

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**O PODER JUDICIÁRIO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS
SOCIAIS EM TEMPO DE CRISE ECONÔMICA**

ANTONIO DANTAS DE OLIVEIRA JUNIOR

DISSERTAÇÃO
MESTRADO CIENTÍFICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

2016

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**O PODER JUDICIÁRIO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS
SOCIAIS EM TEMPO DE CRISE ECONÔMICA**

ANTONIO DANTAS DE OLIVEIRA JUNIOR

Dissertação Orientada pelo Professor Doutor Miguel Nogueira de Brito

MESTRADO CIENTÍFICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

2016

ANTONIO DANTAS DE OLIVEIRA JUNIOR

**O PODER JUDICIÁRIO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS
SOCIAIS EM TEMPO DE CRISE ECONÔMICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Doutor Miguel Nogueira de Brito.

Aprovado pela Banca Examinadora em ____/____/____

Prof. Dr. Orientador

Prof.(a) Dr.(a)

Prof.(a) Dr.(a)

A minha esposa Reilane e as minhas filhas Luiza e Lara por serem a maior inspiração em todos os momentos. A meus pais pelo apoio incondicional. Minha mãe Margarida pelo fato de nunca ter desistido de mim, e meu pai Antônio Dantas por ser até hoje o esteio familiar. A meu irmão Rodrigo com quem passei os melhores anos da vida, e as minhas sobrinhas Victória e Maria Clara pela alegria de vê-las crescer e poder receber tamanho carinho.

AGRADECIMENTOS

A Deus pelo dom da vida e da saúde, e que me impulsionou a superar e a aprender com todos os obstáculos da existência inerentes a minha caminhada, bem como por ter propiciado oportunidades de estudo e de trabalho, as quais posso contribuir com o mundo em que vivo.

A minha esposa e filhas pela compreensão dos longos períodos em que precisei me ausentar na busca não apenas dos meus ideais, mas, também, apesar da minha pequenez, da ânsia em colaborar na construção de um mundo melhor. Em todo momento de cansaço, olhar e sentar-me à mesa com Reilane, Luiza e Lara, renova em mim a garra de seguir a trilha construída para que eu conclua a minha missão.

A minha família, especialmente, a minha mãe, ao meu lado, por ter sido um anjo da guarda em momentos extremamente delicados, em especial, fazendo com que eu acreditasse que todos os meus sonhos seriam transformados em realidade. A meu pai com tantos ensinamentos sábios, está aquele que jamais esquecerei: “para mim, somente pelo fato de você tentar seguindo seus valores mostra coragem, já é um vitorioso, pois, existem pessoas que, sequer, tentam”. A meu irmão, sobrinhas e parentes queridos que, mesmo estando a alguns quilômetros de distância, mantiveram-se incansáveis em suas manifestações de apoio.

Ao meu amigo de adolescência Benedicto Guedes pela coragem e verdade de uma bela amizade que está presente em todos os momentos. A minha amiga Katia, na inesquecível Cidade de Colméia-TO, por todo carinho e dedicação.

A Escola Superior da Magistratura do Estado do Tocantins, na pessoa do Desembargador Marco Villas Boas, por ter “aberto” as portas da escola para a pesquisa acadêmica.

Aos servidores e estagiários que se encontram e passaram pelo gabinete da 2ª Vara Criminal e Execuções Penais da Comarca de Araguaína-TO pela colaboração, empenho e paciência que tiveram comigo, além da lealdade, em especial, Ana, Suzy, Layane, Suzane, Hiasmym, Aline, Mikaelly, Kellyane, Walissa e Flávia. Meu muito obrigado a equipe da CEPEMA, Doutora Bernadete por todo empenho e um ideal juntos na busca do bem comum e Thayz. A pastora Samara e a irmã Marta pelas orações, e a disponibilidade nos momentos que precisei.

Aos amigos do mestrado que compartilharam comigo esses momentos de aprendizado, especialmente, Ulysses e Cesar, pelas conversas, risadas, lamentações que partilhamos na linda Cidade de Recife-PE.

Aos policiais militares do Estado do Tocantins, sobretudo, o Comando de Operações Especiais - COE da Cidade de Araguaína-TO, nas pessoas de Gonçalves e Renan que fizeram, durante as aulas de mestrado em Recife-PE, a minha segurança e traslado entre as Cidades de Araguaína e Palmas para que eu pudesse chegar ao aeroporto, tendo em vista as mudanças que começaram a ser implantadas na Vara de Execuções Penais da Comarca de Araguaína-TO.

No momento de uma grave crise moral, de valores éticos, com um reflexo demolidor na economia brasileira, nos direitos fundamentais dos cidadãos, meu muito obrigado à Operação Lava Jato que, na pessoa do magistrado de 1º grau, Sérgio Moro, busca extirpar a corrupção sistêmica e a impunidade seletiva ou dos “poderosos” do Brasil, e, assim, fortalecer a democracia e o constitucionalismo.

A meu orientador, quero agradecer a confiança depositada em mim.

Enfim, agradeço, do fundo do meu coração, a todos aqueles que de uma maneira ou de outra contribuíram para que este percurso pudesse ser concluído.

