaborado pelo Estado, ou seja, eram condicionados tão-somente à ordem tida como supralegal, de grande natureza abstrata.

Não seria por outra razão que o jusnaturalismo nem ao menos se referia à ideia de normatividade dos princípios. Aliás, eram considerados meros conselhos, orientações para a ação humana. Três direitos eram os grandes pilares do Estado de Natureza: direito à ordem, à liberdade e à propriedade.

As leis naturais por serem consideradas perfeitas, justas e inquestionáveis, foram o fio condutor que o liberalismo se utilizou para apoiar suas teses em uma verdade absoluta, que não mais aquela atribuída pela igreja, e justificar o poder do Estado. Assim, a burguesia começa a traçar seus primeiros passos rumo ao poder.

A partir da ascensão do jusnaturalismo moderno e da aliança ao Iluminismo, a crença de que o homem possui direitos naturais, ou seja, integridade e liberdade a ser preservada pelo Estado, foi “[...] o combustível das revoluções liberais e fundamento das doutrinas políticas de cunho individualista que enfrentaram a monarquia absoluta.” (BARROSO, 2006, p.20-21).

Tamanha a influência ideológica exercida pelo jusnaturalismo que na própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, maior documento decorrente da Revolução Francesa, estão previstos, tanto no preâmbulo como no corpo do texto, os direitos naturais tidos como inquestionáveis: liberdade, propriedade e segurança e resistência à opressão.¹¹

Outra aliança do jusnaturalismo, agora racionalista, com o Iluminismo se deu no movimento de codificação do direito, em especial com a elaboração do Código Civil francês, em 1808. A partir de então, conferiu identidade entre lei e direito, de tal forma que, sob a influência da Escola da Exegese, retrata o apego ao texto e à interpretação literal e gramatical, a ponto de cercear a atividade criativa do juiz em prol dos ideais da neutralidade e da objetividade (BARROSO, 2006, p.22).

Com o processo de codificação, surge uma nova força ideológica: o positivismo jurídico, construído sob a pretensão de criar-se uma ciência jurídica com o mesmo caráter

¹¹ O Preâmbulo da Declaração assegura os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem. E, em seu artigo 2º: “O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescindíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.”

objetivo das ciências exatas e naturais. Assim, da ideia de um direito supraestatal, baseado na moral e nos valores transcendentais, passava a conferir validade às normas emanadas pelo Estado (BARROSO, 2006, p.24).

Para o positivismo jurídico a legitimidade da ordem jurídica só possui validade se fundada na vontade do Estado, tanto que o conceito de direito era reduzido a um conjunto de normas sistematicamente organizadas, logo, a um sistema perfeito, de tal forma que não precisava de qualquer fundamentação além de sua própria existência.

O papel dos princípios era de natureza secundária e subsidiária, isto é, somente se recorria à sua aplicação se nas codificações positivas estivessem presentes vazios normativos, apenas com o fim de preencher eventuais lacunas.

O reflexo do positivismo formal-legalista é ainda evidente na Lei de Introdução ao Código Civil, o qual prevê em seu artigo 4º que: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes, e os princípios gerais do direito.”

Nota-se que os princípios decorriam da lei, sem apresentar qualquer caráter normativo. Tanto que a interpretação, no positivismo jurídico, recebia a orientação no seguinte sentido: “Parte-se da lei para os princípios, e não dos princípios para a lei.” (LEITE; LEITE, 2003, p.141).

Para o positivismo clássico, a aplicação do direito era reduzida tão-somente ao raciocínio da subsunção, o intérprete não exercia qualquer método de hermenêutica ou de argumentação jurídica, pois “[...] o aplicador da norma era um autômato, a serviço da vontade de um legislador supostamente onipotente” (SARMENTO, 2008, p.59).

A partir da promulgação da Constituição Federal, a hermenêutica jurídica ganhou nova dimensão, principalmente ao assumir uma perspectiva pós-positivista, recorrendo, sobretudo aos princípios e à racionalidade.

Aliás, observado o caráter dialético do ordenamento jurídico, a interpretação constitucional não poderia apresentar um caráter fechado, já que pela expansão de suas normas principiológicas pôde alcançar o reconhecimento de sua força normativa, o fortalecimento da jurisdição constitucional e, sobretudo, a aplicação de seus princípios em todos os ramos do direito.

Não há como negar que os princípios tiveram seu grau de importância no positivismo clássico, porém, assumiam um papel subsidiário e supletivo no sistema jurídico. Não eram reconhecidos como norma jurídica, apenas como meio de integração do direito, cuja aplicação era condicionada à eventual lacuna (SARMENTO, 2008, p.60).

O caráter secundário dos princípios somente foi superado a partir do pós-positivismo, na medida em que passaram a integrar a Constituição e, por sua vez, assumiram *status* de norma jurídica.

Ao percorrer os três períodos suscitados, percebe-se que os princípios vêm de longa data e, em cada qual, desempenhavam papéis variados. No entanto, o que há de singular no atual contexto constitucional é o reconhecimento de sua normatividade (BARROSO, 2006, p.29).

Assim, Luís Roberto Barroso delinea três papéis desempenhados pelos princípios: “a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.” (2006, p.30).

Na verdade, com a superação do paradigma formal-positivista, a Constituição passou a ser encarada como um sistema de normas (regras e princípios) aberto, de tal forma que a ideia de justiça e a pretensão de eficácia dos direitos fundamentais tornaram-se a essência do texto constitucional.

O ordenamento jurídico, em face de seu caráter dialético e do reconhecimento de valores disseminados por toda a sociedade, confere ao intérprete a possibilidade de recorrer aos princípios, de forma a ponderar a importância e o peso atribuído a cada um e, assim, aplicá-los a determinado caso concreto.

Luís Roberto Barroso retrata bem o que se pretende expor:

O pós-positivismo é uma superação do legalismo, não com recursos a idéias metafísicas ou abstratas, mas pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade. Estes valores integram o sistema jurídico, mesmo que não positivados em um texto normativo específico. Os princípios expressam os valores fundamentais do sistema, dando-lhe unidade e condicionando a atividade do intérprete (2006, p.42).

Com a inauguração do Estado Constitucional, os princípios passaram a apresentar caráter de norma jurídica de conteúdo aberto, pois ao se encontrarem em rota de colisão, ao contrário das regras, não concebem comandos disjuntivos do “tudo ou nada”, pelo contrário, possibilitam diferentes interpretações em função da dimensão do peso que será dada a cada um deles.

Enquanto a solução do conflito entre regras se dá na dimensão da validade, seja pelo critério hierárquico, cronológico ou pela especialidade, em contrapartida, a decisão judicial dada à colisão de princípios, notadamente nos casos considerados difíceis (*hard cases*), em que o exercício da subsunção não é suficiente, exige do intérprete a realização de escolhas

que, por sua vez, serão tomadas mediante o emprego do bom senso e da ponderação, estritamente ligados ao princípio da proporcionalidade (DWORKIN, 2002, p.42).

A mudança de funcionalidade dos princípios foi evidenciada ao longo do tempo. Primeiro representavam uma noção de metafísica, a qual, a partir da racionalidade, passou a norma positiva, porém supletiva, dentro das codificações. Posteriormente, já no contexto constitucional, passaram a incorporar o texto da Constituição e, portanto, tornaram-se normas do mais alto escalão hierárquico (BONAVIDES, 2003, p.264).

No cenário do Estado Constitucional, os princípios, enquanto normas, constituem verdadeiro alicerce ao ordenamento jurídico, principalmente por assegurarem a força normativa da Constituição, já que, em função de sua abertura axiológica-normativa, reúnem condições de expandir seu comando conforme as peculiaridades de cada caso concreto.

Os princípios são encontrados por todo o ordenamento jurídico, em especial, na Constituição Federal. Alguns com regulamentação expressa no corpo do texto, outros de forma implícita no contexto das demais normas e, sobretudo, outros na forma de postulados constitucionais, os quais precedem a própria interpretação e à Constituição (BASTOS, 1999, p.95).

Daniel Sarmento confere maior grau de importância aos princípios elevados à esfera constitucional, sejam eles explícitos ou implícitos, em função de sua plasticidade, a qual resulta maior flexibilidade à Constituição e, por sua vez, permite que se adapte mais facilmente às demandas e mudanças da sociedade (2008, p.66).

Além do que, os princípios constitucionais norteiam não apenas o texto constitucional, como também direcionam o legislador ordinário, o Poder Judiciário e o próprio Poder Executivo, razão pela qual são considerados o sustentáculo do ordenamento jurídico (BASTOS, 1999, p.149).

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello,

Princípio [...] é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo (1999, p.408-409).

Por se tratarem de normas com intensa carga valorativa e consagradoras de direitos fundamentais, são postos no ponto mais alto da escala normativa, de tal forma que se tornam normas supremas do ordenamento, ou seja, passam a ser os critérios limitadores à

interpretação da realidade social vivenciada. Tal relevância atribui aos princípios o predicado de “normas das normas” (BONAVIDES, 2003, p.289-290).

Muito embora as normas constitucionais apresentem conteúdo aberto, não significa que a interpretação realizada pelo intérprete-juiz ensejará algum tipo de discricionariedade, como afirma o positivismo.

Segundo a proposta de Ronald Dworkin, o juiz deve conferir importância aos princípios, pois os têm como um padrão a ser observado, não porque vão promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social desejável, mas por se tratar de uma exigência de justiça ou equidade ou outra dimensão moral (2002, p.36).

Exatamente por isso não há como enxergar o direito meramente como um sistema de regras. O fato de o juiz buscar outras fontes – principiológicas, em especial –, que não apenas a lei/regra, para a solução do caso concreto, não implica dizer que houve abuso de seu poder discricionário.

Além do que, diferentemente das regras que são funcionalmente importantes ou não, os princípios trazem consigo uma dimensão de peso ou importância. O intérprete, quando da análise do caso específico, vai se perguntar qual o peso ou importância de cada princípio para a solução do conflito, ou seja, terá que levar em conta a força relativa de cada um (DWORKIN, 2002, p.42-43).

Tamanho é a importância do papel dos princípios e, tão logo, dos argumentos que sustentam as decisões, principalmente nos “casos difíceis”, que acaba por ilustrar uma nova regra (particular), a qual não existia antes do caso ser decidido (DWORKIN, 2002, p.46).

A bem da verdade, os princípios, sejam eles explícitos, implícitos ou postulados constitucionais, figuram como fundamento do sistema jurídico, de tal forma que a não observância resulta na violação e agressão a todo ordenamento.

Celso Antonio Bandeira de Mello conclui o raciocínio:

A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irreversível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (1999, p.748).

Por esta razão, a interpretação constitucional não deve buscar apenas um viés da norma em exame, sob pena de ferir toda a lógica do processo interpretativo. Justamente em razão do caráter aberto das normas constitucionais, somada à dinamicidade do próprio direito,

é que o intérprete, diante de um mesmo caso concreto, pode encontrar diversas soluções, sem que, necessariamente, a escolha de um princípio resulte na exclusão do outro.

É imprescindível à boa interpretação e, conseqüentemente, à compreensão do texto constitucional, a aplicação dos princípios, cujo objeto baseia-se na harmonização das normas constitucionais, jamais na exclusão de uma delas (BASTOS, 1999, p.138).

O que se pretende é a busca pela máxima eficácia possível – pretensão de eficácia dos direitos fundamentais –, dado o seu caráter de norma principiológica, de forma que diante de eventual colisão, prevaleça aquele que apresente a maior carga valorativa e proporcione menor restrição ao direito fundamental preterido.

3.2 CONTEÚDO ABERTO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

*Se a Constituição deve possibilitar o vencimento da multiplicidade de situações problemáticas que se transformam historicamente, então seu conteúdo deve ficar necessariamente “aberto para dentro do tempo”.
(Hans Kelsen)*

Feita a trajetória da evolução dos princípios até sua imersão definitiva como norma jurídica no texto constitucional, não há como negar que a Constituição Federal passou a ser a morada de normas principiológicas, o que contribui muito para a sua abertura e elasticidade.

Muito embora a Constituição Federal seja classificada como rígida, seria inapropriado reduzi-la a enunciados imutáveis. Altera-se formalmente a norma constitucional a partir da reforma constitucional e, informalmente mediante a interpretação constitucional, pela qual se altera apenas o significado atribuído à norma, sem qualquer modificação formal de seu texto (LEITE; LEITE, 2003, p.158).

É evidente que a Constituição é um sistema normativo aberto formado por regras e princípios. No entanto, o que acentua a sua flexibilidade é a presença de normas jurídicas principiológicas, cuja normatividade é atribuída, de igual modo, tanto aos princípios expressamente previstos no texto constitucional, como aos princípios constitucionais implícitos.

José Joaquim Gomes Canotilho define a Constituição como um sistema de norma de textura aberta, justamente em razão de seu caráter dialético e da dinamicidade e da sociedade moderna.

Para o autor, a Constituição é:

[...] um *sistema aberto* porque tem uma *estrutura dialógica*, (Caliess) traduzida na disponibilidade e *capacidade de aprendizagem* das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da *verdade* e da *justiça* (CANOTILHO, 1998, p.1033).

Como consequência da textura aberta conferida à norma constitucional, a interpretação assume uma função muito além da mera aplicação da lei ao caso concreto (raciocínio subsuntivo), torna-se, sobremaneira, um instrumento de renovação da ordem jurídica, de forma a atender às demandas da sociedade.

Peter Häberle, sob o fundamento de que todo aquele que vive a Constituição é seu intérprete, amplia o processo de interpretação constitucional para além do processo constitucional concreto, de forma que o alcance da interpretação normativa se expande graças aos “intérpretes da Constituição da sociedade aberta” (1997, p.42).

Na verdade, os estudos sobre o método concretista da Constituição aberta, teorizado por Peter Häberle, foram levados às últimas consequências. Para o autor o processo de interpretação não se reduz apenas aos intérpretes clássicos, mas abrange todos os cidadãos.

Em contrapartida, Paulo Bonavides entende que, ao mesmo tempo em que o método concretista reúne condições de atingir camadas mais profundas da sociedade não alcançada pelos intérpretes clássicos, também traz um “afrouxamento” da normatividade e juridicidade das Constituições (BONAVIDES, 2003, p.509).

A crítica está exatamente na fundamentação da democratização do processo interpretativo. Para alcançá-la é necessária uma sustentação ideológica democrática capaz de conferir a cada cidadão igual direito a participação e uma parcela de autoridade soberana.

No entanto, em países menos desenvolvidos, como o Brasil, não apresentam uma base sólida de democracia suficiente para assegurar a eficácia do método concretista da Constituição aberta.

Paulo Bonavides conclui,

Demais, o método concretista da “Constituição aberta” demanda para uma eficaz aplicação a presença de sólido consenso democrático, base social estável, pressupostos institucionais firmes, cultura política bastante ampliada e desenvolvida, fatores sem dúvida difíceis de achar nos sistemas políticos e sociais de nações subdesenvolvidas ou em desenvolvimento [...]. (2003, p.516).

A contribuição do método de interpretação concretista apresenta maior destaque nos países efetivamente democráticos, cuja definição de democracia não se reduz apenas ao direito ao voto e ao pluralismo partidário. Democracia significa muito mais: conferiu o progresso material ao libertar os indivíduos da servidão e da incapacidade, e a independência

individual ao libertá-los dos esquemas de divisão e de hierarquia social (UNGER, 2004, p.16).

Por via de consequência, o emprego deste método em países que não atingiram o real estágio de democracia, somada à desorganização da consciência jurídica e da impotência normativa, poderá levá-los a uma provável desestabilização institucional.

Basta, portanto, atentar-se para as transformações sociais e quais são as suas decorrências no cenário constitucional. Em nada contribuiria uma interpretação unilateral, sem que averiguasse os dois lados: a realidade dos fatos e a ordenação jurídica normativa.

Tanto é assim que a mudança nas condições fáticas provoca mudanças na interpretação constitucional, de tal forma que a eficácia da Constituição está vinculada às forças espontâneas e às tendências dominantes de seu tempo e, tão logo, na medida em que o conteúdo do texto constitucional logra o presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa (HESSE, 1991, p.18-20).

Porém, apesar de a Constituição Federal representar uma norma jurídica, a ela não se reduz. Ao interpretá-la, não há que reduzi-la apenas à dimensão do ser, qual seja, a realidade social, como pretende Ferdinand Lassale, tampouco à mera aplicação do conteúdo normativo ao caso concreto.

Para Ferdinand Lassale, a Constituição de um país é “[...] a soma dos fatores reais do poder de regem uma nação.” Esse é o verdadeiro sentido de uma Constituição real e efetiva em detrimento da Constituição escrita – denominada folha de papel –, a qual, para o autor, não representa valor algum, a não ser que exprima fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social (1995, p.67).

No entanto, considerar a Constituição real como simples ciência do ser, significa descaracterizá-la enquanto instrumento normativo e, tão logo, desprezar sua força normativa.

Há que se considerar como ponto de partida o fato de que a interpretação da Constituição somente almejará a sua pretensão de eficácia, se não condicionar a sua aplicação à dimensão do ser (condições fáticas) ou apenas à do dever-ser (conteúdo das normas) (HESSE, 1991, p.14-15).

A proposta de interpretação constitucional de Konrad Hesse se dá mediante o condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social, posto que o ordenamento jurídico constitucional somente pode ser considerado em sua totalidade se houver a apreciação do binômio ordenação jurídica e realidade.

Para tanto, conclui que:

Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma “está em vigor” ou “está derogada”; Não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica (HESSE, 1995, p.13).

A realidade social e as normas jurídicas caminham juntas. Se as relações fáticas sofrerem transformações, logo, provocará mudança no modo de interpretar o conteúdo normativo da Constituição Federal. Isso se deve à natureza histórica do direito, ao passo que não se trata de um produto pronto e acabado, mas, sobretudo, por viver em constante mutação representa um instrumento social.

Nota-se que a Constituição jurídica está condicionada à realidade histórica, no entanto, apesar de não poder separar-se da realidade de seu tempo, não se sustenta apenas em razão dela.

Justamente por isso é que diante de uma colisão de princípios ou, ainda, de uma norma que admita várias interpretações, a mera análise das condições fáticas não é suficiente.

O exercício do intérprete ao se deparar com normas constitucionais de conteúdo aberto, mediante as quais direitos fundamentais são colocados à prova, há que se atentar para a busca da melhor argumentação possível, especialmente em observância à promoção e à preservação da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, é nesse momento que os princípios constitucionais retratam a sua importância no processo interpretativo não só para a solução do caso concreto, mas também como fundamentação tanto para as demais regras constitucionais, como para todo o ordenamento jurídico.

Eis a força normativa dos princípios: “Os princípios são a alma e o coração das Constituições. Transgredi-los significa vulnerar o tecido mais nobre do corpo político.” (BONAVIDES, 1993, p.177).

Tamanho é seu apreço que, do mesmo modo que se atribui a supremacia à Constituição, em iguais termos, confere-se aos princípios:

O direito da Constituição não pode ser derogado nem modificado por lei ordinária; nenhuma prescrição da ordem jurídica e nenhum ato do Estado deve ficar em contradição com ele; todos os poderes estatais, e também o legislativo, estão vinculados à Constituição (HESSE *apud* BONAVIDES, 1993, p.177).

Com a evolução da Teoria dos Princípios, ou seja, com a passagem do divino e, tão logo, dos princípios gerais do direito ao *status* de princípios constitucionais, mormente

considerados definitivamente como normas, passaram a constituir norma de eficácia suprema e a ser o sustentáculo de todo o ordenamento jurídico.

A força interpretativa dos princípios reporta-se à função construtivista que os caracteriza como norma jurídica de todo sistema, seja na forma expressa, seja implicitamente.

Para melhor compreensão do emprego de normas principiológicas expressas ou implícitas, convém traçar as três categorias apontadas por Celso Ribeiro de Bastos: postulados, instrumentos hermenêuticos e princípios.

A primeira delas, postulados¹², corresponde a um comando, pelo qual todos aqueles que pretendem exercer a atividade interpretativa estão sujeitos. Trata-se de princípios/postulados que precedem a própria interpretação, quiçá, a própria Constituição, sem os quais não é possível concretizar a interpretação constitucional.

Já a segunda categoria diz respeito aos instrumentos de interpretação fornecidos pela Teoria do Direito, na forma de expedientes, procedimentos, recursos de interpretação que auxiliam o intérprete no exercício da atividade interpretativa.

E, por fim, a terceira categoria abrange os princípios, os quais representam muito mais do que meras ferramentas hermenêuticas à atividade do intérprete. Celso Ribeiro Bastos define: “Os princípios constitucionais demonstram sua transcendência ao encampar valores, impedindo que a Constituição se torne um corpo sem alma, uma vez que nos fornecem a ótica pela qual a Constituição será manuseada de forma segura” (1999, p.97).

Por se tratarem de normas jurídicas principiológicas, ou seja, cláusulas gerais ou de conteúdo indeterminado, apresentam maior abertura, maior grau de abstração e maior densidade jurídica. Exatamente por isso, ao mesmo tempo em que conferem à Constituição maior adaptabilidade às transformações sociais, também exigem maior esforço por parte do intérprete, aferindo-lhe significativo espaço de discricionariedade (BARROSO, 2006, p.358-359).

Os princípios, cá empregados na interpretação constitucional, são vistos não apenas como diretivas, mas também como o fator limitador da atividade interpretativa do hermeneuta.

Para tanto, há que se considerar em primeiro plano os postulados constitucionais, pois, além de consistirem referência obrigatória ao processo de interpretação, propiciam restrições à atividade subjetiva do intérprete. Passa-se, a seguir, à análise dos principais postulados constitucionais elencados pela doutrina e pela jurisprudência.

¹² Essa categoria é também denominada como princípios instrumentais, por Luiz Roberto Barroso.

3.2.1 Postulados ou princípios instrumentais de interpretação da Constituição

A classificação acerca dos postulados constitucionais ou dos princípios instrumentais de interpretação da Constituição, elaborada pela doutrina constitucional majoritária, compreende a supremacia da Constituição, a unidade da Constituição, a harmonização ou concordância prática, a correção funcional, a eficácia integradora, a máxima efetividade possível, e a força normativa da Constituição.¹³

Para melhor apreensão, abordar-se-ão outros princípios também consagrados em diversos sistemas constitucionais, apesar de não estarem adstritos à exegese constitucional, exercem relevante papel quanto à ponderação de interesses, bens, valores e normas, bem como no controle de constitucionalidade das leis. São eles: princípio da presunção de constitucionalidade das leis, princípio da interpretação conforme a Constituição e o princípio da proporcionalidade.

3.2.1.1 Supremacia da Constituição

A característica mais evidente da Constituição é a sua supremacia hierárquica em relação às demais leis ou atos normativos de escalão inferior do ordenamento jurídico, cuja validade jurídica está condicionada exatamente pelo respeito de todas as espécies normativas às normas constitucionais.

Convém ressaltar que a Constituição por ser classificada como rígida reforça ainda mais sua supremacia, pois repugna qualquer tipo de modificação de seu texto pelo legislador ordinário, conferindo-lhe maior estabilidade.

Aliás, diante da rigidez constitucional, a reforma somente é possível por intermédio de um procedimento especial e bem mais complexo (quorum qualificado de 3/5 em cada Casa do Congresso Nacional, com votação em dois turnos), do que o da atividade comum do legislador infraconstitucional.

Gilmar Ferreira Mendes sintetiza a importância das Constituições rígidas:

As constituições rígidas, como a nossa, marcam a distinção entre o poder constituinte originário e os constituídos, inclusive o de reforma; reforçam a supremacia da Constituição, na medida em que repelem que o legislador ordinário disponha em sentido contrário do texto constitucional; e levam, afinal, a instituição de mecanismo de controle de constitucionalidade de leis,

¹³ A propósito, José Joaquim Gomes Canotilho, Konrad Hesse, Celso Ribeiro de Barros, Gilmar Ferreira Mendes, Luiz Roberto Barroso.

como garantia rela da superlegalidade das normas constitucionais (2008, p.214).

Tanto é assim que, se o conteúdo da lei ou de ato normativo for contrário ou incompatível com a Constituição, tal violação impõe a prevalência da norma constitucional mediante o emprego dos mecanismos de controle de constitucionalidade, tarefa central do Estado Constitucional.

Justamente por isso é que o intérprete juiz, quando da análise fática e do contexto normativo, pode (deve) deixar de aplicar norma eivada de inconstitucionalidade ao caso concreto e declará-la como tal. Ou, ainda, o Supremo Tribunal Federal, como órgão garantidor da Constituição Federal, do mesmo modo pode paralisar a eficácia *erga omnes* de norma que seja ofensiva ao texto constitucional.

Tal proteção judicial do texto constitucional, a fim de assegurar a supremacia da Constituição, é realizada por duas formas de controle de constitucionalidade: difuso ou concreto e concentrado ou abstrato.

O primeiro deles caracteriza-se pela idéia da *judicial review* americana, mediante a qual qualquer órgão do Poder Judiciário, ao ter que decidir um caso concreto, está obrigado, em razão da sua vinculação pela Constituição, a fiscalizar se as normas jurídicas aplicáveis ao caso são ou não válidas (CANOTILHO, 1998, p.793).

Já quanto ao segundo mecanismo, a atribuição do julgamento acerca das questões constitucionais é conferida a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional.

Nota-se que a fiscalização da supremacia da Constituição Federal é efetuada tanto pela via incidental, como pela via principal, já que no Brasil conjuga-se o modelo difuso de constitucionalidade com as ações diretas de inconstitucionalidade, de competência do Supremo Tribunal Federal (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.1006).

Deste modo, a superioridade da lei fundamental somente é assegurada desde que a interpretação não seja realizada no sentido de baixo para cima, ou seja, a partir da legislação infraconstitucional. Para tanto, cumpre-se sempre o contrário: “[...] procede-se à interpretação do ordenamento jurídico a partir da Constituição” (BASTOS, 1999, p.102).

3.2.1.2 Unidade da Constituição

A Constituição é um sistema normativo integrado por regras e princípios, cujas normas não podem ser vistas de forma isolada, mas sim como uma unidade, a fim de buscar o

equilíbrio e a harmonia entre si, evitando assim, contradições ou antinomias entre as normas constitucionais.

Nos conflitos entre as normas jurídicas infraconstitucionais a solução decorre dos critérios tradicionais alternantes de hierarquização, de ordem cronológica e de especialidade. Já no plano constitucional, o caso de colisão entre princípios e conflito entre regras ou, ainda, entre regras e princípios, a solução se dá pela técnica da ponderação, cabendo ao intérprete a busca pela maior harmonização possível dos comandos e interesses contrapostos (BARROSO, 2006, p.362).

Por força do princípio da unidade da Constituição não há hierarquia entre normas constitucionais. Por esta razão é que o intérprete deve considerá-las como preceitos integrados num sistema unitário normativo, de modo a analisar a Constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão entre suas normas (CANOTILHO, 1998, p.1097).

Convém consignar que, do princípio da unidade da Constituição decorrem outros importantes princípios da interpretação constitucional, os quais, além de orientarem o intérprete, contribuem para assegurar o ordenamento constitucional enquanto sistema unitário.

3.2.1.3 Harmonização ou concordância prática

O princípio da harmonização ou concordância prática está estritamente ligado à unidade da Constituição, pois, do mesmo modo, visa preservar o equilíbrio do texto constitucional.

Trata-se, na verdade, de uma orientação para o intérprete da norma, principalmente quando se depara com situações de confronto entre bens constitucionalmente protegidos, para que ao adotar uma solução otimize a realização de todos eles, sem contudo, acarretar a negação de nenhum (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.114).

A observância a este princípio visa exatamente a aplicação de uma determinada regra ou princípio constitucional ao caso concreto, sem ensejar, portanto, qualquer contradição ou incoerência às demais regras e princípios da Constituição.

Para evitar o sacrifício de princípios e regras, notadamente diante de colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos, é que o princípio da harmonização ou concordância prática é invocado.

Além disso, pelo princípio da unidade da Constituição, todos os bens constitucionalmente protegidos possuem igual valor, logo, não há como sacrificar um em

relação ao outro. Por isso é que exige a imposição de limites e condicionamentos recíprocos na busca pela devida harmonização (CANOTILHO, 1998, p.1098).

Assim, duas ou mais normas constitucionais que se demonstrarem antagônicas, não se harmoniza-se, pois, em nada asseguram a unidade constitucional se não abdicarem a pretensão de sua aplicação absoluta. “Prevalecerão, portanto, apenas até o ponto a partir do qual deverão renunciar à sua pretensão normativa em favor de um princípio que lhe é divergente” (BASTOS, 1999, p.107).

3.2.1.4 Correção funcional

Trata-se de mais uma derivação do princípio da unidade da Constituição.

A ideia central do princípio da correção funcional é no sentido de orientar o intérprete da Constituição que, diante de um sistema coerente e ponderado de repartição de competências, não provoque algum resultado que coloque em risco o esquema organizatório-funcional constitucionalmente previsto (CANOTILHO, 1998, p.1098).

A aplicação desse princípio, notadamente relevante no controle de constitucionalidade e nas relações dele decorrentes entre o Poder Legislativo, o Executivo e as Cortes Constitucionais, visa impedir a usurpação de funções de competência constitucionalmente atribuídas.

Convém ressaltar que em nada afetaria o princípio da separação dos poderes e, tão menos, a legitimidade do Poder Legislativo, se as Cortes Constitucionais, no momento da interpretação do texto constitucional, ultrapassassem o limite de suas atribuições como mero aplicador do direito em prol de uma construção criativa e racional, atenta para a realidade social e ao contexto normativo.

A única ressalva que se deve fazer tanto ao Parlamento, como ao Executivo e ao Judiciário é que a legitimidade de suas ações está condicionada à fundamentação conforme a Constituição.

O respeito à Constituição é preceito fundamental no Estado Constitucional. Assim, seja qual for a interpretação dada, todos os Poderes para serem considerados democraticamente legitimados têm que submeter a um ato de legitimidade democrática superior, que é a Constituição (TAVARES, 1998, p.78).

3.2.1.5 Eficácia integradora

O princípio da eficácia integradora corresponde a mais uma extensão da unidade da Constituição.

De igual modo, trata-se de uma orientação ao intérprete aplicador da Constituição para que, ao prolatar decisões sobre as questões constitucionais, procure dar preferência aos critérios que favoreçam a integração social e a unidade política, pois, assim, além de manter a ordem jurídica, a Constituição assegura a coerência sociopolítica (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.117).

É importante salientar que apesar dessa integração ser imprescindível para a normalidade constitucional, não confere legitimidade ao aplicador da Constituição para buscá-la a todo custo, colocando em risco os demais valores que precedem à própria Constituição.

3.2.1.6 Máxima efetividade

Por força do princípio da máxima efetividade, a orientação dada aos intérpretes da Constituição, principalmente quando se deparam com normas de direitos fundamentais, é no sentido de buscarem a eficácia da norma constitucional, sem alterar o seu conteúdo.

Justamente por isso é considerado um reforço da unidade da Constituição e, tão logo, da harmonização, já que qualquer esvaziamento de suas normas, ainda que parcialmente, representaria uma ofensa à Constituição.

Não seria por outra razão que tal princípio é invocado na realização dos direitos fundamentais, pois, uma vez ensejada qualquer dúvida quanto à aplicação da norma constitucional, a interpretação constitucional que deve prevalecer é aquela que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.

Por fim, Celso Ribeiro Bastos conclui: “[...] o postulado da efetividade máxima possível se traduz na preservação da carga material que cada norma possui, e que deve prevalecer, não sendo aceitável sua nulificação nem que parcial.” (1999, p.105-106).

3.2.1.7 Força normativa da Constituição

A força normativa da Constituição está estritamente ligada ao da máxima efetividade e, portanto, assume o papel de diretriz ao intérprete constitucional para que, na solução de

antinomias, imbuído da “vontade de Constituição” assinalada por Konrad Hesse, confira à norma máxima efetividade, sem prejudicar seu conteúdo.

Não há como negar que a Constituição possui pretensão de eficácia, até porque presencia o fato social e, por sua vez, exerce influência sobre ele. Por isso é que para a concretização da Constituição, ela não pode se desvincular dos eventos sociais, políticos, econômicos e históricos de seu tempo, caso contrário, a efetividade se torna irrealizável.

Convém observar que o ordenamento jurídico brasileiro é alicerçado sob uma Constituição fundamentalmente repleta de princípios e valores humanitários, além de apresentar um grande rol de direitos fundamentais, de tal forma que em muito contribui para assegurar a força normativa e, inclusive, projetá-la tanto sobre a sociedade, como sobre todo o ordenamento jurídico (SARMENTO, 2008, p.55).

Trata-se, na verdade, de uma interpretação que aposta na força normativa da Constituição como forma de emancipação social e com a preocupação voltada para a promoção de justiça substantiva. Não é para menos que Luís Roberto Barroso evidencia que “[...] o legislador constitucional é invariavelmente mais progressista do que o legislador ordinário.” (1996, p.260).

Exatamente por isso que é importante conceber força normativa à Constituição e considerá-la como o grande cânone da hermenêutica, responsável pela interpretação de todo o ordenamento jurídico. Assim, com o reconhecimento da força normativa e a inserção dos princípios em todo sistema constitucional e infraconstitucional, a partir do pós-positivismo, a Constituição pôde extrair dos princípios toda a sua eficácia jurídica transformadora (SARMENTO, 2008, p.57).

3.2.1.8 Princípio da presunção de constitucionalidade das leis

Trata-se de um princípio limitador à atuação do Poder Judiciário.

A Constituição delimita a cada Poder constitucionalmente previsto as suas respectivas funções e, por sua vez, vincula a interpretação e aplicação cada qual no âmbito de sua competência.