***“Posso não concordar com nenhuma das
palavras que você disser, mas defenderei
até a morte o direito de você dizê-las.”
(Voltaire)***

RESUMO

Este trabalho toma como premissa que o judiciário no Brasil é um Poder do Estado com competência delimitada pela Constituição, e deverá ser estudado na perspectiva da ciência jurídica e política face à implantação da judicialização extensa no Catálogo Constitucional. As funções estatais legislativa, executiva e judiciária, diante da força normativa da Constituição, devem obediência ao Texto Constitucional não apenas no aspecto formal, como também material, sob pena de um poder, através da interdependência, intervir em outro poder, minorando a Teoria Ortodoxa da Separação de Poderes. Os direitos sociais são fundamentais e não podem ser considerados do 2º (segundo) escalão em relação aos direitos fundamentais civis, ligados às liberdades de toda e qualquer pessoa. O Poder Judiciário, quando provocado, sem ignorar o princípio da reserva do possível, deverá atuar em matéria de direitos sociais fundamentais por derivarem diretamente da Constituição. Em sentido diverso, deve ser assegurado o mínimo existencial aos direitos sociais, como fundamento da dignidade da pessoa humana, pelo fato da dubiedade de pensamentos sobre o caráter programático dos direitos sociais dependentes de uma legislação, com a justificativa de serem direitos não resistentes à lei, independentemente de haver ou não crise econômica, até porque a Constituição deverá ser observada, como norma jurídica, em qualquer momento pela vontade do poder constituinte originário. Uma situação polêmica refere-se ao ativismo judicial como forma, para alguns, de intromissão indevida do Estado-Juiz nas competências constitucionais do Estado-Legislator e do Estado-Administração. Ocorre que, é essencial aprofundar a definição do termo ativismo como sendo algo salutar à democracia e diferente da fórmula “criar o direito.” A maioria eleita não pode, simplesmente, sem nenhum critério racional ser substituída pela maioria dos tribunais em assuntos políticos, contudo, caso a maioria política não observe os direitos fundamentais haverá a atuação da jurisdição constitucional através dos princípios da proporcionalidade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana. A dissertação, ao final, em um breve relato, trará uma perspectiva brasileira e portuguesa no resguardo de direitos sociais em tempo de crise financeira.

Palavras Chave: Poder Judiciário. Separação de Poderes. Direitos Sociais. Crise Econômica. Ativismo Judicial.

ABSTRACT

This research takes as a premise that the judiciary in Brazil is a State power with limited competence defined by the Constitution and should be studied on the perspective of legal and political science towards the implementation of extensive legalization in the Constitutional catalog. The State's legislative, executive and judicial functions before the normative force of the Constitution, should abide by the constitutional text not only in the formal aspect, as well as the material aspect, under penalty of a power, through interdependence, to intervene in other power, reducing the Orthodox Theory of the Separation of Powers. Social rights are fundamental and can not be considered the 2nd (second) level in relation to fundamental civil rights, linked to the freedom of any person. The judiciary, when provoked, without ignoring the principle of reserve for the possible, should act on fundamental social rights that derive directly from the Constitution. In a different sense, it should be ensured the existential minimum social rights, as the foundation of human dignity, because of the ambiguity of thoughts about the programmatic nature of the social rights dependent of legislation, on the grounds that they are not law resistant rights regardless or not of an ongoing economic crisis, because the Constitution should be observed as a legal standard at any time by the will of the original constituent power. A controversial situation refers to the judicial activism as a way, for some, to undue interference of the Judicial State on the constitutional powers of the Legislative State and of the State Administration. It turns out that it is essential to deepen the definition of activism as something beneficial to democracy and different from the formula "create the rights." The elected majority can not simply, without no rational criteria, be replaced by most courts in political matters, however, if the political majority does not respect fundamental rights, there will be a participation of the constitutional jurisdiction by the principles of proportionality, equality and dignity of the human person. The dissertation at the end, in a brief report, will bring a Brazilian and Portuguese perspective on the safeguarding of social rights in a financial crisis time.

Keywords: Judiciary Power, Separation of Powers, Social Rights, Economical Crisis, Judicial Activism.

LISTA DE SIGLAS E DE ABREVEATURAS

ADC	- Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI/ADIn	- Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	- Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR	- Agravo Regimental
ampl.	- ampliada
art.	- artigo
atual.	- atualizada
CF	- Constituição Federal brasileira vigente
c. p. ex	- como por exemplo
CRFB	- Constituição da República Federativa Brasileira de 1988
Dec.	- Decreto
DF	- Distrito Federal
DJ	- Diário da Justiça
DJE	- Diário da Justiça do Estado
EC	- Emenda Constitucional
ed.	- edição
<i>etc.</i>	- <i>et coetera</i> (e assim por diante)
FDUL	- Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Min.	- Ministro(a)
MJ	- Ministério da Justiça
n./n ^o	- número
<i>op. cit.</i>	- <i>opus citatum</i> (obra citada)
p.	- página
PE	- Pernambuco
PEC	- Proposta de Emenda à Constituição
Pet.	- Petição
RCL	- Reclamação
Rel.	- Relator
Res.	- Resolução
rev.	- revista

ss. - seguintes
STF - Supremo Tribunal Federal
v. - volume
v.g - verbis gratia
TC - Tribunal Constitucional

LISTA DE QUADROS

Quadro 1: Medidas Provisórias no Brasil do Governo de José Sarney ao Governo de Dilma Rousseff	155
Quadro 2: Leis Ordinárias de 2002-2014	156
Quadro 3: Julgamentos jurídicos-políticos proferidos pela 2ª Vara das Fazendas e Registros Públicos da Comarca de Araguaína-Tocantins	156