Convém ressaltar que os três Poderes exercem a interpretação da Constituição, a ela se subordinam e se destinam a efetivá-la. Apesar de o Poder Judiciário não ser o único intérprete da Lei Fundamental, o sistema lhe reserva a primazia de conferir a palavra final, por isso mesmo que o princípio da presunção de constitucionalidade das leis serve como autolimitação à atuação judicial.

A princípio, presume-se que todo ato normativo é compatível com a Constituição e assim o deve considerá-lo até decisão em contrário. Consequentemente, a inconstitucionalidade não pode ser presumida, antes disso precisa ser devidamente comprovada (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.119).

Interessante observar que se o intérprete buscar conservar a lei a todo custo para constitucionalizá-la, estaria a interpretar de baixo para cima, ou seja, a partir da lei e não da Constituição. Da mesma maneira, se o intérprete juiz ultrapassar os limites de sua competência, pode vir a se tornar legislador positivo, como produtor de normas, ainda que seja decorrente do exercício da interpretação (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.119-120).

Por força da presunção de constitucionalidade, a norma não é eliminada tão facilmente do ordenamento jurídico, tanto que a declaração de nulidade é o último recurso que lança mão o juiz, notadamente quando se convence acerca da inconstitucionalidade da norma e não encontra saída a não ser reconhecê-la como incompatível à ordem jurídica (BONAVIDES, 2003, p.519).

3.2.1.9 Princípio da interpretação conforme a Constituição

O princípio da interpretação conforme a Constituição já não pode ser reduzido apenas a uma regra de interpretação, pois, além de reforçar a unidade e a supremacia da Constituição, tem grande funcionalidade no controle de constitucionalidade das leis.

Da aplicação de normas infraconstitucionais decorrem várias interpretações. Cabe ao intérprete buscar aquela cujo conteúdo seja mais compatível com a Constituição e, portanto, não a que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade.

O emprego dessa regra parte do pressuposto que toda lei é constitucional. Justamente por isso é que o aplicador, diante de normas de interpretação dúbia, dentre as quais algumas conduzem ao reconhecimento da inconstitucionalidade, ao passo que outras consentem a compatibilidade com a Constituição, deve inclinar-se para esta última solução (BONAVIDES, 2003, p.518).

Se houver a possibilidade da norma ser compatível com a Constituição, o intérprete deve fazer de tudo para conservá-la, explorando ao máximo todas as vias de sua manutenção, a fim de evitar eventual declaração precipitada de invalidade da norma. Daí decorre os princípios da prevalência da Constituição e o princípio da conservação das normas.

Em síntese, José Joaquim Gomes Canotilho traça a formulação básica de tal regra: “[...] no caso de normas polissêmicas ou pluri-significativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição” (1998, p.1099).

Convém ressaltar que o princípio da interpretação conforme a Constituição apresenta grande relevância para a atividade legislativa, já que dado seu emprego confere a possibilidade de conservar o conteúdo das normas e prevenir eventuais conflitos.

Segundo Paulo Bonavides a interpretação conforme a Constituição faz com que juízes e tribunais exerçam sua atividade sem desautorizar o legislativo ou nele interferir por meio de sentença ou acórdãos, mas, sobretudo, controlando-o. Tal controle, diria o autor, diante da tarefa de declarar a nulidade de lei ou ato normativo, é bem mais fácil de exercitar-se, pois os órgãos judiciais tendem para o máximo aproveitamento do conteúdo da norma, a fim de reconhecer-lhe sempre que possível a sua validade (2003, p.520).

No entanto, merece ser estudado com cautela. Essa regra de interpretação deve ser usada para exercer o controle de leis ou atos normativos, apostando em sua compatibilidade com a Constituição, a fim de evitar a declaração de nulidade. Caso isso não seja possível, resulta na declaração de inconstitucionalidade, porém, sem redução de texto.

Importante notar que, se utilizado pelo intérprete juiz de forma desmedida, torna-se crescentemente perigoso, principalmente mediante o poder de invalidar os atos da legislatura, ou, ainda, ao estimar tamanho zelo em manter as leis, corre o risco de não apenas interpretá-la, mas sim de reformá-la.

Para Paulo Bonavides, tal regra não deve ser destinada para alterar o conteúdo das leis ou atos normativos, objetos da interpretação, pois “isso é tarefa do legislador e não do tribunal constitucional” (*Das ist Sache des Gesetzgebers, nicht des BVerfG*). Enfim, não deve consentir que o juiz ou tribunal altere a lei, substituindo a atividade do legislador (2003, p.521).

Na verdade, a interpretação conforme a Constituição corresponde a uma limitação à própria interpretação constitucional, ao colocar restrições ao intérprete para que se atenha às possibilidades semânticas do texto e, assim, não se converta indevidamente em um legislador positivo.

Justamente por isso, a regra da interpretação conforme a Constituição em muito contribui para o controle de constitucionalidade das leis e seu emprego representa, dentre os demais princípios de interpretação, uma das mais prudentes saídas de que pode dispor o órgão judiciário a fim de evitar a declaração de nulidade das leis. De tal sorte, se adotado sem

excessos, não fere a atividade legislativa, tampouco os poderes dos juízes em interpretar a lei no viés de sua constitucionalidade (BONAVIDES, 2003, p.524).

3.2.1.10 Princípio da proporcionalidade

Muito embora o princípio da proporcionalidade não esteja expressamente previsto na Constituição, há muito tem sido um valioso instrumento para a realização dos direitos fundamentais, imprescindível para a fundamentação do Estado de Direito.

Apresenta estreita ligação com a Teoria dos Princípios, de tal forma que a própria natureza dos princípios e, tão logo, dos direitos fundamentais, implica a máxima da proporcionalidade. Não é para menos que é considerado um dos grandes suportes argumentativo, pautado nas ideias de justiça, equidade, bom senso, razoabilidade, prudência e valores afins.

Não cabe discutir se ele é um princípio normativo ou aberto ou informativo. O reconhecimento de sua importância está cada vez mais contemplado nas jurisprudências de diversos países, no Brasil inclusive, e a doutrina busca consolidá-lo como regra fundamental de apoio e proteção dos direitos fundamentais (BONAVIDES, 2003, p.396).

Por força de um ordenamento jurídico normativo, notadamente formado por regras e princípios, o princípio da proporcionalidade tem sido frequentemente utilizado para assegurar a unidade da Constituição e sua harmonização e, por óbvio, solucionar eventuais colisões de direitos fundamentais.

Apenas a título de esclarecimento, a máxima da proporcionalidade somente será empregada a partir da colisão entre normas de direitos fundamentais, ou seja, entre princípios. Como já estudado, a solução dada ao conflito entre regras figura na dimensão da validade, com a exclusão de uma em prol da aplicação da outra, mediante os critérios de hierarquia, especialidade e cronológico.

É sabido que no tocante à colisão entre princípios a solução é fundamentada sob a dimensão do peso ou da importância, de modo que a escolha por um determinado princípio não implica na exclusão do outro, apenas na sua relativização.

Os princípios possuem um grau de generalidade e de abstração muito maior do que as regras, justamente por isso é que não há espaço ao raciocínio da subsunção (premissa maior, premissa menor e conclusão) para a solução do caso concreto. Cabe ao intérprete atribuir a cada princípio colidente sua importância, por meio de um processo de ponderação a fim de sopesar os valores confrontados.

É exatamente numa situação de tensão entre princípios, enquanto normas de direitos fundamentais, que o princípio da proporcionalidade é invocado como o princípio mais fundamental dos princípios, na busca pela melhor solução possível.

O conteúdo do princípio da proporcionalidade, entendido como um mandamento de otimização de respeito máximo a todo direito fundamental, uma vez verificadas as possibilidades fáticas e jurídicas, apresenta três máximas parciais ou subprincípios: princípio da adequação, princípio da necessidade ou mandamento do meio menos gravoso e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito) (ALEXY, 2008, p.116-117).

Convém esclarecer que as máximas da adequação e da necessidade trabalham dentro do *faticamente possível*, ao passo que a proporcionalidade em sentido estrito fundamenta-se no meio que seja *juridicamente* o melhor possível à realização dos direitos fundamentais.

A primeira máxima parcial, princípio da adequação, corresponde à pertinência ou aptidão para adequar o meio ao fim que se pretende alcançar. Examina-se, aqui, a adequação, a conformidade ou a validade do fim, ou seja, se a medida adotada é suscetível de alcançar o objetivo pretendido (BONAVIDES, 2003, p. 396-397).

Já o subprincípio da necessidade ou mandamento do meio menos gravoso, diz respeito à exigência de medida que não exceda os limites indispensáveis à preservação do fim legítimo almejado, em especial, dos direitos fundamentais.

Significa que, dentre as diversas medidas de intervenção nos direitos fundamentais, cabe ao intérprete escolher aquela de menor grau de nocividade ao fim desejado e aos interesses do cidadão, justamente por isso que também é denominado como mandamento do meio menos gravoso.

Diante de eventual colisão de direitos fundamentais, uma vez constatados os meios para atingir determinado fim, deverá prevalecer o princípio que proporcione as consequências menos gravosas ao direito que com ele momentaneamente concorre (NUNES, 2005, p.05).

Para melhor elucidação sobre a distinção entre os subprincípios da adequação e o da necessidade, o Tribunal Constitucional Alemão conferiu o seguinte fecho:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental (GUERRA FILHO, 2003, p.246).

E, finalmente, a última máxima do princípio da proporcionalidade consiste na proporcionalidade em sentido estrito, também denominada como máxima de sopesamento, a qual se baseia em um processo de ponderação, a fim de verificar qual dos princípios em confronto apresenta maior carga valorativa e maior importância à realização dos direitos fundamentais.

Como já estudado, os princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas e jurídicas. E, a propósito, para fins de aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, deve-se levar em conta de que os direitos fundamentais possuem força principiológica.

Assim, quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, precisa passar por um sopesamento fruto do processo de ponderação, mediante o qual um princípio é relativizado em benefício da aplicação de outro, sem, contudo, implicar na sua invalidade.

A solução da colisão de direitos fundamentais não pode ser efetuada pela preferência absoluta de um princípio em detrimento de outro, pois nenhum goza por si prioridade. A proposta de Robert Alexy, amparada pela jurisprudência alemã, retrata que: “O “conflito” deve, ao contrário, ser resolvido “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes”. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que *abstratamente estão no mesmo nível* – tem *maior peso no caso concreto*” (2008, p.95).

Não basta declarar a invalidade do princípio relativizado e eliminá-lo do ordenamento jurídico. A colisão é resolvida mediante uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto, a fim de fazer o sopesamento das condições que levam um princípio ter precedência ao outro (ALEXY, 2008, p.96).

Interessante notar que da relação de colisão, realizada a ponderação das circunstâncias de fato e de direito e, por sua vez, a aplicação de um princípio cujo grau de importância é maior que o do princípio colidente, é possível extrair como resultado uma norma de direito fundamental atribuída, que apresenta estrutura de uma regra e, portanto, à qual o caso pode ser subsumido (ALEXY, 2008, p.99-102).

Tal processo de ponderação visa exatamente atingir a realização mais ampla possível não apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas, daí a importância da máxima da proporcionalidade em sentido estrito, a qual se identifica com a lei do sopesamento: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.” (ALEXY, 2008, p.593).

Trata-se de um processo de argumentação racional, notadamente ao traçar parâmetros de ponderação: quanto maior for o prejuízo a determinado princípio, tanto maior tem que ser o interesse da satisfação, ou seja, quanto maior for a lesão a direito fundamental, tanto maior o grau de importância do princípio que lhe contrapõe.

A ponderação, portanto, consiste em uma técnica de decisão judicial, principalmente nos chamados “casos difíceis”, a qual confere ao intérprete certa dose de discricionariedade para sopesar qual ou quanto de cada princípio deve prevalecer na apreciação do caso concreto (VIEIRA, 1999, p.199).

Convém esclarecer que, apesar de as normas de direito fundamental possuírem conteúdo aberto, não implica dizer que é uma abertura de poder aos juízes para realizarem livremente as suas escolhas.

Ora, a tomada de decisão do intérprete juiz não se fundamenta apenas nas orientações externas ao Direito (sentimentos e convicções íntimas), mas está condicionada a uma série de princípios vinculados ao próprio ordenamento jurídico, os quais o limitam e compõem a decisão judicial (DWORKIN, 2002, p.50-63).

Portanto, diante da colisão de normas de direito fundamental, a tarefa do juiz não ultrapassa os limites da discricionariedade, pelo contrário, com base num discurso racional e razoável, empreende esforços para ponderar os princípios colidentes na medida das circunstâncias fáticas e jurídicas de sua realização, a fim de alcançar a melhor solução possível ao caso concreto.

CAPÍTULO 4 – DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito existe para se realizar. A realização é a vida e a verdade do direito, é o próprio direito. O que não se traduz em realidade, o que está apenas na lei, apenas no papel, é um direito meramente aparente, nada mais do que palavras vazias. Pelo contrário, o que se realiza como direito é direito, mesmo quando não se encontra na lei e ainda que o povo e a ciência dele não tenham tomado consciência.

(Rudolf Von Ihering)

4.1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES

A manifestação de vontade do Estado é expressada e realizada mediante a atuação dos três Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, de forma que cada qual possui atribuições exclusivas, estabelecidas pela Constituição Federal.

A separação dos Poderes no Brasil é consagrada como princípio constitucional fundamental e possui *status* de cláusula pétrea, no teor dos artigos 2º e 60, § 4º, III da Constituição Federal. A combinação dos dois artigos demonstra que a pretensão do constituinte ao estabelecer a divisão dos Poderes, independentes e harmônicos entre si, com funções próprias e de caráter imutável, visou à prevenção de práticas de abuso pelos Poderes.

Essa ideia de separação de Poderes, cada qual com sua função específica, remete-se à teoria da separação dos Poderes desenvolvida na França, notadamente por Montesquieu. Muito embora a separação dos Poderes encontre-se hoje relativizada, teve sua importância no contexto histórico vivenciado na época do Antigo Regime, pois, até então, os Poderes eram todos reunidos e exercidos pelo monarca.

Dizia Montesquieu: “Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as querelas dos particulares.” (MONTESQUIEU *APUD* CAPPELLETTI, 2003, p.134).

Nessa mesma linha de raciocínio, o federalista James Madison, citado por Mauro Cappelletti, conclui: “A acumulação de todos os poderes, legislativo, executivo e judiciário, nas mesmas mãos, se em uma, algumas, ou muitas, e se hereditária, automeada, ou eletiva, pode ser justamente declarada como a exata definição de tirania” (2003, p.134).

Por isso que, uma vez alcançada a convivência harmônica entre os Poderes, bem como sua independência, significaria uma forma de controle contra a prática de arbitrariedades ou de concentração dos Poderes, daí a importância de sua positivação, cujo marco histórico figura na Constituição dos Estados Unidos de 1787.

Tamanha a influência da teoria de Montesquieu que a separação dos Poderes passou a representar condição imprescindível para a validade e legitimidade do ordenamento constitucional. Assim previu o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

A princípio, a separação dos Poderes limitava-se a distribuir funções a cada Poder, a fim de que nenhum ingerisse na esfera de atuação do outro. Por isso é que foi desenvolvida com base nesses dois elementos: especialização funcional e independência orgânica (SILVA, 1997, p.110).

Nessa visão tradicional cada órgão representa uma função específica para exercer, ou seja, a separação de Poderes confia determinada função governamental (legislativa, executiva e judiciária) a cada um dos Poderes: ao Legislativo incumbe a função de criar leis, ao Executivo a de administrar e executar, e ao Judiciário o exercício da função jurisdicional.

Não obstante à atribuição de funções, faz-se necessária a independência orgânica para que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, sem qualquer tipo de subordinação que prejudique sua legitimidade e fira sua autonomia.

A princípio, o princípio da separação dos Poderes foi formulado de maneira bem austera, vinculando cada Poder a exercer apenas a função que lhe foi atribuída, sem interferir na alçada de atuação dos demais.

Na verdade, a separação dos Poderes clássica expressava os ideais liberais voltados ao individualismo, à liberdade, à neutralidade, à segurança jurídica, a fim de que a liberdade dos indivíduos não sofresse qualquer limitação em face de eventuais arbitrariedades de um governante onipotente.

Essa postura foi consagrada nas Constituições exatamente para evitar que algum dos Poderes, em especial o Parlamento, viesse a concentrar todos os poderes sob seu domínio de atuação e configurasse despotismo, já que quando o poder político não sofre controle, tudo pode se perverter numa grande máquina corruptora (CAPPELLETTI, 2003, p.129).

Apenas para exemplificar o abuso da atuação dos legisladores e dos administradores, diante da falta de controle de seus atos, basta remeter-se à legislação que privou os judeus de

seus direitos fundamentais. Daí a necessidade do controle de constitucionalidade ser exercido por um terceiro órgão: o Poder Judiciário.

Não é para menos que a Alemanha, assim como a Áustria, adotou o sistema de controle de constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo, tanto que a legislação ordinária alemã, em 1951, concedeu aos cidadãos a possibilidade da chamada queixa constitucional. Consistia no direito de demandar perante a Corte Constitucional contra qualquer ato do Estado, seja de natureza legislativa, executiva ou judiciária, que viesse a violar os direitos constitucionalmente protegidos (CAPPELLETTI, 2003, p.131).

Porém, hoje não vigora a mesma rigidez de outrora, pois a estrita tripartição dos Poderes já não atende as mudanças decorrentes do Estado Constitucional, na medida em que permitiu novas formas de interação entre o Legislativo e o Executivo e, por sua vez, destes com o Judiciário.

Ao que parece, a expressão melhor empregada à tripartição dos Poderes seria a colaboração de Poderes, pois, associada ao mecanismo de controle recíproco de *checks and balances* (freios e contrapesos), visa buscar o equilíbrio entre os Poderes, fiscalizando-os com o fim de assegurar o respeito aos direitos fundamentais (SILVA, 1997, p.110).

Tanto é assim que Norberto Bobbio ao explorar a limitação do poder político afirma ser necessária certa independência entre os três Poderes para que a cada um seja garantido o controle constitucional dos demais. Eis a ideia de judicialização da política (2005, p.100).

Evidentemente cada Poder é detentor de uma parcela da soberania estatal ao exercer funções predominantes (típicas) consagradas pela Constituição, contudo, não significa que são absolutamente independentes. Pelo contrário, deve prevalecer uma relação harmônica entre os Poderes quando do exercício de funções consideradas atípicas.

Apenas alguns exemplos são suficientes para demonstrar a interação entre os Poderes, sob o mecanismo de freios e contrapesos.

A função típica do Legislativo concerne na elaboração de leis, devidamente aprovadas por votação de cada Casa do Congresso. No entanto, o processo legislativo não se reduz apenas à atuação do Legislativo. A iniciativa das leis e o veto ou sanção presidencial são funções exercidas pelo Executivo.

Não obstante a isso, caso o Congresso Nacional se oponha ao veto, poderá ser rejeitado por voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, bem como, na inércia do Presidente da República em promulgar a lei, caberá ao Presidente do Senado a sua promulgação (artigo 66 da Constituição Federal).

Ao mesmo tempo em que o Executivo não interfere na função jurisdicional, cabe a ele, na figura do Presidente da República, a indicação dos ministros do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores (artigo 84, XIV da Constituição Federal). Do mesmo modo, o Presidente da República atua na função de legislador ao editar medidas provisórias (artigo 62 da Constituição Federal) e na autorização pelo Senado Federal de delegação de atribuições legislativas ao Presidente da República (artigo 68 da Constituição Federal).

Já o Poder Judiciário, notadamente representado pelo Supremo Tribunal Federal, influi na alçada do Legislativo ao exercer o controle de constitucionalidade de suas leis, na função de guardião da Constituição (artigo 102).

Os exemplos atestam a relação de reciprocidade e de controle mútuo que existe entre os Poderes, visto que tanto as funções típicas, como as funções atípicas, podem ser executadas de maneira harmoniosa, bem diferente da concepção de separação dos Poderes no sentido original francês.

Justamente por isso as ações políticas são limitadas pelo sistema proposto pela própria Constituição, moldada em prol da democracia segundo um modelo de separação de Poderes com o Poder Legislativo representativo, burocracia técnica sujeita ao controle político exercido pelo Poder Executivo e Poder Judiciário com a função de realizar o controle de constitucionalidade de lei ou atos normativos (MENDES, 2008, p.XXV).

Para assegurar a supremacia das normas constitucionais e o processo democrático é que a Constituição Federal atribuiu competência ao Supremo Tribunal Federal para atuar como seu guardião, exercendo o controle de constitucionalidade de leis e demais atos normativos do Poder Legislativo e do Executivo.

Eis a problemática do estudo da judicialização da política: a legitimidade democrática dos órgãos decisórios do Poder Judiciário.

4.1.1 Legitimidade democrática do Poder Judiciário

O principal ponto controvertido decorrente da atuação do Poder Judiciário, representado por juízes e tribunais, no exercício de suas funções, corresponde ao fato de proferir decisões que invalidem atos emanados dos Poderes Legislativo e Executivo. A discussão está exatamente na questão da legitimidade democrática dos integrantes do Poder Judiciário, já que não exercem seus cargos mediante participação popular pela via eleitoral.

A partir de um recorte histórico traçado pela teoria de Montesquieu, os juízes não deveriam ser revestidos de nenhum poder político, pois considerava inviável a liberdade se o

poder de julgar não fosse apartado do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Definia os juízes como a boca da lei, restritos tão-somente à atividade mecânica de aplicação da lei ao caso concreto.

Para Montesquieu, apesar de ter apresentado o Judiciário como um dos três Poderes, considerava-o, de certo modo, nulo. Acreditava que deveria assumir um papel subserviente diferente do papel e da atividade dos órgãos políticos, sem qualquer interferência na esfera de atuação da legislação. Aos juízes cabia apenas aplicar cegamente a lei, tanto que, para ele, “[...] os juízes não são nada mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar quer a força quer o rigor da lei” (MONTESQUIEU *APUD* CAPPELLETTI, 2003, p.135).

Com isso, Mauro Cappelletti assevera: “[...] reduziu-se a função judicial a uma cega e “inanimada” máquina caça-níqueis de aplicação da lei a casos individuais, indiferentes à realidade” (2003, p.137).

De forma semelhante, mas em outro momento histórico¹⁴, Carl Schmitt em *A Defesa da Constituição* também reduz a atividade judicial à subsunção da norma legal ao caso concreto, sob o silogismo sugerido ironicamente por Schopenhauer como a lógica da pata de ganso: Se o homem tem perna; tudo que tem perna é homem; logo, ganso é homem. Considerava que a criação do direito era própria da atividade de Legislativo e, por sua vez, a aplicação do direito era própria da jurisdição (1998, p.79-80).

Segundo o entendimento do autor, o direito jamais poderia interferir na esfera de atuação da política. Caso um Tribunal concentrasse e monopolizasse a defesa da Constituição, resultaria na judicialização da política e, conseqüentemente, na politização da justiça, já que ocorreria a transposição de funções políticas do legislador a um corpo de juízes escolhidos pela sua sabedoria, mas não por um processo democrático.

Não seria por outra razão que a tese central de Carl Schmitt, retratada por Guillermo Gasió em Estudos Preliminares à obra *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* de Hans Kelsen¹⁵, atribui ao Presidente do Reich a defesa da Constituição, conferindo-lhe poderes excepcionais nos termos do artigo 48 da Constituição de Weimar, sob o fundamento de que por ser eleito pelo povo consistiria em um guardião supostamente neutro (1995, p.XXVI-XXVII).¹⁶

¹⁴ Direito constitucional da Alemanha, em 1.931.

¹⁵ A obra *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* de Hans Kelsen foi elaborada em resposta ao estudo de Carl Schmitt em *A Defesa da Constituição*.

¹⁶ Artigo 48 da Constituição de Weimar: Cuando un Territorio no cumple los deberes que lê imponen la Constitución o las leyes del Reich, el Presidente del Reich puede obligarle a ello com a ayuda de la fuerza

Acreditava que em um Estado que não possuísse efetiva e rígida separação dos Poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, seria carecedor de Constituição, próxima à lógica do artigo 16 da Declaração francesa.

Em contrapartida, Hans Kelsen em resposta a Carl Schmitt atribui à função jurisdicional o mesmo caráter político do legislador, negando, portanto, o entendimento de que somente o Legislativo cria o direito e o Judiciário, quando da aplicação da lei, o reproduz (1995, p.28).

Por isso consagra o Tribunal Constitucional como o defensor da Constituição, responsável pelo controle de constitucionalidade, a fim de assegurar e impor limites ao exercício do poder diante da inconstitucionalidade de uma lei.

Essa ideia de conferir a proteção dos direitos fundamentais mediante o controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais, constitui um dos grandes marcos dos regimes democráticos contemporâneos, justamente em razão da aproximação dos ideais democráticos e do constitucionalismo.

Não é para menos que Mauro Cappelletti atribui início à revolução constitucional, na medida em que considera que a Constituição e os direitos fundamentais constitucionais necessitam de uma máquina judiciária para se tornarem efetivos. Foi assim que a jurisdição constitucional começou a se fortalecer como instrumento de proteção aos direitos fundamentais e ao princípio democrático (2003, p.130).

A diferença do sistema alemão de controle de constitucionalidade para o sistema norte-americano e brasileiro é que apresenta um Tribunal Constitucional autônomo, distinto das funções dos demais Poderes, capaz de projetar-se sobre eles a fim de enquadrá-los às normas constitucionais.

Já o sistema americano vincula a separação dos Poderes ao mecanismo de pesos e contrapesos, reservando ao Poder Judiciário, notadamente à Suprema Corte, a função de rever a constitucionalidade de eventuais atos do Legislativo e do Executivo.

A contribuição para a construção do direito constitucional norte-americano foi dada pelos federalistas, principalmente no tocante à supremacia e à guarda da Constituição, ao sustentarem que os direitos fundamentais dos indivíduos estariam bem mais protegidos se os

armada. Cuando em el Reich alemán el orden y la seguridad públicos estén considerablemente alterados o amenazados, el Presidente del Reich puede adoptar las medidas para el restablecimiento de la seguridad e el orden públicos, incluso con ayuda de la fuerza armada em caso necesario. A este efecto, puede suspender temporalmente, en todo o en parte, los derechos fundamentales consignados en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153.

juízes fossem efetivamente independentes e se a eles fosse conferida a defesa da Constituição (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.134).

Na verdade, o importante é que alguém dê a palavra final e que a decisão seja acatada por todos. Mas, por se tratar de uma prerrogativa soberana, não poderiam conferir tal poder ao Parlamento, visto que era absoluto e despótico, razão pela qual recaiu nos agentes considerados “menos perigosos” - os juízes -, que não impunham a espada, nem controlavam a bolsa (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.135).

Os escritos dos federalistas em muito contribuíram para a evolução histórica da jurisprudência constitucional norte-americana, cujas ideias repercutiram nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, em especial na decisão do juiz John Marshall, no caso *Marbury v. Madison*, em 1.803.

A decisão fundamentou que é da competência do Poder Judiciário o exercício do controle de constitucionalidade. Sustenta em seu voto que qualquer lei incompatível com a Constituição, não pode ser válida. Prevalece, portanto, a supremacia da Constituição. Caso contrário seria o mesmo afirmar que o mandatário (criador das leis) é superior ao mandante (povo).

Nessa linha de raciocínio segue o trecho da decisão de John Marshall, cujo conteúdo é de suma importância ao desenvolvimento do controle de constitucionalidade.

Não é admissível supor que a Constituição tenha tido a intenção de facultar os representantes do povo para substituir a sua vontade à de seus eleitores. É muito mais racional entender que os tribunais foram concebidos como um corpo intermediário entre o povo e a legislatura, com a finalidade, entre várias outras, de manter esta última dentro dos limites atribuídos à sua autoridade. A interpretação das leis é própria e peculiarmente da incumbência dos tribunais. Uma Constituição é, de fato, uma Lei Fundamental e assim deve ser considerada pelos juízes. A eles pertence, portanto, determinar seu significado, assim como o de qualquer lei que provenha do corpo legislativo. E se ocorresse que entre duas existisse uma discrepância, deverá ser preferida, como é natural, aquela que possua força obrigatória e validade superiores; em outras palavras, deverá ser preferida a Constituição à lei ordinária, a intenção do povo à intenção de seus mandatários (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.136).

Tamanha a influência desse precedente que, ao longo de mais de duzentos anos de Constituição, o direito constitucional norte-americano é condicionado a ser àquilo que a Suprema Corte, diz que ele é.

Justamente em razão dessa mutação constitucional é que decorrem críticas no sentido de os Tribunais exercerem atividades legiferantes, próprias do Poder Legislativo, como verdadeiros constituintes, sem, contudo, terem sido eleitos democraticamente.

Não significa dizer que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo, pois o único poder que é superior a todos os demais Poderes é o do povo, por isso que toda vez que a legislação infraconstitucional estiver na contramão da Constituição, ou seja, do povo, caberá aos magistrados basear suas decisões na Lei Fundamental.

Diante da relação do Poder Judiciário com os Poderes Legislativo e Executivo há que se observar alguns aspectos que asseguram sua legitimidade.

Primeiro por que o Poder Judiciário é um dever institucional ao tornar possível a coexistência dos Poderes, intervindo em eventuais conflitos se necessário, buscando restabelecer o equilíbrio entre os Poderes segundo o texto constitucional. Por isso que a autonomia do Poder Judiciário e a independência dos juízes são asseguradas pela Constituição, pois é o grande responsável pela balança do processo constitucional (NEGRI, 2002, p.254).

Em consequência disso, o segundo ponto é que o Poder Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal, é considerado como guardião da Constituição, com a incumbência de declarar a invalidade de toda e qualquer lei que seja incompatível à Constituição. Se a Constituição é vista como Lei Fundamental, assim também deve ser considerada pelos juízes, cabendo-lhes, portanto, assegurar sua essencialidade.

E, por fim, o Poder Judiciário é dotado de capacidade de orientação política. Significa dizer que, segundo Antonio Negri, a sua intervenção como garante dos direitos fundamentais, seja diante de colisões de direitos, seja na tensão entre norma infraconstitucional e constitucional, influirá na própria orientação do governo. E mais, tal capacidade de orientação política perdurará em razão da produção jurisprudencial de proteção dos direitos fundamentais das Cortes (2002, p.255).

A capacidade de orientação política se traduz, sobretudo, na competência do Poder Judiciário, atribuída pela própria Constituição, para exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, atuando como elemento dinâmico da efetivação constitucional. É evidente que os órgãos decisórios do Poder Judiciário cada vez mais empreendem esforços para conquistar a emancipação política, porém não se pode perder de vista o papel do poder constituinte (NEGRI, 2002, p.255-256).

A bem da verdade retrata uma dimensão política da jurisdição constitucional, como instância de controle formal e material do direito, ou seja, o próprio direito é o instrumento responsável pela legalidade das normas. Consiste na “vigilância do direito pelo direito” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.141).

Trata-se, portanto, da judicialização da política.

Cabe neste momento apresentar a seguinte indagação: os juízes e tribunais possuem legitimidade democrática para assegurar a supremacia da Constituição?

Essa era exatamente a preocupação de Carl Schmitt. Fundamenta sua crítica no princípio da separação dos Poderes, pois afirmava que a atuação do Tribunal Constitucional no controle de constitucionalidade das leis produzia reflexos no âmbito da atividade legislativa do Parlamento e, por sua vez, acarretava um *déficit* democrático, uma vez que o órgão jurisdicional é formado por um corpo de juízes não eleitos democraticamente.

Assim é que a característica antimajoritária dos tribunais constitui uma das objeções à crescente judicialização da política no Brasil.

O fato de juízes e tribunais exercerem o controle de constitucionalidade, declarando inválidos os atos dos demais Poderes, não é nenhuma novidade para o direito constitucional brasileiro, pois, desde o constitucionalismo da Primeira República, consolidou-se o funcionamento de uma Suprema Corte apta a decretar a inconstitucionalidade dos atos de poder (BONAVIDES, 2003, p.365).

No entanto, cabe remeter-se à problemática da legitimidade democrática da função jurisdicional, notadamente diante de suas possibilidades e dos limites de atuação.

A primeira objeção decorre da chamada dificuldade antimajoritária, a qual concerne no fato de juízes e tribunais exercerem o controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, dos atos emanados pelo Poder Legislativo e do Executivo, sem, contudo, deterem mandato eletivo.

O papel antimajoritário diz respeito à retórica liberal preocupada em assegurar a separação dos Poderes, já que “[...] órgãos e agentes públicos não eleitos têm o poder de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular” (BARROSO, 2009, p.385).

Tal postura encontra fundamento em duas justificativas.

A primeira delas é de cunho mais tradicional ligada à ideia de soberania popular e a separação de Poderes, sob o fundamento de que a Constituição expressa a vontade do povo, logo, deve prevalecer sobre qualquer manifestação que seja com ela incompatível. Cabe, portanto, ao Judiciário o exercício do controle de constitucionalidade, negando a validade de eventual lei inconstitucional (BARROSO, 2009, p.385).

A segunda se baseia no uso da interpretação jurídica constitucional, responsável pela superação do paradigma mecanicista do direito (raciocínio da subsunção). O intérprete como co-participante do processo de criação, fundamenta o controle de constitucionalidade nas

condições essenciais do Estado de Direito, quais sejam: a promoção dos direitos fundamentais e a observância dos procedimentos do processo democrático (BARROSO, 2009, p.386).

Com base nisso, dado o caráter de normas constitucionais de conteúdo aberto, confere-se ao intérprete-juiz um amplo campo de atuação e criação do direito, conferindo-lhe a possibilidade de apresentar mais de uma solução ao caso concreto. Porém, para que as escolhas que ensejaram a decisão jurídica não sejam acusadas de arbitrárias e ilegítimas, é imperioso motivá-la com base na racionalidade e na justificação (BARCELLOS, 2005, p.41).