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	14
2. A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES E SUA INTERRELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA SOBERANIA POPULAR DEMOCRÁTICA: DA ACEPÇÃO CLÁSSICA AO SENTIDO ATUAL DA SUA APLICABILIDADE EM RELAÇÃO AOS PODERES LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO.....	21
2.1 A teoria da separação dos poderes na visão clássica e contemporânea	21
3. A CONSTITUIÇÃO E O NEOCONSTITUCIONALISMO: DA REGRA AO PRINCÍPIO.....	36
3.1 A ideia de uma Constituição como norma jurídica e os Constitucionalismos	36
3.2 O Constitucionalismo Inglês e a sinalização da mudança	38
3.3 O constitucionalismo americano e a falta de previsão expressa do controle de constitucionalidade difuso: Do elitismo aos direitos fundamentais.....	41
3.4 O Constitucionalismo Francês e a tendência transformadora de paradigmas: A depressão social	43
3.5 Constitucionalismo Econômico e o Brasil.....	46
3.6 A Constituição: Do caráter político ao normativo	49
3.7 O que é o neoconstitucionalismo? Aplicação de regras e princípios	57
3.8 Qual é o “poder” que legitima os interesses do povo?.....	64
3.9 Tribunal Constitucional ou Suprema Corte: Breves noções do controle de constitucionalidade e a jurisdição	67
3.10 A transformação na roupagem do juiz cartesiano e o princípio da proporcionalidade: realidade ou desrespeito ao titular do poder constituinte e seus representantes?	78
3.11 A crise econômica e o princípio da proporcionalidade. A quem cabe ponderar?	82
3.12 Mutação paradigmática da democracia: Da maioria até o respeito a toda e qualquer pessoa e o princípio da igualdade.....	89
3.13 A democracia, a igualdade e o poder constituinte em um estado de direito: Quais as dimensões da democracia?.....	96
3.14 O conflito de parâmetros e a democracia.....	108
3.15 O princípio da igualdade e suas formas - A igualdade perante a lei e na forma da lei: do Estado liberal ao Estado social.....	112
3.16 A igualdade e as funções legislativa, executiva e judicial	113
3.17 Requisitos ofensivos e critérios diferenciadores à igualdade e a jurisdição constitucional	115
3.18 A igualdade, o arbítrio e a democracia	118
3.19 Direitos Fundamentais e a igualdade x a proporcionalidade: O que é um princípio constitucional?	121
3.20 A igualdade, a liberdade e o direito à diferença: A evolução do princípio da igualdade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	124
4. O PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL E A APLICAÇÃO DIRETA DA CONSTITUIÇÃO: PREPARAÇÃO PARA O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA	128
5. O RAIO “X” DO ATIVISMO JUDICIAL	135
5.1 Breves aspectos históricos e a similitude das expressões ativismo judicial e jurisdicizac�o da política. Qual é o papel da súmula vinculante no Brasil?.....	135

5.2. A capacidade institucional e o efeito sistêmico: O ativismo judicial e a judicialização da política. Pode-se falar em criação do direito?	141
5.3 O Estado de coisa inconstitucional e a sua incidência	154
5.4. A discricionariedade do legislador e a política contramajoritária do Poder Judiciário	160
5.5 As legitimidades da jurisdição constitucional e as dimensões do ativismo judicial	165
6. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	172
7. O ALCANCE DA EXPRESSÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS	185
7.1. A Classificação dos Direitos Fundamentais	185
7.2. O direito prestacional social, sua eficácia e a natureza jusfundamental	186
7.3 As Dimensões Objetivas e Subjetivas dos Direitos Fundamentais e a Eficácia	191
8. A RESERVA DO POSSÍVEL.....	198
8.1 Momento Histórico.....	198
8.2 Aspectos da Reserva do Possível no Brasil e Escolhas Trágicas.....	199
8.3. A maioria parlamentar e a reserva do possível	201
9. OS DIREITOS DE LIBERDADE, OS DIREITOS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL.....	203
10. PROGRESSIVIDADE SOCIAL E A EXCEPCIONALIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL	208
10.1 Pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais e a progressividade	208
10.2 A excepcionalidade da reserva do possível, o destinatário da norma e a eficiência da Administração Pública.....	208
11. O ÔNUS DA PROVA, A RESERVA DO POSSÍVEL E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE	210
12. A DIGNIDADE NA LÓGICA DO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	212
12.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	212
12.2 O Mínimo Existencial.....	215
13. ASPECTOS DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM FACE DE DIREITOS SOCIAIS SAÚDE..	223
14. A RESPONSABILIDADE DO LEGISLADOR E LEI INCONSTITUCIONAL	228
15. ASSUNTOS POLÍTICOS E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	233
16. O PAPEL DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL OU DA SUPREMA CORTE EM PERÍODO DE CRISE ECONÔMICA: QUESTÕES POLÍTICAS E JURÍDICAS.....	237
17. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	251

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste material é despertar um mínimo de compreensão entre o porquê do descrédito atual da lei, e se é legítima e mais eficiente a atuação judicial em sociedades multiculturais e que estão à mercê de uma economia inconstante, ou seja, é saber até que ponto um tribunal pode interferir em situações de índole política, moral e especificadamente econômica. É preciso, como delimitação, um aprofundamento na garantia de direitos sociais em tempo de crise econômica por parte do Estado em face do cidadão, mas para isso será destrinchado vários temas correlacionados.

A delimitação do estudo não é aprofundar se a jurisdição constitucional é salutar à maioria dos países ocidentais que a adotam, mas compreender os seus delineamentos para que se chegue aos seus riscos e às suas virtudes.

É imperioso discutir a legitimidade e os limites da justiça constitucional brasileira como filtro constitucional¹, pós Constituição Federal de 1988, na concretização de direitos sociais em tempo de crise econômica e no contexto de judicialização e de ativismo judicial – tensão ou complementaridade entre justiça e política –, como também se há fragilização do processo legislativo democrático, sobretudo, na perspectiva das escolhas ou omissões realizadas pelas maiorias eleitas.

A justiça constitucional será estudada em seu sentido *lato* e não restrito, ou seja, é a função judicante aplicando diretamente a Constituição por intermédio da interpretação da legislação infraconstitucional de acordo com o Texto Maior, ou através do instituto do controle de constitucionalidade de leis, e não este controle ser considerado, meramente, um dos aspectos da jurisdição constitucional (BARROSO, 2010).