Assim, a legitimidade do Poder Judiciário está condicionada a uma decisão fundada na argumentação racional, que, por sua vez, reforça a democracia. Nesse sentido, Oscar Vilhena Vieira:

[...] ao buscar dar a melhor interpretação possível aos dispositivos especialmente protegidos, como cláusulas superconstitucionais, subsidiado por um processo de argumentação racional em que os componentes da Corte se encontrem em posição de igualdade e liberdade argumentativa, o Tribunal constitucional poderá decidir quais emendas ferem e quais não ferem as cláusulas superconstitucionais de maneira mais legítima. Isto não significa que a Corte não esteja engajada em um processo antimajoritário. Porém, se for capaz de impedir a abolição ou erosão de princípios fundantes da ordem constitucional, entendida como reserva de justiça, e de seus elementos que habilitam a perpetuação do processo político democrático, a Corte estará, paradoxalmente, favorecendo a democracia (1999, p.239).

Além da necessidade de o juiz explicitar as razões que o levaram, dentre outras possíveis, a uma determinada decisão, deve se pautar na racionalidade, isto é, demonstrar a vinculação da decisão jurídica ao sistema jurídico, cujo núcleo central é a Constituição.

Nesse sentido já se posicionava o Ministro Francisco Campos do Supremo Tribunal Federal, em 1941:

Juiz das atribuições dos demais poderes, sois o próprio juiz das Vossas. O domínio da vossa competência é a Constituição, isto é, o instrumento em que se define e se especifica o governo. No poder de interpretá-la está o de traduzi-la nos vossos próprios conceitos (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.139).

É evidente que a legitimidade do julgador não lhe conferirá desmedida dose de discricionariedade para a livre criação do direito ou, ainda, declarar inválida uma lei, deixando um vazio institucional em seu lugar. Caso contrário recairia, como intitula Boaventura de Souza Santos, em stress institucional (2003, p.02).

A atuação dos juízes e tribunais no controle de constitucionalidade dos atos dos demais Poderes não implica stress institucional se o Poder Judiciário não entrar no campo de atuação de matérias sensíveis à escolha, como planos ou programas governamentais, cuja

avaliação da conveniência e da oportunidade cabe apenas ao Executivo e ao Legislativo (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.144).

A atividade jurisdicional não possui a tarefa de decidir sobre lutas e ações políticas, mas, sobretudo, sua função primordial está em assegurar o respeito às normas constitucionais, daí o exercício do controle de constitucionalidade e da interpretação dos princípios e dos direitos fundamentais que constituem a reserva de justiça da Constituição.

Há, todavia, um ponto sobre a legitimidade democrática a ser analisado. É intuitivo que em um Estado de Direito vigore o processo democrático majoritário, de forma que todo aquele que exerça o poder político o faz na qualidade de agente delegado da coletividade e a ela deve satisfação, o que não seria diferente com o Judiciário (BARCELLOS, 2005, p.45).

Em todo Estado de Direito o poder político é representativo, ou seja, é exercido em nome do povo e deve visar à promoção do bem comum, razão pela qual o juiz ao exercê-lo está desempenhando uma atividade própria do Estado: a jurisdição. Por isso, a função jurisdicional, ainda que considerada antimajoritária, é de suma importância para o próprio controle do regime democrático ao invalidar atos incompatíveis à Constituição e proteger os direitos fundamentais contra eventuais abusos (BARROSO *APUD* BARCELLOS, 2005, P.45-46).

Além do que, nada é mais essencialmente democrático que o direito de participação conferido ao povo. Isso se dá não apenas pela democracia representativa, mas também reside na possibilidade de a coletividade levar à discussão ao Poder Judiciário questões de ordem social, econômica (CAPPELLETTI, 1999, p.100).

Se o poder emana do povo, em nome dele é que os Poderes devem ser exercidos, por isso, apesar de os membros do Poder Judiciário não exercerem mandato eletivo, também figura no Estado de Direito como poder representativo, principalmente se omissos o Executivo e o Legislativo.

Oscar Vilhena Vieira retrata bem o que se pretende dizer:

Os tribunais são efetivamente antimajoritários em relação ao legislador, mas a autoridade superior do povo, cristalizada na Constituição, autoriza essa intervenção. Ao aceitar a visão dualista de Rawls não coloca a Corte como sendo a guardiã última da Constituição, pois o seu papel de intérprete definitivo da Constituição limita-se à ação do Legislativo. É que no governo constitucional não são o Legislativo, o Executivo e muito menos o Judiciário que devem dar a última palavra, pois essa pertence ao povo. [...] Destaca, porém, que, se emendas à Constituição, promulgadas em conformidade com os procedimentos constitucionais que autorizam a sua reforma, violarem preceitos essenciais, como o da igualdade ou liberdade de expressão, o que se tem não é uma emenda, mas uma ruptura constitucional, podendo, então, ser inadmitida pela Suprema Corte (1999, p.211).

Na verdade, frente às atuais crises do Legislativo e da própria legalidade tem se transferido a discussão política ao Judiciário em detrimento das instâncias de representação política. Com isso é provável que resulte na expansão do âmbito de interpretação jurídica e na ascensão política e institucional do Poder Judiciário.

Ana Paula de Barcellos retrata a ascensão do Poder Judiciário como espaço alternativo àquele dos órgãos eleitos:

Nesse contexto, parte da sociedade (no Brasil e também em outros países), descrente do processo político normal, alimenta a expectativa de que o Judiciário seja afinal um espaço onde possam desenvolver-se de maneira mais lisa a discussão e a definição de políticas públicas. Esse movimento político acaba encontrando algum respaldo em disposições normativas bastante vagas, especialmente no nível constitucional, como visto acima (2005, p.16).

Por força do caráter aberto das normas constitucionais, cabe, portanto, aos magistrados o preenchimento desse conteúdo quando do controle de constitucionalidade, mesmo porque, vale ressaltar, “[...] se essas normas têm o conteúdo aberto é porque o constituinte assim o quis” (VIEIRA 1999, p.234).

É sabido que o reflexo dessa expansão da atividade jurisdicional no regime democrático coloca em questão a legitimidade democrática dos juízes e tribunais. Mas, para que as decisões sejam consideradas legitimamente válidas é necessário fundamentá-las com base em um procedimento racional, ponderado e em estrita observância à Constituição.

A necessidade de fundamentar a decisão não decorre apenas do princípio constitucional da motivação (artigo 93, IX), mas, essencialmente, está vinculada à própria necessidade republicana de justificação das decisões proferidas pelo Poder Público, ou seja, a técnica de ponderação, quando envolva mais de uma solução ao caso, a racionalidade e a argumentação são verdadeiros limites habilitadores do sistema democrático (BARCELLOS, 2005, p.47).

Significa dizer, portanto, que se as decisões judiciais basearem sua fundamentação na promoção dos direitos fundamentais, bem como no respeito ao regime democrático, consistirá não só no desenvolvimento do Estado de Direito, mas também da democracia, pois, nas palavras de Oscar Vilhena Vieira: “Trata-se de garantia fundamental do cidadão contra as iniciativas individuais e públicas de interferência em sua esfera de dignidade” (1999, p.244).

Assim, verifica-se que a democracia não reduz tão-somente ao princípio majoritário (vontade da maioria), mas que também é possível conferir legitimidade à atuação dos juízes e tribunais, notadamente do Supremo Tribunal Federal (intérprete final da Constituição), mesmo contra atos emanados por órgão representativo, se suas decisões forem fundamentadas

racionalmente com base nos direitos fundamentais e em observância os procedimentos democráticos.

4.1.2 Mínimo existencial e reserva do possível: parâmetros de atuação judicial

Além dos princípios de interpretação, estudados no terceiro capítulo, que limitam a discricionariedade da atuação judicial, a pesquisa não poderia deixar passar despercebidos alguns parâmetros que precisam ser analisados pelos magistrados ao proferirem a decisão judicial. São eles: mínimo existencial e reserva do possível.

Em determinados casos concretos exige-se do Poder Público uma prestação de cunho social, notadamente referente aos direitos fundamentais sociais, voltada a assegurar as condições mínimas de existência do ser humano (mínimo existencial). Porém, como muitas vezes a sua concretização depende da implementação de políticas públicas é intuitivo que dela decorra a necessidade de captar recursos financeiros.

O conceito de mínimo existencial está associado à liberdade. O indivíduo somente é capaz de exercer as liberdades políticas, civis, econômicas, culturais se reunir condições fáticas mínimas à sua existência enquanto ser humanos. São elas referentes à vida, à saúde, à educação, à previdência, ao trabalho, ao lazer, entre outras.

Segundo Ricardo Lobo Torres, citado por Fernando Facury Scaff, o mínimo existencial é composto por um *status negativus libertatis*, um *status positivus libertatis* um *status positivus socialis*.

O primeiro deles impede o exercício do poder tributário por parte do Estado em razão da situação econômica do indivíduo. É o caso das imunidades tributárias no tocante ao ICMS e IPI no valor das cestas básicas, ao IPTU em relação à moradia, ao ITR para pequenas glebas rurais, por exemplo (TORRES *APUD* SCAFF, 2006, p.146).

Já quanto ao *status positivus libertatis* correspondem os serviços públicos dirigidos diretamente à manutenção da liberdade da pessoa. Trata-se de prestações do Poder Público isentas de taxas ou tributos contraprestacionais, tais como os serviços de educação primária, de saúde pública, prestação jurisdicional (TORRES *APUD* SCAFF, 2006, p.147).

Por fim, o *status positivus socialis* são “[...] as prestações estatais entregues para a proteção dos direitos econômicos e sociais e para a seguridade social.” A execução dessas prestações positivas (políticas públicas sociais) depende da análise da situação econômica conjuntural do país e da disponibilidade orçamentária, a qual é determinada pela chamada reserva do possível (TORRES *APUD* SCAFF, 2006, p.147-148).

É evidente que o conceito de mínimo existencial não é universal. Cada país, Estado ou Município apresenta sua particularidade, cada qual possui um conjunto de condições econômicas, sociais, políticas e culturais que determinará o patamar do mínimo existencial. Por isso a necessidade de verificar as possibilidades fáticas de cada lugar, quando da implementação de políticas públicas, sob pena de parte da população não exercer os direitos fundamentais sociais.

Além do que, a prestação material de serviços públicos pelo Estado envolve a arrecadação de verbas, logo está sujeita às autorizações orçamentárias. Nesse sentido, a decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão complementa que esses direitos prestacionais estão submetidos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade (SCAFF, 2006, p.153).

Importante salientar que a própria Constituição Federal estabelece dentre os objetivos fundamentais da República (artigo 3º) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e de quaisquer outras formas de discriminação.

Porém, muitas vezes, os objetivos fundamentais são irrealizáveis sob o fundamento de indisponibilidade orçamentária.

A questão é: cabe aos magistrados proferirem decisões com base na reserva do possível ainda que seja na contramão do mínimo existencial? Para quem se transfere a responsabilidade social do Estado?

Apenas no campo da suposição: um determinado Município não oferece vagas de forma gratuita a todos os alunos da educação primária, sob o fundamento de que, diante da insuficiência de verbas públicas, o orçamento do Município não apresenta recursos financeiros para patrocinar a criação de mais vagas.

Frente a isso, o Ministério Público propõe uma ação civil pública para obrigar o Município à criação de vagas para que todas as crianças possam exercer efetivamente seu direito à educação e frequentarem as aulas.

Eis o paradoxo do intérprete-juiz.

Se julgar procedente o pedido do Ministério Público cabe-lhe fundamentar a decisão com base no mínimo existencial, no sentido de obrigar o Município a criar as vagas (implementação de política pública), com base na Lei Fundamental, já que é atuação prioritária do Município assegurar o ensino fundamental e a educação primária, além de ser dever do Estado assegurar o direito à educação e a gratuidade do ensino público. Mas, se

julgar improcedente, com fundamento nas possibilidades financeiras do orçamento do Município, estará, de certa maneira, suprimindo direito fundamental à educação.

Evidentemente que a limitação de recursos é uma contingência que não pode ser ignorada. Mas, por outro lado, o Estado ao obter recursos deve gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços ou políticas públicas, com o escopo de realizar os objetivos fundamentais propostos pela Constituição Federal.¹⁷

Essa discussão representa apenas uma reflexão, dentre muitas, sobre a relação entre o mínimo existencial e a reserva do possível em face dos direitos fundamentais sociais, cuja efetivação não pode ser convertida em vaga promessa constitucional, sob pena de o Poder Público fraudar as expectativas da coletividade nele depositadas e substituir, de maneira ilegítima, “[...] o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”, tão logo “A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconseqüente.”¹⁸

4.2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O PODER JUDICIÁRIO COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.2.1 Atuação política e Atuação jurídica

Antes mesmo de explorar a atuação política e jurídica é necessário compreender a relação entre o direito e a Teoria do Estado e da política, feita por intermédio do estudo de Norberto Bobbio.

De início retrata que o conceito de direito mais próximo à Teoria do Estado e da política é concedido como ordenamento normativo, que, por sua vez, caso o direito se socorra, em última instância, à força física para obter o respeito das normas, a conexão entre direito como ordenamento normativo coativo e política torna-se mais estreita, de tal forma que o direito passar a ser considerado como: “[...] o principal instrumento através do qual as forças políticas, que têm nas mãos o poder dominante em uma determinada sociedade, exercem o próprio domínio” (2004, p.349).

Esta conexão contribuiu para a formação do Estado moderno e, tão logo, para o surgimento da estrutura jurídica e do poder político, do ordenamento e da força coativa e da

¹⁷ADPF nº 45, Rel. Min. Celso de Mello.

¹⁸ADPF nº 45; AGRG no RE, Rel. Min. Celso de Mello.

importância do poder, que serve da organização da força. Assim, o conceito de direito no Estado de Direito norteia a ideia de estatização do direito e juridificação do Estado.

[...] o Direito é considerado do ponto de vista do Estado ou do ponto de vista do poder soberano – que é o ponto característico do poder do Estado –, de onde parte, depois de Hobbes, a tendência em definir o Direito como um conjunto de regras postas ou impostas por aquele ou por aqueles que detêm o poder soberano e, de outro lado, o Estado é considerado do ponto de vista do ordenamento jurídico, ou seja, como uma complexa rede de regras, cujas normas constitucionais, escritas ou não escritas, são o teto e o fundamento, e as leis, os regulamentos, as providências administrativas, as sentenças judiciais são os vários planos [...] como o conjunto dos poderes exercidos no âmbito dessa estrutura e enquanto tais, e só enquanto tais, são aceitos como poderes legítimos (BOBBIO, 2004, p.349).

Este processo de convergência entre as estruturas jurídicas e o poder político reduz, portanto, o direito a um direito estatal, na medida em que condiciona a existência do ordenamento jurídico ao Estado e, do mesmo modo, identifica o Estado tão-somente como ordenamento jurídico. Significa que: “[...] não existe outro Direito além do estatal e não existe outro Estado além do jurídico” (BOBBIO, 2004, p.349).

A identificação entre direito e Estado e, por sua vez, a concepção do direito como fenômeno estatal, acompanha o desenvolvimento do Estado moderno. Tanto que para Max Weber o grande Estado moderno é aquele em que a legitimidade do poder depende de sua legalidade, tendo em vista que o poder deriva de um ordenamento normativo constituído e que se exerce segundo normas preestabelecidas (*APUD* BOBBIO, 2004, p.350).

Max Weber associa o processo de juridificação do Estado, que se racionaliza por meio de uma estrutura normativa, ao processo de legiferação do direito. Considera, portanto, o direito em função do poder. Por outro lado, Hans Kelsen parte do ponto de vista da estatização do direito, condicionando a realização do direito ao poder, ou seja, o poder em função do direito (*APUD* BOBBIO, 2004, p.351).

Essa convergência entre direito e Estado contribui para a supremacia da lei, que é a forma máxima de racionalização do Estado, mesmo porque o direito é a política vista através de um processo de racionalização. Mas, como não pode existir poder sem direito, para que o poder do Estado moderno seja legal, do mesmo modo o direito também não pode existir sem o poder (BOBBIO, 2004, p.351).

A respeito da distinção entre a atuação jurídica e política é oportuno à pesquisa abordar a concepção de direito e de política, nos moldes liberais e republicanos consagrados na modernidade pelo modelo norte-americano, sob a análise de três critérios: processo democrático, conceito de cidadão e de direito. Feita as considerações a respeito dos dois

modelos, Jürgen Habermas propõe uma concepção normativa fundada no discurso racional, intitulada como procedimental de política deliberativa.

A distinção entre as duas primeiras concepções reside no papel do processo democrático. O processo democrático no modelo liberal visa um Estado voltado a atender os interesses da sociedade, centrado na lógica da economia de mercado e, portanto, na proteção dos direitos subjetivos dos cidadãos em suas relações com o Estado e com os demais cidadãos. Daí a limitação do poder estatal e a preponderância do princípio da separação dos Poderes (1995, p.40).

A política, entendida aqui como formação política da vontade dos cidadãos, já que por meio de eleições confere a eles a possibilidade de fazer valer seus interesses privados, tem, por via de consequência, a função de mediação a fim de agregar e impor os interesses sociais privados perante um aparato estatal especializado e, tão logo, garantir os fins coletivos (HABERMAS, 1995, p.41).

Jürgen Habermas evidencia a natureza do processo político sob o ponto de vista liberal: “[...] a política é essencialmente uma luta por posições que assegurem a capacidade de dispor de poder administrativo. O êxito é medido pelo assentimento dos cidadãos a pessoas e programas, qualificado pelo número de votos obtidos em eleições” (1995, p.42-43).

O modelo liberal orienta-se pelo interesse próprio, baseado numa espécie de sistema de troca de apoio, não pelo argumento. Seus instrumentos de persuasão são ofertas condicionais de serviços e abstenção, sejam eles incorporados no voto, no contrato ou qualquer forma de relação social. O resultado estratégico representa não um juízo coletivo da razão, mas sim a soma vetorial num campo de forças, que corresponde à soma dos interesses dos indivíduos em suas relações de mercado e para com o Estado (HABERMAS, 1995, p.43).

Por outro lado, a concepção republicana constitui a política a partir da coletividade, ou seja, orienta-se pela solidariedade e pelo bem comum, na medida em que os próprios cidadãos são considerados autores políticos responsáveis por uma comunidade de pessoas livres e iguais. Diferentemente da concepção liberal, o Estado não se justifica apenas pela proteção dos direitos individuais, mas sim na institucionalização de liberdades públicas no interesse comum de todos (HABERMAS, 1995, p.41).

O processo político republicano não estreita relação com o mercado, mas orienta-se pelo diálogo. A política aqui é vista não como questão de preferências privadas, pelo contrário, é concebida como um processo de argumentação racional, de persuasão, voltada à construção de uma forma tida como boa e justa. A concepção republicana vai além, justamente porque dispõe de um poder comunicativo, que lhe assegura uma força

legitimadora, não apenas para perseguir posições de poder, mas também que o exercício político continuado tem força vinculatória sobre a forma de exercer o poder político (HABERMAS, 1995, p.43).

A distinção entre ambas as concepções reflete no modo de compreender o direito, sendo que para a concepção liberal a ordem jurídica, justamente por limitar os poderes do Estado em prol da classe burguesa, é construída com base nos direitos individuais, submetidos a uma lei superior. Em contrapartida, a ordem jurídica no modelo republicano revela uma dimensão objetiva, de tal modo que os direitos não passam de determinações de vontade política, pois vincula a legitimidade da lei ao procedimento democrático da elaboração dessa mesma lei (HABERMAS, 1991, 42).

Há uma crítica a fazer à autodeterminação dos cidadãos compreendida na concepção republicana, ao sustentar que uma coletividade é soberana o suficiente para identificar aquilo que seria melhor para si, já que os indivíduos são livres e iguais para chegarem ao consenso de quais normas melhor corresponderiam ao interesse comum. No entanto, ao que parece à própria condição de natureza humana, os indivíduos não possuem tamanha ética a ponto de renunciarem seus próprios interesses em favor do outro.

Apesar de retratar uma sociedade auto-organizada por cidadãos unidos comunicativamente, o estreitamento ético dos discursos políticos acaba por resultar em um idealismo excessivo, ao ficar na dependência das virtudes dos cidadãos orientados para o bem comum. Essa é a desvantagem da concepção republicana (HABERMAS, 1995, p.44).

Foi em função do absolutismo e do poder divino e metafísico decorrentes da Idade Média, que ambas as concepções visaram limitá-los por meio do direito e da democracia, de forma que a liberal fundou-se nos direitos subjetivos ou liberdade negativa, e, por sua vez, a republicana na atuação dos cidadãos na formação da opinião e da vontade política, mais próxima à ideia de soberania popular.

Diante do debate entre as duas concepções, liberal e republicana, Jürgen Habermas chega à conclusão de que é possível apresentar um modelo que entrelace os dois tipos, de forma a alcançar o consenso sem que, na iminência de conflitos de interesses e valorativos, o processo político não se atenha apenas pelo uso do discurso ético. O equilíbrio desses interesses decorrerá de uma justificação racional para fins de efetivação do debate público.

Se a pretensão da concepção liberal corresponde a um processo na forma de compromisso de interesses, e a republicana na forma de autodeterminação política dos cidadãos, há que se levar em conta a pluralidade de comunicações, tanto para a vontade comum se formar, como para alcançar o equilíbrio de interesses. Para tanto, segundo a

política deliberativa a escolha deve ser tomada mediante a argumentação racional e exames de coerência jurídicos, a fim de que as ações decorrentes do processo político produzam resultados racionais (HABERMAS, 1995, p.45).

Assim projeta o modelo ideal de política deliberativa com base nas contribuições pertinentes expostas durante o debate público, na busca pelo consenso e na construção da argumentação racional, ou seja, a questão crucial para Jürgen Habermas não está condicionada à representatividade, mas na justificação racional do debate político.

Com base nesse modelo de política deliberativa é que a judicialização da política se legitima. A discussão das questões de natureza política uma vez transferida para o âmbito da jurisdição, cabendo aos juízes, sem mandato eletivo, o exercício do controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos emanados dos demais Poderes, não significa dizer que a ingerência do Poder Judiciário nas esferas do Legislativo e do Executivo irá violar a democracia.

Mesmo porque qualquer ação do Estado só pode ser considerada válida se amparada pelo direito, sem uma construção normativa revestida de regulamentação não há que se falar em legitimidade. Aliás, toda decisão política não possui validade se não houver o respaldo jurídico, razão pela qual a legitimidade da decisão judicial está condicionada à aplicação da argumentação racional fundada na Constituição.

A relação entre o poder e o Estado não se sustenta apenas no uso da força, a ação do Estado precisa ser fundamentada mediante um discurso jurídico. A atuação do Estado em suas diversas incumbências, tais como segurança pública, no processo de promoção do bem-estar coletivo, no progresso, somente tem sua razão de ser, diga-se validade, se embasadas no direito (BASTOS, 2002, p.22).

Trata-se, na verdade, de uma estratégia de manutenção do poder, fruto da própria modernidade, que se fundamenta nos conceitos de subjetivação histórica, pela qual a validade da legitimidade do Estado se dá pelo consentimento, racionalidade, liberdade e igualdade. Constituem os ingredientes responsáveis pela construção do sistema de direito que regula e fundamenta todos os tipos de relacionamentos interindividuais, intergrupais e políticos, com o fim de proporcionar o exercício da cidadania, condição necessária para a realização da igualdade e da liberdade (POKER, 2009, p.178).

É verdade que ao trazer o modelo proposto por Jürgen Habermas à realidade brasileira, as dificuldades para a aplicação da política deliberativa, fundada na argumentação racional, são notórias frente às raízes liberais aqui estabelecidas e à condição histórica-cultural

referentes às práticas sociais e políticas de clientelismo, patrimonialismo e particularismo, inaceitáveis em um Estado Democrático de Direito.

Se a validade do debate político é toda condicionada à argumentação racional, diga-se comunicação e procedimento, a razão é a única condição para que se constitua o processo deliberativo democrático, e a realidade social e política do Brasil, centrada no sistema relacional e nos laços pessoais, de troca de favores por meio da prática do “jeitinho” (dissociação entre lei formal e informal), acaba por dificultar que o processo de tomada de decisão seja orientado pela racionalidade.

Como a instância geradora de poder legítimo é a esfera pública fundada num debate político racional, significa que sobre o processo democrático recai toda a carga da legitimação. Habermas atribui como única fonte de legitimação os pressupostos comunicativos que estimulam opiniões diferentes e as condições procedimentais da formação democrática da opinião e da vontade política racional. Isso se dá não apenas por meio do princípio discursivo, mas também pelo direito, como esfera institucional entre a moral e a política, principal responsável por reproduzir as formas de comunicação em leis. Ao assumir uma forma legal o princípio do discurso transforma-se num princípio de democracia (1995, p.51).

A racionalidade do direito tornou-se fundamental para a construção de instituições típicas da sociedade moderna ocidental, tanto que possibilitou à civilização ocidental desenvolver saídas para as limitações lógico-organizacionais inerentes às formas tradicionais de dominação, ao conseguir afirmar a legalidade como fundamento de legitimidade (POKER, 2009, p.185).

Essa racionalidade moderna revela uma lógica linear que conduz a multidão de sujeitos à unidade e que controla sua diversidade por meio da dialética, ou seja, trata-se de um cálculo efetuado pelo indivíduo, dentro de uma transcendência que anula sua essência singular, já que cada expressão de subjetividade adquire racionalidade ao relacionar-se com as demais. A nova racionalidade é a construção do mundo novo a partir da cooperação de singularidades, cujo processo criador (constituente) se dá mediante a política (NEGRI, 2002, p.452-457).

Antonio Negri conclui que a definição de política, portanto, constitui-se senão a partir do conceito de poder constituinte, como produto contínuo da potência produtiva das singularidades. Segundo ele: “O poder constituinte atende as condições de definição da política porque dela interpreta a determinação criadora e cooperativa.” E justamente por ser o

horizonte da revolução que não termina, que continua a ser reaberta pelo tempo, em razão de sua dinamicidade, é que a todo momento exige-se a inovação (2002, p.458-459).

Daí a importância de a pesquisa realçar a política no contexto do Estado Democrático de Direito, cujo instrumento capaz de assegurar tal modelo é o direito. Política e direito são indissociáveis. Se o poder político é resultante da correlação de forças no grupo social, significa que estará sujeito às pressões daqueles cujos interesses e espaço político lhes foram negados, daí a importância do direito e do processo como formas coercitivas institucionalizadas (PASSOS, 1988, p.86).

A interação entre política e direito é inevitável, tanto que no processo de formulação e realização do direito há forte comprometimento político, determinando uma realidade única: a da convivência humana politicamente organizada. Não há, pois, pureza no direito. O campo do jurídico coabita, necessariamente com o político e o econômico. Trata-se, na verdade, de uma verdadeira sinergia, ou seja, do mesmo modo que o corpo humano necessita dos diferentes sistemas fundamentais para seu regular funcionamento, dentre eles o sistema nervoso, digestivo, circulatório, muscular etc., o direito é carregado de significação política e múltiplas decorrências econômicas (PASSOS, 1988, p.83-87).

4.2.2 A judicialização da política e o ativismo judicial: conceitos próximos

Algumas questões levadas à discussão no Poder Judiciário são facilmente solucionadas pelos critérios clássicos da hierarquização, cronologia e especialidade, ou seja, se resolvem na dimensão da validade. Basta avocar, nesses casos, o raciocínio da subsunção.

Por outro lado, há aquelas que, em razão de sua relevância política ou social, possuem acentuado grau de complexidade, conferindo mais de uma solução ao caso concreto. Exatamente por isso que nesses casos considerados “difíceis” não há espaço para a mera aplicação silogística da lei ao caso concreto, pois se exige do intérprete-juiz uma decisão pautada na racionalidade e na ponderação dos bens, interesses e valores, sempre em observância à proteção dos direitos fundamentais e do processo democrático.

Na verdade, a discussão de questões de natureza política e social é transferida para o âmbito de atuação jurisdicional, a fim de que juízes e tribunais exerçam o controle formal e material de leis e atos emanados pelos demais Poderes Legislativo e Executivo, sob um fundamento racionalmente baseado na Constituição.

Algumas condições políticas como a redemocratização a partir da Constituição Federal de 1988, a constitucionalização do direito infraconstitucional e a expansão da

jurisdição constitucional, contribuíram para o processo da judicialização da política e, por sua vez, a fronteira entre a política e o direito.

Isso denota, portanto, que a origem da judicialização da política, diferente do que intuitivamente possa parecer não decorre do ativismo judicial, mas sim da atividade do legislador constituinte e da própria cidadania que, progressivamente, foi se apropriando dos mecanismos processuais consagrados na Constituição Federal (VIANNA, 2008, p.01).

Tanto é assim que uma das formas mais atuantes desse processo tem sido por meio do controle de constitucionalidade dos atos originários dos Poderes Executivo e Legislativo, seja ele exercido na via difusa ou na concentrada. Porém, cabe ressaltar que o controle de constitucionalidade somente é exercido em última instância, dado o princípio da presunção de constitucionalidade.

Com isso a jurisdição constitucional é exercida amplamente desde o juiz estadual até o Supremo Tribunal Federal, de forma que, com base na Constituição, possuem legitimidade para invalidar lei ou outro ato normativo que com ela seja incompatível, declarando sua inconstitucionalidade (BARROSO, 2009, p.382-383).

A tendência da judicialização da política, fruto das decisões judiciais, é cada vez mais evidente. Inúmeras são as questões decididas pelo Supremo Tribunal Federal, seja pelo controle concentrado mediante as ações diretas, seja pelo controle difuso mediante o recurso extraordinário.

A título de melhor didática a apresentação dos casos julgados, no âmbito da Suprema Corte, será detidamente debatida no tópico 4.2.4.

Justamente em razão dessa expansão da atividade jurisdicional no sentido de invalidar leis ou atos normativos incompatíveis com os direitos fundamentais e com o processo democrático, legitima o Poder Judiciário como instrumento garantidor da Constituição Federal.

No entanto, alerta Luiz Werneck Vianna que esse desenvolvimento constitucional não pode ser associado ao “[...] ativismo judicial que ignore as fronteiras que apartam o juiz do político, e que pretenda, em nome do justo e da salvação pública, investir a Justiça do papel de um legislador providencial” (2008, p.01).

A judicialização da política, como já explicitado, decorre do próprio modelo constitucional adotado, ou seja, se de uma norma constitucional permite-se uma pretensão, cabe ao juiz dela conhecer e decidir a matéria, respeitando os direitos fundamentais e a democracia.

Nesse sentido é oportuno retratar o papel da jurisdição da Corte Suprema, fundada nos ideais do Estado de Direito (constitucionalismo e democracia):

O papel da corte constitucional é assegurar que todos esses elementos Convivam em harmonia, cabendo-lhe, ademais, a atribuição delicada de estancar a vontade da maioria quando atropela o procedimento democrático ou vulnere direitos fundamentais da minoria¹⁹ (BARROSO, 2009, p.390).

Já no tocante ao ativismo judicial compreende a ideia de participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, ainda que seja fruto de uma interpretação extensiva do sentido e do alcance da norma (BARROSO, 2009, p.05).

Muito embora a judicialização da política e o ativismo judicial sejam conceitos próximos, em função do comprometimento da atuação jurisdicional com a Constituição, possuem origens distintas.

A origem do ativismo judicial, ao contrário da judicialização da política, decorreu da prática jurisprudência norte-americana, que, a princípio, era bastante conservadora. Apenas por volta da década de cinquenta é que a Suprema Corte passou a proferir julgados progressistas em matéria de direitos fundamentais, como por exemplo, a decisão do caso *Brown v. Board of Education*, em 1954, que considerou inconstitucional a política de segregação racial nas escolas públicas (BARROSO, 2009, p.388).

Ainda assim, a experiência norte-americana era representada pelos liberais, favoráveis ao mecanismo de controle de constitucionalidade (*judicial review*) e certo grau de ativismo judicial, e pelos conservadores, adeptos da autocontenção judicial (oposto de ativismo), ou seja, mínima interferência do Judiciário na esfera de atuação dos demais Poderes.

Luís Roberto Barroso esclarece a diferença entre as duas posições:

[...] o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas (2009, p.06).

No Brasil, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, a postura do magistrado era exatamente a de autocontenção judicial, no sentido de evitar qualquer tipo de ingerência na atuação do legislador ou na esfera executiva, como a implementação de políticas públicas, por exemplo.

¹⁹ Exemplo de proteção de direitos fundamentais da minoria é o voto do Ministro Celso de Mello no Mandado de Segurança nº 24.831/DF, referente à instauração da CPI dos Bingos. A Corte, diante da inércia da maioria parlamentar de indicar seus representantes, concedeu a ordem para que o Presidente do Senado designasse os nomes faltantes (STF; DJ 04/08/2006).

Já nos dias de hoje, o ativismo judicial tem sido colocado em evidência, principalmente diante da atuação do Supremo Tribunal Federal, que, em alguns casos, tem aplicado a Constituição a situações não expressamente previstas por ela, independente da manifestação do legislador ordinário, o que será examinado mais adiante.

Ao que parece essa postura passou a ser adotada em face da crise pela qual o Poder Legislativo está protagonizando. Justamente em função da falta de representatividade e de sua funcionalidade é que proporcionou o aumento de demandas sociais e, por sua vez, provocou a expansão da atuação jurisdicional no sentido de suprir as omissões legislativas. Daí a conclusão de Luís Roberto Barroso: “Decisões ativistas devem ser eventuais, em determinados momentos históricos” (2009, p.08).

Evidentemente que não está a se falar na livre criação do direito e que a prática da judicialização da política e do ativismo judicial não enseja qualquer tipo de risco. É natural que a discricionariedade dos magistrados se desempenhada de forma abusiva e idiossincrática acarreta o comprometimento da legitimidade democrática do Poder Judiciário. Por isso, cabe ao intérprete-juiz verificar alguns parâmetros de atuação, como o mínimo existencial e a reserva do possível, por exemplo, e decidir conforme a Constituição segundo uma lógica racional e razoável.