De outra banda, é preciso ter a compreensão da atuação do Poder Judiciário – Supremo Tribunal Federal ou Tribunal Constitucional– no sistema de governo presidencialista brasileiro (MORAES, 2004, p. 16), em que uma das atribuições do Presidente da República é escolher os integrantes da Corte Suprema com a participação do Senado Federal, sem que isso, no campo jurídico, fracture o princípio da separação de poderes que está alavancado na independência e harmonia entre o

¹ Diz o eminente jurista: “A instrumentalização dos valores constitucionais e a aferição da conformidade ou não das leis ao texto constitucional se estabelece através do que se convencionou chamar de justiça constitucional, mediante o mecanismo da jurisdição constitucional. [...]” (STRECK, 2002, p. 99).

judiciário, o executivo e o legislativo na contenção da concentração de poder do Estado (FERREIRA FILHO, 2003, p. 131).

Deve-se investigar sobre o papel do poder judiciário quanto à concretização dos direitos sociais no contexto do ativismo judicial e da judicialização, uma vez que são aspectos relevantes para a compreensão das suas consequências no mundo jurídico e político, sem que isso signifique o nascedouro de uma solução milagrosa para resolver toda e qualquer pendenga social em época de crise econômica, a não ser uma tentativa de garantir uma maior estabilidade democrática.

Uma das justificativas da pesquisa está na visão clássica e atual acerca do princípio da separação de poderes e o alcance da expressão democracia, no sentido de mensurar a atuação do Poder Judiciário, e o limite da discricionariedade do Poder Legislativo em um regime democrático direto e representativo (BONAVIDES, 2005, p. 296). É a própria força normativa da constituição, e o protagonismo judicial na aplicação imediata da Lei Maior e na fiscalização do cumprimento das atribuições constitucionais impostas ao executivo e ao legislativo.²

Streck (2002, p. 34-35), conclui:

Em termos de jurisdição constitucional, duas são as alternativas que se estabelecem no constitucionalismo contemporâneo (pós-guerra): ou os tribunais apenas garantem os direitos fixados no ordenamento-marco, sem qualquer capacidade de estabelecer posições jurídicas singulares, ou estão vinculados à eticidade substantiva da comunidade e podem, portanto, agir de forma a aproximar a norma da realidade.

Dito isso, foi o sistema de governo presidencialista, adotado na Constituição Brasileira de 1988, uma consequência da teoria da tripartição de poderes desenvolvida por Montesquieu, que se iniciou na rigidez do pensamento original e, posteriormente, abrandou sua ideia primeira (FERREIRA FILHO, 2003, p. 141).

Na sequência do pensamento passa-se pelo absolutismo até o estado pós – positivista, com a Constituição sendo não mais uma carta de intenções, mas a protagonista do sistema jurídico, com uma nítida carga valorativa principiológica (aproximação do direito com a moral), e a possibilidade da limitação jurídica do poder estatal em favor da liberdade individual em uma sociedade plural.

² Segundo Streck: “em face do caráter compromissário do texto constitucional e da noção de forma normativa da Constituição, ocorre, por vezes, um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da jurisdição constitucional.” (STRECK, 2002. p. 32).

Assim sendo, é preciso cautela para entender o alcance das temáticas fundamentais com conteúdo jurídico indeterminado, acerca da sua regulamentação, e se elas podem ser deixadas ao bel prazer de uma maioria eleita quando não há razoabilidade e for disfuncional. Por outro lado, se existe a possibilidade da interferência do Poder Judiciário através das ações de controle de constitucionalidade, com a expansão da jurisdição constitucional e uma mitigação do formalismo jurídico.

Nessa toada deve haver uma diferenciação em relação às expressões judicialização da política e ativismo judicial, pois apesar de extremamente parecidas não são sinônimas. A judicialização, diante da constitucionalização de direitos, deve ser entendida como a transferência de competência do Poder Legislativo e do Poder Executivo, em matérias de importante repercussão política ou social, ao Poder Judiciário? Haverá, portanto, interferência indevida de um poder em relação ao outro, ou apenas será respeitada a vontade do poder constituinte originário? (BARROSO, 2009, p.3).

É o ativismo judicial uma forma peculiar de interpretar a Constituição, ampliando o seu sentido e alcance, quando de uma norma jurídica aberta, em um *hard case* ou em situações em que o Poder Legislativo, injustificadamente, ao invés de atuar, retrai-se? É, na verdade, a afirmação do papel proativo do Poder Judiciário, uma forma de interpretação constitucional para criação e garantia de direitos, e a superação da figura do “legislador” negativo? Neste trabalho, será relatado se esse fator acarreta ou não na perda da soberania popular.

Será a judicialização uma invasão da política no mundo do direito, na medida em que, pós segunda guerra mundial, algumas constituições ocidentais passaram a prever uma pauta extensa de direitos e garantias fundamentais? O ativismo judicial é o direito adentrando na seara da política, isto é, a prolação de decisões políticas por intermédio de tribunais e magistrados de primeiro grau?

Sem perder de vista outros direitos fundamentais, é de grande valia compreender se a justiça constitucional brasileira atuando em prol da concretização de direitos sociais em tempo de crise econômica, a partir da entrada em vigor da CRFB (Constituição da República Federativa do Brasil) de 88, possui relativa ou total legitimidade para tal.

Desse modo, para os que relativizam o Poder Judiciário, por vezes vem ultrapassando os seus limites, notadamente quando, ao configurar ativismo judicial e jurisdicional, cria direito novo em aparente desrespeito ao poder titular do processo

legislativo democrático, carecendo, portanto, de limites mais precisos, inclusive em relação ao próprio sistema de freios e contrapesos da separação de poderes.

Em sentido contrário, a justiça constitucional sempre possui ampla legitimidade na concretização de direitos fundamentais, nunca desbordando de seus alcances, nem mesmo no instante da caracterização dos ativismos judicial e jurisdicional com a formação de um novel direito, isso porque não estaria agindo em desobediência aos Poderes Legislativo e Executivo, em função do princípio da força normativa da Constituição de Kelsen (2003) e do princípio da proteção insuficiente de Hesse (1991) que impõem, no primeiro caso, sua máxima efetivação, e, na segunda situação, a exigência de que os direitos fundamentais sejam protegidos de maneira suficiente, não importando os meios e caminhos para tal.

Nesta perspectiva o direito poderá ser visto como um fato isolado da política, apesar das normas jurídicas serem criadas por escolhas políticas, tendo em vista que a interpretação final deverá ser emanada do Poder Judiciário? Em respondendo positivamente serão menosprezadas as funções típicas dos Poderes Legislativo e Executivo na criação e execução de direitos fundamentais?

É importante, portanto, traçar a problemática da relação atual entre a Constituição, com a limitação do poder no resguardo de direitos fundamentais no ângulo contramajoritário, e da Democracia na perspectiva majoritárias, pincelando aspectos educacionais, assistenciais, econômicos, político partidário e do livre desenvolvimento da personalidade, o que influenciará na legitimação dos representantes eleitos pelo povo e na atuação do Poder Judiciário.

Uma Constituição, nos moldes contemporâneos, como forma de limitação do poder e resguardo dos direitos fundamentais, atingirá um ângulo contramajoritário, e será um contraponto ao instituto da democracia baseado na perspectiva majoritária?

Um ponto de destaque é discutir se o argumento político, por si só, da maioria eleita, em um Estado que prevê os direitos sociais como fundamentais na Constituição Federal devem ser aceitos como uma norma jurídica de aplicação imediata ou dependentes de regulamentação pelo poder político em razão de grupos majoritários, representados nas Casas Legislativas, e que possuem um elo com diversos segmentos da sociedade. Assim, é preciso discernir se o mandato parlamentar será um cheque em branco para que os integrantes do parlamento atuem ou não com observância a valores fundamentais.

Ao mesmo tempo, diante da linha tênue, a justiça constitucional poderá ultrapassar as regras da separação e harmonização dos poderes? As escolhas dos integrantes dos Tribunais Constitucionais ou das Supremas Cortes que, segundo Waldron (1999), não podem basear-se em interesses políticos, sob pena de não haver nenhuma diferenciação entre as maiorias do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Esse argumento legitimará ou deslegitimará o Estado Constitucional de Direito?

Na vigência da Constituição Federal Brasileira de 1988 houve o fortalecimento do que a doutrina chama de neoconstitucionalismo ou constitucionalismo pós-moderno, ou, ainda, pós-positivismo? O Texto Constitucional deve ser meramente retórico, ou possuir efetividade em relação aos direitos fundamentais?

Como se depreende, o neoconstitucionalismo, diferentemente do constitucionalismo moderno, não é descritivo ou deontológico, mas de valores, isto é: as diferenças não devem ser vistas apenas no campo do grau (normas constitucionais x normas infraconstitucionais), pois o critério axiológico é imprescindível na solução das problemáticas.

No neoconstitucionalismo a Constituição encontra-se no centro do sistema, com imperatividade e superioridade, possuindo carga valorativa (direitos fundamentais), com eficácia irradiante aos poderes e aos particulares, com concretização dos valores constitucionalizados e garantia de condições dignas mínimas? Qual é o alcance da democracia?

Outra preocupação deste trabalho é trazer soluções para, diante da atual crise econômica mundial, efetivar os direitos fundamentais que se encontram previstos em uma Constituição, sob pena de os mesmos, sejam prestacionais ou não, serem apenas uma promessa constitucional vaga, na medida em que nenhum Estado conseguirá atender aos direitos fundamentais de maneira universal, por exemplo, a polícia não está em todo o lugar e no mesmo instante para assegurar a vida das pessoas, bem como nem todos conseguirão atendimento de saúde com um nível de excelência.

É preciso uma compreensão, apesar das diferenças, entre o direito e a política, no campo da legislação ou da jurisdição, já que no primeiro caso uma constituição não é feita apenas de argumentos jurídicos sem ideologia política; e, na segunda situação, uma decisão judicial pode ter, perfeitamente, conseqüências políticas. Ocorre que, um tribunal, uma corte constitucional deve perceber quando está a interferir em uma

discussão política ou, na verdade, encontra-se atuando como garante de direitos fundamentais³.

O trabalho está dividido em dezessete itens, a começar pela ideia atual de separação de poderes e sua ligação com o princípio da soberania popular na relação entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Na sequência há uma abordagem sobre a figura do novo direito constitucional e sua relação entre as regras e os princípios, com uma viagem pelos constitucionalismos Inglês, Americano e Francês e o caráter político e normativo da Constituição.

Para entender a participação do Poder Judiciário no processo de concretização de direitos fundamentais será feita uma análise das composições dos Tribunais Constitucionais ou das Supremas Cortes com singelas noções do controle de constitucionalidade, a transformação do juiz cartesiano e o princípio da proporcionalidade.

Na sequência, uma passagem pelo poder constituinte as dimensões da democracia e o princípio da igualdade, com a referência de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional será imprescindível para que se entenda o ativismo judicial e a sua relação com a judicialização entre o direito e a política.

A interpretação constitucional, outro ponto fundante do trabalho, está atrelada ao alcance da expressão direitos fundamentais, em especial, os direitos sociais em paralelo com os princípios da reserva do possível, da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.