Assim, tanto a judicialização da política, como o ativismo judicial, se bem exercidos podem ser muito úteis à democracia, a ponto da atuação progressista (limitada pelos direitos fundamentais e pelo processo democrático) dos magistrados e dos tribunais superiores contribuir para a mudança de postura dos demais Poderes, provocando-os a efetuar reformas de ordem política e legislativa.

Não é para menos que a litigância judicial nos tribunais aumentou significativamente, com a participação cada vez maior dos legitimados à propositura das ações constitucionais. No tópico seguinte será abordada a justiça em números, no tocante ao exercício do controle concentrado.

4.2.3 O aumento de litigância judicial nos tribunais: a justiça em números

O aumento de demanda judicial deve-se justamente às ações constitucionais consagradas no texto da Constituição, exercidas por meio do controle de constitucionalidade difuso e concentrado.

Com a Constituição Federal de 1988, esses instrumentos processuais passaram a representar tamanha importância para o exercício da cidadania, já que, por meio deles, foi

possível assegurar à sociedade um maior acesso aos tribunais. Daí a expressiva expansão da atividade jurisdicional.

A partir disso houve um considerável fortalecimento do Poder Judiciário, principalmente por trazer às suas discussões questões de relevante repercussão social, que por sua vez contribuiu para a judicialização da política mediante a atuação das Cortes Constitucionais, em especial, do Supremo Tribunal Federal.

Não é para menos que as jurisprudências dos tribunais têm tomado um novo rumo ao fazer uma leitura constitucional do caso concreto, visando à concretização dos direitos fundamentais.

Apenas a título de exemplo, faz-se necessário remeter-se à Apelação Civil nº 70022182281, julgada pelo relator Desembargador Rui Portanova do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O caso concreto envolvia o interesse de um aluno, devidamente representado pela sua mãe, à isenção do pagamento de tarifas do transporte escolar municipal, dada a ausência de condições financeiras. Por se tratar de matéria de direito fundamental (direito à educação), o tribunal negou provimento com base no princípio da prioridade absoluta de o Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à educação, bem como aos seus meios de acesso.²⁰

Isso é consequência, muitas vezes, de vazios institucionais deixados pelos Poderes representativos (Executivo e Legislativo), razão pela qual se delega ao Poder Judiciário a responsabilidade de resguardar os direitos fundamentais, exigindo-se dos juízes e tribunais uma postura ativa em face das eventuais omissões.

Para tanto, cabe ao intérprete fazer a leitura de todo o ordenamento jurídico e do caso concreto sob a ótica da Constituição, do contrário não seria possível assegurar a inviolabilidade das normas de direitos fundamentais.

Importante ressaltar que a proteção dos direitos fundamentais é de suma importância para a normalidade do Estado Constitucional, mesmo porque correspondem a fundamento de funcionalidade da democracia, ou seja, somente pelo exercício individual dos direitos fundamentais é que pode ser assegurado o processo de liberdade, elemento essencial da democracia (IBAÑEZ *APUD* CARVALHO, 2004, p.117).

²⁰ APELAÇÃO CÍVEL. ECA. TRANSPORTE ESCOLAR. CONDENAÇÃO. SEPARAÇÃO DOS PODERES. Cabível a condenação do município ao fornecimento de transporte escolar, porquanto a educação é bem constitucionalmente garantido aos cidadãos. e essa determinação não viola o princípio da separação dos poderes, tampouco a competência administrativa do município. NEGARAM PROVIMENTO (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70022182281; COMARCA DE GRAVATÁ/RS; REL. DES. RUI PORTANOVA, OITAVA CÂMARA CÍVEL DO TJRS; DJ. 13/12/2007).

Nessa linha de raciocínio, a referida expansão da atuação jurisdicional só é possível se diagnosticada a democracia. Por isso, vale dizer, que juízes e tribunais apenas alcançam o veto constitucional a partir da redemocratização e da promulgação da Constituição Federal de 1988. Não é viabilizada, portanto, em Estados autoritários (CARVALHO, 2004, p.118).

Este é o cenário que a judicialização da política tem condições de viabilidade e de desenvolvimento, notadamente voltada para resguardar o processo democrático e, sobretudo, à promoção dos direitos fundamentais.

O ambiente da judicialização é envolto por questões de relevante valor social e econômico, imprescindíveis para a estruturação do sistema político. Consequentemente, por se tratarem de discussões de grande repercussão na sociedade é peculiar que envolva a participação de grupos de interesses, uma vez que a decisão tomada no âmbito judicial provavelmente repercutirá no cenário político.

Exatamente por isso, uma das formas mais difundidas da judicialização da política corresponde às ações decorrentes do controle jurisdicional de constitucionalidade, de forma mais acentuada pelas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs), que passarão a ser demonstradas empiricamente.

É o que as estatísticas do Supremo Tribunal Federal apontam.

Ações Diretas de Inconstitucionalidade - 1988 a 2009*

Decisão Final	Qtd.	%
<u>Procedente</u>	686	16,1%
<u>Procedente em parte</u>	174	4,1%
<u>Improcedente</u>	171	4,0%
<u>Não conhecida</u>	1.786	41,8%
Total Decisão Final	2.817	65,9%
Liminar	Qtd.	%
<u>Com liminar deferida</u>	236	5,5%
<u>Com liminar deferida em parte</u>	73	1,7%
<u>Com liminar indeferida</u>	127	3,0%
<u>Prejudicado</u>	23	0,5%
Total Liminar	459	10,7%
<u>Aguardando julgamento</u>	998	23,4%
Total de Distribuídas	4.274	100%

Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF.

*Dados atualizados até julho de 2009.

Os dados discriminados na tabela são suficientes para constatar a expansão de demandas no âmbito constitucional. Somente as ações diretas de inconstitucionalidade distribuídas somam, até o mês de julho de 2009, o total de 4.274. O interessante é que boa parte das ADIs impetradas até esta data correspondem à participação dos grupos de interesses, sendo legitimados os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Tanto é assim que, dentre as 4.274 ações diretas de inconstitucionalidade distribuídas, 759 foram impetradas pelos partidos políticos, ficando bem próximos dos Procuradores Gerais da República, e 949 foram impetradas pelas confederações sindicais ou entidades de classe, atrás apenas dos Governadores de Estado ou do Distrito Federal.

A tabela abaixo descreve o grau de atuação dos legitimados.

Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Legitimado - 1988 a 2009*

Legitimados	Quant.	%
Presidente da República	6	0,1%
Mesa do Senado Federal	1	0,0%
Mesa da Câmara dos Deputados	0	0,0%
Mesa da Assembléia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal	46	1,1%
Governador de Estado ou do Distrito Federal	1.067	25,0%
Procurador-Geral da República	912	21,3%
Conselho Federal da OAB	177	4,1%
Partido Político com representação no Congresso Nacional	759	17,8%
Confederação Sindical ou Entidade de Classe de Âmbito Nacional	949	22,2%
Mais de 1 legitimado **	3	0,1%
Outros (Ilegitimados)	354	8,3%
Total	4.274	100,0%

Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF.

*Dados atualizados até julho de 2009.

Apesar de a análise ter se limitado à exposição das estatísticas referentes às ações diretas de inconstitucionalidade, no tocante às demais ações, parecem seguir a mesma lógica. A começar pelas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, ano-base 2009, foram distribuídas 08, dentre as quais, 03 foram impetradas pelos partidos políticos e 04 pelas confederações sindicais ou entidades de classe.

Do mesmo modo, dentre as 23 ações declaratórias de constitucionalidade distribuídas, entre o ano de 1993 a 2009, 08 foram impetradas pelas confederações sindicais ou entidades de classe. Neste mesmo período, das 186 arguições de descumprimento de preceito fundamental, 50 delas foram impetradas pelos partidos políticos e 54 pelas confederações sindicais ou entidades de classe.

Os dados lançados pelo Portal de Informações Gerenciais do Supremo Tribunal Federal falam por si. Basta analisar os números indicados e já é possível constatar que a participação dos grupos de interesses nas ações diretas de inconstitucionalidade tornou-se uma prática corrente.

É evidente, por exemplo, que os partidos políticos da oposição, por não reunirem forças para barrar a maioria, incentivem a judicialização da política, pois, uma vez provocada a jurisdição, é possível contestarem, por meio da ação judicial, as deliberações do legislador (constituente ou ordinário) ou do Poder Executivo.

Dentre as 759 ações diretas de inconstitucionalidade impetradas pelos partidos políticos, há que citar a ADI nº 4002, ainda em processo de julgamento, apenas a título de exemplo. Trata-se de ação direta impetrada pelo partido político Democratas (DEM) contra o Decreto nº 6.339/08, que alterou as alíquotas do IOF (Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, Títulos os Valores Mobiliários). Sustenta que a alteração das alíquotas representa um mecanismo de compensação pela perda de arrecadação, em razão da rejeição do Congresso Nacional à prorrogação da CPMF.²¹

Além das ações diretas, exercidas pelo controle concentrado, é necessário fazer referência ao controle de constitucionalidade pela via difusa, amplamente exercido por qualquer juiz ou tribunal e que, muitas vezes, produz efeitos *erga omnes* quando apreciado pelo Supremo Tribunal Federal.

Aliás, o número de recursos extraordinários – controle difuso –, que tem chegado ao Supremo Tribunal Federal é bem expressivo. Apenas no ano de 2008 foram distribuídos o total de 21.531 e, até julho de 2009, a soma de 5.369, razão pela qual a Emenda 45/2004 incluiu como pressuposto de admissibilidade dos recursos extraordinários a repercussão geral, limitando-os às questões constitucionais com relevância social, econômica, política e jurídica.

Uma vez atendida a repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal tem assumido uma nova postura e atuado de maneira a produzir efeitos que transcendam os interesses meramente subjetivos, o que caracteriza um controle difuso de natureza abstrata.

²¹ Petição inicial disponibilizada no sítio do Supremo Tribunal Federal.

Isso se deu, por exemplo, no caso do RE 197.917/SP, que interpretou a cláusula de proporcionalidade do número de vereadores à população dos Municípios, prevista no artigo 29, IV da Constituição Federal, e declarou a inconstitucionalidade da lei orgânica do Município de Mira Estrela/SP, que fixou em onze o número de seus vereadores para uma população de um pouco mais de 2.600 habitantes. Desta decisão, resultou na edição da Resolução 21.702/2004 pelo Tribunal Superior Eleitoral, a qual seguiu a orientação da decisão do recurso extraordinário, que por sua vez produziu eficácia *erga omnes*.²²

Feito o balanço em números de demandas distribuídas na Corte Suprema, constata-se, portanto, expressiva expansão da jurisdição constitucional e relevante desenvolvimento da judicialização da política, principalmente diante da apreciação das questões de natureza política pelo Poder Judiciário, sob a pretensão de assegurar a promoção dos direitos fundamentais e o processo democrático.

4.2.4 A judicialização da política na Suprema Corte brasileira: apresentação de casos

²² RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). 7. Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido (STF - RE nº 197.917/SP; Rel. Min. Maurício Corrêa; D.J. 06/06/2002).

O Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, é quem confere a interpretação final, seja ao exercer o controle concentrado de constitucionalidade ou pela via difusa ao apreciar recurso extraordinário, por exemplo.

Nos últimos anos o exercício da jurisdição constitucional, principalmente quando da discussão de questões de relevância política e social, concentrou-se de forma mais acentuada no âmbito de atuação do Supremo Tribunal Federal. Assim é que o corpo de ministros, onze no total, tem produzido importantes decisões garantidoras de direitos fundamentais e da própria democracia.

Por isso é oportuno à pesquisa explorar os inovadores julgados da Suprema Corte brasileira, os quais têm representado um importante papel na história do constitucionalismo do Brasil.

Para fins de didática, a análise jurisprudencial será realizada em tópicos temáticos.

Pesquisa com células-tronco embrionárias (ADI 3.510/DF, Rel. Min. Carlos Brito, D.J. 29/05/2008):

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República contra o artigo 5º da Lei 11.105/05 (Lei da Biossegurança), que permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos decorrentes de fertilização *in vitro*, desde que atendidas as seguintes condições: sejam embriões inviáveis e congelados há mais de três anos.

A principal discussão foi em torno do momento em que a vida se inicia e acerca da colisão de direitos fundamentais, principalmente envolvendo o direito à vida e à dignidade humana, bem como o direito à saúde e a livre expressão da atividade científica. Tamanha a repercussão do caso que dividiu a opinião não só do Plenário, como de toda a sociedade.

Por maioria (seis votos a cinco) e nos termos do voto do Rel. Rel. Min. Carlos Brito, o Supremo julgou improcedente o pedido formulado na ADI 3.510/DF, no sentido de que, em razão de as células-tronco embrionárias serem capazes de originar todos os tecidos do indivíduo adulto, são capazes de contribuir para o desenvolvimento das pesquisas terapêuticas, notadamente na recuperação de saúde nos casos de anomalia ou graves problemas genéticos. Logo, não há violação do direito à vida e à dignidade humana.

Dentre os votos vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, dois se posicionaram contra a destruição do embrião e três julgaram improcedente a ação direta, desde que a pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias fossem condicionadas à prévia autorização e aprovação pelo Comitê Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde.

A decisão pela constitucionalidade da Lei de Biossegurança foi inovadora e de suma importância para a comunidade científica, já que mediante a permissão do uso de células-tronco embrionárias torna-se possível o desenvolvimento de pesquisas científicas terapêuticas no sentido de proporcionar melhores condições de dignidade aos pacientes que sofram, por exemplo, morte encefálica ou lesões medulares.

Direito às condições materiais de existência: fornecimento de medicamentos e serviços de saúde (AGRG no AI/RS nº 597.182, Rel. Min.Cezar Peluso, D.J. 10/10/2006):

A Suprema Corte, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso de agravo de instrumento, confirmando a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no sentido de que é dever constitucional do Estado oferecer serviços de saúde adequados e fornecer medicamentos ao paciente necessitado, a fim de assegurar-lhe condições mínimas de existência.

O direito à saúde é indissociável da dignidade humana e do direito à vida, razão pela qual o Supremo manteve a decisão agravada, aplicando o bloqueio de verbas públicas ao Poder Público como meio coercitivo, a fim de a determinação judicial de fornecimento de medicamentos aos pacientes que urgentemente deles necessitam para sobreviver, seja cumprida.

É importante ressaltar que o fornecimento gratuito de medicamentos sofre constantemente limitações, principalmente quando se trata de medicamento que não consta da lista do Programa de Dispensação em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde.

Nesse sentido foi a decisão da Min. Ellen Gracie ao suspender a liminar (SS 3.073/RN) concedida em sede de mandado de segurança nº 2006.006795-0, que determinou ao Estado do Rio Grande do Norte o fornecimento dos medicamentos Mabthera (Rituximabe) + Chop, de alto custo, para paciente portador de câncer.

A fundamentação da suspensão da liminar atribui ao risco de o Judiciário interferir no orçamento da Administração Pública para fins de efetivação de políticas públicas de saúde, no caso destinada a uma situação individualizada, e ensejar a diminuição de serviços de saúde básicos ao restante da coletividade.

A questão é delicada e exige que os magistrados levem em consideração alguns parâmetros no momento da tomada de decisão, sejam eles baseados no mínimo existencial, na reserva do possível e nas normas constitucionais, para que, feito o sopesamento de bens, interesses e valores, a decisão judicial possa beneficiar não apenas de forma individualizada, mas favoreça o maior número de pessoas.

Fidelidade partidária (ADI 3.999-7/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, D.J. 12/11/2008):

Recentemente o Supremo Tribunal Federal decidiu a questão da fidelidade partidária. Por maioria, julgou improcedente a ação direta proposta pelo Partido Social Cristão (PSC), confirmando a constitucionalidade das Resoluções 22.610/07 e 22.733/08 do Tribunal Superior Eleitoral, no tocante à perda do mandato eletivo por infidelidade partidária.

Segundo o voto do Rel. Min. Joaquim Barbosa pouco adiantaria a Corte reconhecer o dever de fidelidade partidária se não conferisse um instrumento legal para assegurá-lo. Por isso é que a atividade normativa do Tribunal Superior Eleitoral recebeu amparo da extraordinária circunstância de o Supremo ter reconhecido a fidelidade partidária como requisito para permanência em cargo eletivo.

A decisão de que o mandato eletivo pertence ao partido político, com fundamento no princípio democrático, criou mais uma hipótese de perda do mandato, além daquelas expressas pelo artigo 55 da Constituição Federal. Trata-se de questão eminentemente política decidida pelo Judiciário, claro exemplo de ativismo judicial.

Vedação do nepotismo (ADC nº 12, Rel. Min. Carlos Brito, D.J. 16/02/2006; RE nº 579.951/RN, D.J. 20/08/2008):

O Plenário julgou procedente a ação declaratória de constitucionalidade proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, confirmando a constitucionalidade da Resolução nº 07/05 do Conselho Nacional de Justiça, que vedava a nomeação de parentes de membros do Poder Judiciário, até o terceiro grau, para cargos em comissão ou em funções gratificadas. A fundamentação da decisão baseou-se na força normativa dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade, previstos no artigo 37 da Constituição Federal.