O papel do legislador, no ato do exercício da sua função típica, será visto na projeção de uma possível responsabilização, bem como o estudo correlacionado entre assuntos políticos e jurisdição constitucional, com o papel do Tribunal Constitucional e da Suprema Corte, em sede de constitucionalismo econômico, em questões políticas e

³ “[...] O juiz surge como o recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram. Ele é o único guardião de promessas tanto para o sujeito como para a comunidade política. [...] Este novo papel do juiz nas democracias contemporâneas [...] acarretou também uma explosão de litigação. O número excessivo de processos implica em uma “juridicização” das relações sociais: a extensão de processos jurídicos ou do próprio direito a domínios da sociedade que até então não necessitavam da regulação jurídica, como as relações familiares ou laborais. No âmbito constitucional, esta mudança é ainda mais significativa: a “constitucionalização” abarca todo o ordenamento jurídico, o direito em uma determinada sociedade, como conseqüências ainda mais abrangentes. Desta feita, atrelada à notória expansão da judicialização da política, é possível verificar o debate sobre o caráter democrático desta judicialização, e, portanto, do papel do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas [...]” (Garapon, 1999:26-27).”

jurídicas. No último capítulo, será apresentada uma consideração final sobre a base essencial do debatido em todo o trabalho.

2. A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES E SUA INTERRELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA SOBERANIA POPULAR DEMOCRÁTICA: DA ACEPÇÃO CLÁSSICA AO SENTIDO ATUAL DA SUA APLICABILIDADE EM RELAÇÃO AOS PODERES LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO

2.1 A teoria da separação dos poderes na visão clássica e contemporânea

Para se entender o modelo da separação de poderes, mais especificadamente, pela natureza deste trabalho, na atuação da função judicial é preciso que ocorra uma breve digressão histórica, política e constitucional da sua construção, com o escopo de se identificar o verdadeiro papel dos poderes constituídos como, outrora, exposto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁴.

Contrariamente à figura inicial nas sociedades antigas e medievais, passando pelos estados absolutistas do poder ilimitado e concentrado nasce, a partir da era moderna dos séculos XVII e XVIII (ocorridas na Inglaterra, nos Estados Unidos e na França), passando pela fase social e pela fase pós-moderna, o instituto da separação ou divisão de poderes que tem por base a prevenção ao arbítrio e a limitação jurídica do poder político mesmo que legítimo. Segundo o ensinamento de *Lord Acton*: “todo poder corrompe” (FERREIRA FILHO, 2012, p 160).

A idéia de separação de poderes advém da Grécia antiga, quando Aristóteles, em sua obra intitulada Política, fez menção à existência de três funções distintas realizadas pelo poder soberano (BARCELLOS, 2011, p. 256). O equívoco de Aristóteles, na busca pela limitação do poder, baseou-se em concentrar todas as funções “nas mãos” de uma única pessoa, o soberano, o que é inadmissível numa sociedade em que prevalece o Estado Democrático de Direito, como também não se assegurava a liberdade individual, e, como consequência, o melhor homem era aquele que se adequava aos padrões sociais, a vontade coletiva.

A evolução do instituto da separação de poderes continuou, na antiguidade, em Roma, pela repartição das instituições (Consulado, Senado e Assembléia), especialmente, pelo início do reconhecimento dos direitos individuais como o casamento, o testamento, o negócio jurídico, etc. (SOUZA NETO E SARMENTO, 2013, p. 68-69).

⁴ “Art. 16. A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação de poderes não tem constituição.”

Por sua vez, o período da idade média foi marcado pela existência de inúmeros ordenamentos jurídicos independentes que vigiam ao mesmo tempo e sem possuírem qualquer divisão de competências entre eles, como por exemplo, os feudos, a Igreja (direito canônico), direito romano, os reis e as corporações de ofício (SOUZA NETO E SARMENTO, 2013, p. 68-69). Assim, não se tinham instituições previamente definidas para a produção de normas ou da prestação jurisdicional, e que, com isso, diante da dispersão do poder, impediam o crescimento das forças econômicas emergentes, além do surgimento de um poder limitado e descentralizado.

Ainda no período da idade média, no ano de 1215, na Inglaterra, surge a figura da Magna Carta em um nítido avanço acerca naquilo que se tornaria a separação de poderes, no instante em que o Rei João Sem Terra não teria mais o poder de maneira absoluta, já que se comprometeu a respeitar alguns direitos dos nobres ingleses, como exemplo, não criar tributos sem prévia autorização deles através de uma assembléia (BIELSCHOWSKY, 2012, p. 272).

Houve, portanto, uma cisão entre o Rei e o Parlamento, com o objetivo de harmonizar e estabilizar as relações sociais da época. Isso nada mais foi do que uma limitação de poder da coroa em prol de liberdades individuais.

Para que haja uma compreensão atual do princípio da separação dos poderes, originariamente, é preciso uma reflexão sobre o período da história que compreendeu o absolutismo. Um dos legados do período absolutista foi o desenvolvimento da economia capitalista com o término dos variados ordenamentos jurídicos que vigiam na época da idade média.

Indubitavelmente, o absolutismo foi importante com a unificação do poder, contudo sua deficiência encontrar-se-ia na ausência de limitação de poder em relação aos monarcas, pois eles podiam fazer o que queriam com o povo, já que, como dito, os indivíduos, por meio de contrato social, abriam mão de toda a liberdade em favor do Estado, ensejando um abuso de poder e prejuízos aos burgueses nas esferas da liberdade, da propriedade e dos contratos.

Nessa linha de pensamento atuou Thomas Hobbes um dos principais teóricos do absolutismo. Para ele era preciso o homem sair do “Estado de Natureza”, do conhecido “estado de guerra de todos contra todos”, na medida em que as pessoas deveriam ceder praticamente, por meio de um contrato social, toda sua liberdade em favor do Estado. Por esse ângulo, qualquer que fosse a determinação normativa deveria se considerada válida, eis que advinda do poder soberano.

Diante da situação, o passo seguinte na evolução da limitação do poder estatal, pós Thomas Hobbes em “Estado da Natureza”, foi o de que, com a fundação da sociedade civil, os governantes também deveriam se submeter a ordenamentos jurídicos, em uma clarividente diminuição do poder estatal face às liberdades individuais.

Foi como John Locke (1632/1704), defensor do contratualismo liberal, na idade moderna, em sua obra “Dois tratados sobre o governo” (1690) que se buscou organizar o poder político através do instituto da separação de poderes, sustentando a premissa de que, no momento que se acorda um contrato social os envolvidos transferem parcialmente para o Estado somente uma parte da sua liberdade (CANOTILHO, 2000, p. 580). Como se vê, determinados direitos jusnaturalistas individuais não poderiam ser desrespeitados pelos governantes.

Um fato essencial neste novo paradigma jusnaturalista, diferentemente do que predominava na idade antiga e na idade média, foi não se pautar mais na vontade divina, tampouco do imposto retirado da natureza, e sim por princípios concatenados à razão humana, objetivando priorizar os direitos individuais não de maneira objetiva, mas de forma subjetiva como ensinou Locke, a partir da premissa de que alguns direitos naturais não poderiam ser atacados pelo Estado face o pacto social (SARMENTO, 2012, p. 72).

Ainda no pensamento de John Locke, ele dividiu funcionalmente o poder em quatro espécies, são eles: legislativo, executivo, federativo, e prerrogativo (CANOTILHO, 2000, p. 580). O primeiro incumbido de produzir regras jurídicas; o segundo executaria as normas; o terceiro seria o responsável por assuntos de direito internacional; e o quarto para tomada de decisões em situações de excepcionalidade. O que chama atenção, neste ponto, é a ausência do judiciário como poder, apesar dele ter previsto os tribunais, com a companhia do governo e da administração, em nível institucional e vinculado à coroa.

No Estado Liberal, com o predomínio da burguesia, o pensamento de Aristóteles fora aprofundada por John Locke e Montesquieu, este último, em sua obra “O Espírito das Leis” (1748), na qual as funções do estado não ficavam sob o controle de um único órgão, mas de órgãos diferentes, sendo diametralmente oposto ao estado absolutista, premissa esta que influenciou as revoluções americana e francesa (BARCELLOS, 2011, p. 257).

Assim, Montesquieu (1689/1755), a nível funcional, criou a teoria da separação de poderes objetivando a tripartição das funções estatais (legislativa, executiva e jurisdicional), o que corresponde institucionalmente falando em parlamento, governo e tribunais (CANOTILHO, 2000, 581). O Poder Judiciário, portanto, passa a ter independência, como também o Poder Executivo além de ser o responsável pela aplicação das normas passaria a ser o competente por atos envolvendo relações externas e atos emergenciais.

Toda esta situação referente à limitação de poder é resumida nas lições de Novais (2004, p. 25): “por outro lado, só agora, no Estado de Direito Liberal, a divisão dos poderes, para além de intentar uma racionalização do funcionamento do Estado, visa garantir juridicamente a liberdade individual contra os abusos de poder.”

Na teoria clássica da tripartição de poderes de Montesquieu, os magistrados não passavam de meros “bocas da lei”, pois apenas aplicavam à legislação ao caso concreto, com supremacia do Poder Legislativo, este, preponderantemente, ocupado pela ascensão burguesa (NOVAIS, 2004, p. 25). De maneira oposta, foi o pensamento americano de 1891 que considerou o modelo da *judicial review*, inserindo o controle de constitucionalidade no caso Madison x Marbury, onde a Constituição possuía supremacia sobre as demais normas (GRINOVER, 2013, p. 126).

No Estado Liberal interpretou-se a figura da separação de poderes, criada por Montesquieu, de maneira equivocada, isto é, com a não permissão do controle recíproco entre os poderes, com o nítido caráter de imperar o domínio de uma única classe, a burguesa. Saía-se, então, do absolutismo da monarquia, e passava-se ao “absolutismo” dos burgueses.

Rousseau, em 1776, baseado na antropologia, afirmou ser o homem livre pela sua própria natureza e, no momento que passa a conviver com outros transferia a própria liberdade ao coletivo, à comunidade, pois passa a ficar subordinado a uma vontade geral configurada em um contrato social (ROUSSEAU, 2006). A soberania, por esse ângulo, não está no domínio do Estado e sim vinculada ao povo pela vontade geral e pautada na lei.

A vontade geral defendida por Rousseau não é sinônimo de vontade singular ou de maioria, mas de uma vontade abrangente, a qual abarca os interesses comuns previstos em lei, contudo o titular do poder legislativo é o povo e não o legislador

(PIÇARA, 1989, p. 129-130). A essência estatal é jurídica e não política, vinculando-se os poderes executivo e judiciário ao legislador, sem poder controlá-lo.

Em 1815, Benjamin Constant, e em 1834, Silvestre Pinheiro trouxeram, na temática em análise, a figura do poder moderador ou neutro, o qual seria exercido pelo rei para assegurar o equilíbrio e a harmonia estatal quando houvesse conflito entre os poderes legislativo, executivo e judiciário (SALDANHA, 2010; MIRANDA, 1998). Como se vê, mesmo diante de uma evolução conceitual, a função judicante não foi a escolhida. O poder moderador teve previsão na constituição brasileira de 1824 e na portuguesa de 1826, alimentando a sobrevivência da legitimidade da monarquia (BONAVIDES, 2002, p. 105-107).