Já no ano de 2008, por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso extraordinário oriundo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, mediante o qual estendeu a proibição da nomeação de parentes aos demais Poderes, Executivo e Legislativo.

A condenação da prática de dominação patrimonial (nepotismo) pelo Supremo Tribunal Federal, ensejou, no dia seguinte do julgamento do recurso extraordinário, a

elaboração da Súmula Vinculante nº 13, no sentido de proibir o nepotismo no âmbito dos três Poderes.²³

Trata-se de mais uma questão eminentemente política em que o Poder Judiciário assumiu uma postura pró-ativa em face da omissão não suprida pelo Poder Legislativo.

Restrição ao uso de algemas (HC 91.952/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, D.J. 07/08/2008):

A Corte, por unanimidade, deferiu a ordem de *habeas corpus*, anulando a decisão condenatória do Tribunal do Júri em função de o acusado ter permanecido algemado durante toda a sessão do plenário, sem qualquer apresentação de justificativa pela juíza-presidente.

Prevaleceu o voto do Relator no sentido de que, se o Tribunal do Júri não requer a custódia do acusado, nem exige sua presença, o fato de mantê-lo algemado não está em harmonia com a Constituição, mesmo porque vigora o princípio da presunção de inocência. Ademais, justamente em razão de o Tribunal do Júri ser formado por pessoas leigas é bem provável que, à primeira vista, enxerguem o acusado, se algemado, como sujeito de alta periculosidade.

Por isso o uso de algemas ficou limitado à justificativa de alta periculosidade ou ameaça de fuga, em observância ao princípio da dignidade humana.

Não obstante, novas práticas injustificadas do uso de algemas continuaram a ser realizadas, daí a edição da Súmula Vinculante nº 11, cujo teor condiciona o uso de algemas apenas em casos de justificada excepcionalidade. Coube, novamente, ao Supremo Tribunal Federal, mediante o exercício da jurisdição constitucional, cumprir o papel institucional de guardião da Constituição Federal diante da falta de lei regulamentadora.

Isso demonstra que a atuação jurisdicional desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal está bastante engajada com as questões de relevância política e social e preocupada com a promoção dos direitos fundamentais e em assegurar o processo democrático. Passou a ser, portanto, o instrumento responsável pela transformação da realidade social.

Justamente em função de ser o guardião da Constituição Federal, cada vez mais novas ações diretas de inconstitucionalidade são levadas à sua apreciação. É o que recentemente ocorreu diante da sanção do Presidente da República ao Projeto de Lei nº

²³ Súmula nº 13 STF: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

125/06, que deu origem à Lei 12.016/09, referente ao mandado de segurança individual e coletivo.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade, questionando o artigo 1º, § 2º, que prevê o não cabimento de mandado de segurança contra atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público, bem como o artigo 7º, III, ao restringir a liminar à exigibilidade de caução, fiança ou depósito, com a finalidade de assegurar eventual ressarcimento à pessoa jurídica. Questionou, ainda, o artigo 7º, § 2º, o artigo 22, § 2º, o artigo 23 e o artigo 25.

O objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.296 recai no fato de uma norma infraconstitucional ferir a Constituição Federal ao limitar direitos e garantias fundamentais. Por tal razão é que pleiteia, liminarmente, a suspensão de eficácia dos artigos suscitados até o julgamento do mérito, e, ao final, a definitiva declaração de inconstitucionalidade.

Por fim, abordadas essas questões tidas como relevantes para o enfrentamento da árdua tarefa de se concretizar os direitos fundamentais, há de se dizer, em suma, que a postura ativa do magistrado, desde que dentro de um discurso racional e de acordo com a Constituição Federal, poderá contribuir, pelo menos até o momento em que os demais Poderes da República não desempenharem a contento os papéis que lhes são confiados, com a particular efetivação das promessas constitucionais.

CONCLUSÃO

A realidade social é dinâmica e histórica, assim como o direito. A cada nova realidade, justamente pelo fato de o direito não ser um dado pronto e acabado, mas sim um dado histórico em construção, clama-se por sua transformação e aperfeiçoamento para atender as transformações sociais.

A pesquisa pretendeu, numa análise crítica-dialética, expor as mudanças de contexto social e político e a sua real interferência na evolução do direito constitucional, que contribuem, sobremaneira, para a apreciação dos resultados alcançados.

A partir do desenvolvimento do constitucionalismo da Antiguidade Clássica à Idade Contemporânea constatou-se que, no momento em que o contexto presenciado passa a ser o do Estado Democrático de Direito, destacam-se as características de um regime democrático constitucional: a consagração dos direitos fundamentais e sua proteção por meio do controle de constitucionalidade.

Frente à evolução do conceito de democracia foi possível afirmar que cada país reúne os arranjos democráticos que melhor atendem ao seu contexto e peculiaridades. De tal modo, dentre os modelos de democracia estudados por Arend Lijphart – Westminster e consensual –, o que melhor atende os anseios do Estado brasileiro, marcado pela múltipla diversidade em todos os sentidos, deve ser aquele que instigue o consenso, compartilhando e limitando o poder, qual seja, o modelo consensual.

Tanto é assim que segundo os arranjos democráticos que compõem o modelo consensual, tais como a rigidez constitucional e a revisão judicial, ao conferirem aos magistrados o poder de controlar a constitucionalidade das leis ou atos normativos emanados pelos Poderes Legislativo e Executivo, registra-se, pois, a possibilidade de a judicialização da política conquistar maior espaço e aceitação como condição para o fortalecimento da democracia.

Aliás, do mesmo modo que a rigidez constitucional só tem sua razão de ser se presente a revisão judicial, e vice-versa, assim ocorre com a democracia constitucional, a qual não se sustenta sem a presença de um sistema constitucional que impeça eventuais abusos e violações cometidos pelas decisões majoritárias contra os direitos fundamentais e ao processo democrático.

O estudo efetuado sobre a conciliação entre o constitucionalismo e a democracia permitiu, portanto, verificar que a preservação e a continuidade da democracia está vinculada

à ideia de constitucionalismo, daí a importância de um garante responsável em dificultar, ou, ao menos, retardar o processo de tomada de decisões parlamentares que se contraponham aos direitos fundamentais, resguardando, assim, a supremacia da Constituição.

Não é para menos que o propósito do constitucionalismo democrático é justamente o de limitar as decisões majoritárias em prol da dignidade humana e a fim de fortalecer a democracia. Eis a composição dos arranjos democráticos da rigidez constitucional e da revisão judicial.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 o paradigma constitucional tradicional foi superado, de tal forma que o cenário do novo modelo de direito constitucional passou a exigir uma leitura de todo ordenamento jurídico sob o viés da Constituição, razão pela qual resultou no reconhecimento da força normativa da Constituição e, dado o conteúdo aberto de suas normas, dos princípios de interpretação constitucional.

Assim é que até o momento anterior à Constituição Federal de 1988 não se falava de uma jurisdição constitucional e, tampouco, atuante e engajada com as demandas sociais. Nos últimos vinte anos, com o processo de redemocratização, é que se tornou possível falar de proteção dos direitos fundamentais, progresso da jurisdição constitucional e de independência do Poder Judiciário.

Junto com a construção do novo modelo de direito constitucional veio o fortalecimento do Poder Judiciário e a ideia de supremacia da Constituição. Essa mentalidade tornou-se realizável a partir da constitucionalização do direito e da consequente expansão da jurisdição constitucional.

Com base nisso, constatou-se que a jurisdição constitucional assumiu a função de trazer à sua esfera de discussão questões políticas que, até então, eram debatidas e decididas apenas pelos Poderes com representação democrática, com o fim de assegurar a proteção dos direitos fundamentais e o próprio regime democrático. Daí decorre a judicialização da política e o ativismo judicial.

Apesar de aparentemente parecerem sinônimos não o são em razão da gênese de cada um. Evidenciou-se que a judicialização da política decorre da própria atividade do constituinte e ainda da cidadania, que, progressivamente, foi se apropriando do uso das ações constitucionais, enquanto que o ativismo judicial tem sua origem na prática jurisprudencial norte-americana.

Ambos buscam a participação do Poder Judiciário na concretização da Constituição Federal, tanto é assim que magistrados e os tribunais, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, passaram a ser o instrumento responsável pela transformação da realidade social, ainda mais

frente às crises de representatividade do Legislativo e do Executivo e da própria legalidade. Conclui-se que a ampliação da esfera de jurisdição constitucional implica, por sua vez, a ascensão política e institucional do Poder Judiciário.

Exatamente em razão de o Poder Judiciário tomar decisões concernentes às questões eminentemente políticas e, a princípio, de responsabilidade dos demais Poderes, é que a pesquisa enfrentou a problemática da legitimidade democrática dos magistrados.

A objeção de caráter antimajoritário repousa no fato de os membros dos órgãos decisórios do Poder Judiciário não terem sido instituídos no cargo mediante a participação popular pela via eleitoral, motivo pelo qual não estariam legitimados a proferir decisões políticas, sob pena de ferirem a organização e a separação dos Poderes e, tão logo, o Estado Democrático de Direito.

Em contrapartida a tal objeção, a pesquisa trouxe como justificativa da legitimidade democrática do Poder Judiciário a própria soberania popular, no sentido de que, se a Constituição expressa a vontade do povo, qualquer manifestação contrária a ela há que se sujeitar ao controle de constitucionalidade, assegurando, assim, o regime democrático. Aliada, ainda, ao uso da interpretação jurídica constitucional, a fim de fundamentar o controle de constitucionalidade segundo a proteção dos direitos fundamentais e do processo democrático.

Para evitar que a decisão judicial tomada nesses termos seja acusada de arbitrária e de ilegítima, a pesquisa abordou a atuação política e jurídica com o fim de justificar a legitimidade democrática. Para tanto, requereu auxílio ao estudo de política deliberativa de Jürgen Habermas.

A partir da comparação da concepção política liberal e republicana resultou que a concepção liberal se dá na forma de compromissos entre interesses privados, ao passo que a republicana funda-se na autodeterminação política dos cidadãos. Vislumbrou que o entrelaçamento das duas concepções seria capaz de alcançar o consenso, daí o desenvolvimento da concepção procedimental de política deliberativa.

Constatou-se que para a comunicação de interesses e orientações valorativas diversas cheguem a um consenso é necessário aliar o agir comunicativo à justificação racional a fim de alcançar a efetivação do debate público. É possível concluir que a legitimidade não está na representatividade, mas na argumentação racional do debate político.

Chega-se ao entendimento de que o modelo de política deliberativa legitima os órgãos decisórios do Poder Judiciário ante o processo da judicialização da política, sem causar prejuízo à democracia. Afinal, a validade de qualquer ação do Estado é condicionada ao

direito, justamente por isso a legitimidade do magistrado quando da decisão judicial está vinculada à argumentação racional fundada na Constituição.

Evidentemente que a legitimidade do julgador não lhe possibilitará ultrapassar os limites da discricionariedade, a ponto de se valer de idiossincrasias para a livre produção do direito ou, ainda, para invalidar lei, deixando uma lacuna em seu lugar. A decisão há de ser fundamentada com base em alguns parâmetros de atuação, tais como a análise do mínimo existencial e da reserva do possível, a argumentação racional proposta por Jürgen Habermas, bem como pela técnica de ponderação dos bens e valores sob tensão, e sempre em conformidade à Constituição Federal.

Na verdade, esse cenário proposto pelo contexto pós-Constituição Federal de 1988 contribuiu para o fortalecimento da jurisdição constitucional e, por via de consequência, para o exercício da cidadania, já que por meio das ações constitucionais é possível assegurar o acesso da sociedade aos tribunais.

Segundo as estatísticas pontuadas pelo Supremo Tribunal Federal, averiguou-se que nos últimos vinte anos o número de ações constitucionais distribuídas tem aumentado significativamente e, de forma prevalente, são propostas pelos legitimados concernentes aos grupos de interesse, quais sejam, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional.

Nota-se que a ideia de judicialização da política ou de ativismo judicial está cada vez mais em evidência, de forma acentuada, no Supremo Tribunal Federal, já que ele é quem acaba por exercer tanto o controle concentrado de constitucionalidade, como também o controle difuso ao apreciar, por exemplo, recurso extraordinário. Por tal razão é que a pesquisa dedicou o último tópico à análise de seus julgados que trouxeram repercussão política e social, voltados, sobremaneira, à promoção dos direitos fundamentais e ao respeito do processo democrático.

O propósito da pesquisa foi exatamente o de demonstrar que, por meio da atuação legítima de juízes e tribunais, tanto a judicialização da política, como o ativismo judicial, se exercidos dentro da justificação racional e da proporcionalidade, têm muito a contribuir para a preservação da democracia e, quiçá, exigir uma mudança de postura dos Poderes representativos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, Plauto Faraco. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 7 ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O novo direito constitucional e a constitucionalização do direito. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (orgs.). **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. MIGALHAS – Seção Migalhas de Peso. São Paulo, 02/02/2009. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=77375. Acesso em 05/02/2009.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

_____. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição. In: NETO SOUZA, Cláudio Pereira *et al* (Org.). **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional**: fundamentos teóricos. São Paulo: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. Direito. In: BOBBIO, Norberto *et al*. **Dicionário de política**: de a a j. Trad. por Carmem C. Varrialle *et al*. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004.

_____. Democracia. In: BOBBIO, Norberto *et al*. **Dicionário de política**: de a a j. Trad. por Carmem C. Varrialle *et al*. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004.

_____. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Trad. por Marco Aurélio Nogueira. 12 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**: temas políticos e constitucionalidades da atualidade. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **A quinta geração de direitos fundamentais**. Instituto Latino-Americano de Estudos constitucionais. Disponível em: <http://www.estudosconstitucionais.com.br/site/i/artigos/7.pdf>. Acesso em 02/07/2009.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Crise econômica e reforma do estado no Brasil para uma nova interpretação na América Latina**. São Paulo: Editora Trinta e Quatro, 1996.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estado de direito. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

_____. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, mar./abr. 2003. vol. 366.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. In: **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba, nov. 2004.

CARVALHO, José Murilo. **A formação das almas**: o imaginário da República no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. por Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juizes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. **Qual o futuro dos direitos?** Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. por Ana Paula Zomer Zica *et. al.* 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões.** 7 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1977.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito.** Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição.** São Paulo: Malheiros, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição.** Trad. por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos de democracia. In: **Lua Nova – Revista de Cultura e Política.** São Paulo: Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1995.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Trad. por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **¿ Quién debe ser el defensor de la Constitución?** Traducción de Roberto J. Brie. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição.** 3 ed. Rio de Janeiro: Líber Jurídica, 1988.

LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. A abertura da constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição.** São Paulo: Malheiros, 2003.

LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países.** Trad. por Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución.** Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1986.

MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de política**: de a a j. Trad. por Carmem C. Varrialle *et al.* 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONREAL, Eduardo Novoa. **O direito como obstáculo à transformação social**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1988.

MORAIS, Jose Luis Bolsan de. Crises do Estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (orgs.). **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10 ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NAHAS, Thereza Christina. A crise do direito do trabalho. In: PADILHA, Norma Sueli *et al* (Coord.). **Gramática dos direitos fundamentais: a Constituição Federal de 1988 – 20 anos depois**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Trad. por Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. Reflexões sobre a colisão de direitos. In: **Revista Em Tempo**. v.7. n.7. Marília: UNIVEM, 2005.

PADILHA, Norma Sueli. **Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial**. Porto Alegre: SePorto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al* (Org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. **Direito, poder, justiça e processo: julgando o que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

POKER, José Geraldo A. B. Movimentos sociais e luta pela igualdade nos 20 anos da Constituição Federal Brasileira. In: PADILHA, Norma Sueli *et al* (Coord.). **Gramática dos direitos fundamentais: a Constituição Federal de 1988 – 20 anos depois**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ROTH, André-Nöel. O direito em crise: fim do estado moderno. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito, globalização econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A judicialização da política**. Centro de Estudos Sociais. Maio, 2003. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078.php>. Acesso em: 22/07/2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. ampl. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (orgs.). **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la constitucion**. Traducción de Manuel Sanchez Sarto. 2 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOUZA, Mériti de. **A experiência da lei e a lei da experiência**: ensaios sobre práticas sociais e subjetivas no Brasil. Rio de Janeiro: Revan; São Paulo: FAPESP, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade**. 3 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1996.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. Trad. por Caio Farah Rodriguez; Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.

VERGOTTONI, Giuseppe de. Constituição. In: BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de política**: de a a j. Trad. por Carmem C. Varrialle *et al.* 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VIENNA, Luiz Werneck. **O ativismo judicial mal compreendido**. Especial para Gramsci e o Brasil. Agosto, 2008. Disponível em: <http://www.acesa.com/gramsci/?page=visualizar&id=388>. Acesso em: 10/08/2009.