Na era moderna, por vários Estados, a teoria de Montesquieu foi adotada com o seu verdadeiro sentido, permitindo uma maior interpenetração entre as funções, mitigando a separação absoluta entre elas. A atividade legiferante não se encontrava mais no ápice do sistema com preponderância sobre as demais funções.

Com a evolução, portanto, chega-se á fase da teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*), da existência de um controle recíproco entre as funções de legislar, executar e julgar, no sentido de impedir a abusividade de atribuições entre os poderes da república.

As funções estatais além de serem independentes, devem ser harmonizadas para atingirem os objetivos fundamentais já citados, pois no instante em que o legislador ordinário e/ou o executivo, o primeiro através de leis e o segundo com políticas públicas demonstram desídia ou não agem respeitando os critérios concretizadores dos objetivos fundamentais da república, o judiciário deve atuar no sentido de exigir o cumprimento dos ditames constitucionais, caso contrário, na expressão de Lassalle, o texto constitucional seria uma mera folha de papel (NOVELINO, 2010, p. 104).

Canela Junior *apud* Grinover (2013, p. 118-119) afirma: “Cabe ao Poder Judiciário investigar o fundamento de todos os atos estatais a partir dos objetivos fundamentais inseridos na Constituição (art. 3º da CF brasileira).” Ratifica-se, aqui, o importe da harmonia entre os poderes na trilha do cumprimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Desta forma, é indubitoso o equívoco na ideia petrificante de separação de poderes em que o legislativo somente elabora leis em conformidade com a Constituição, o Executivo preocupa-se em efetivas políticas públicas e o judiciário

em aplicar o direito ao caso concreto (PANSIERI, 2012, p. 14). A harmonia entre os poderes, como reza a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), significa a possibilidade de que os direitos das minorias sejam respeitados, sendo assim um mecanismo contramajoritário (NOVAIS, 2006, p. 33).

Com a constitucionalização da separação de poderes é perceptível uma substituição do estado de legislação para um estado judicial, onde a Constituição deixa de exercer um papel limitado no aspecto organizatório e processual. Com isso, o conteúdo material da lei passou a ser afetado pelo texto constitucional, e não somente seu aspecto formal, daí a legislação já não se justificava por si própria apenas pelos requisitos da generalidade, abstração e racionalidade. Essa visão é contrária ao defendido por autores como Schmitt que reconhecia a prevalência da lei⁵, e a continuidade de um executivo e um judiciário sujeitos ao legislador (PIÇARRA, 1989, p. 168-168).

De qualquer sorte, foi com Seyés tratando da diferenciação entre poder constituinte e poder constituído que deu início à passagem de um estado de direito para um estado de direito constitucional democrático, eis que visualizou a supremacia da constituição como uma forma do poder constituinte, estando ela acima dos poderes constituídos (SALDANHA, 2010).

Por lógica, na tese acima, uma lei deve subordinar-se a uma constituição, portanto é um misto entre a tese levantada por Rousseau da soberania popular e a teoria da separação de poderes de Montesquieu (MIRANDA, 1998), haja vista que a soberania é do povo para eleger os seus constituintes, ao mesmo tempo que os poderes estatais são separados. Está clara que a intenção de Seyés foi chamar a atenção para a necessidade da criação e preservação de um Estado Democrático sustentado na separação de poderes e garantia de direitos.

É evidente que não é possível a existência de Estado sem poder, contudo o exercício do poder, evitando abusos e arbítrios, não deve ficar à disposição de um único órgão, unitário, ilimitado, mas, ao contrário, ser fracionado e distribuído por vários órgãos em um nítido caráter de um poder frear o outro poder pelo sistema de freios e contra pesos que rege as democracias ocidentais modernas.

No constitucionalismo atual o Estado passou a regulamentar e a intervir com uma maior intensidade nos aspectos civis, sociais e econômicos, em especial, na

⁵ “A constituição escrita do Estado de legislação parlamentar deve, em princípio, limitar-se a normas de carácter organizatório e jurídico-processual.” (SCHIMITT *apud* PIÇARRA 1989, p.167)

garantia dos direitos fundamentais e de direitos sociais relevantes. Isso acarretou, de certa forma, “uma crise” no alcance do instituto constitucional da separação de poderes e no princípio majoritário que, no meu sentir, não é absoluto em face da força normativa da Constituição, da figura do controle de constitucionalidade, da igualdade, da dignidade da pessoa humana, mas, também, do que se deve entender por democracia e pelos limites da discricionariedade legislativa e judicial.

A Constituição da República Portuguesa de 1976, no seu artigo 2º, faz citação aos institutos da democracia, dos direitos fundamentais e da separação dos poderes como princípios fundamentais de um Estado de Direito Democrático (MIRANDA; MEDEIROS, 2005, p. 60). No mesmo sentido, a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 que, no Título I, trata dos princípios fundamentais da república, o qual está inserido o artigo 2º referente aos poderes estatais.

A separação de poderes, como elemento formal do Estado de Direito, significa que é preciso uma organização e divisão entre as funções dos poderes no Estado, e, como consequência, a desconcentração do poder para que a figura estatal possa adquirir um corpo, uma forma, sem perder a interdependência de poderes para que se possa assegurar um Estado de Direito Democrático (MIRANDA, 1998).

Aprofundando o diálogo, é preciso compreender, como bem lecionado por Ramos (2014) se na separação de poderes é possível que haja na função típica a figura do “compartilhamento interorgânico”; ou se existe, nesta análise, um “núcleo essencial da função”, e, neste caso, inviabilize a ingerência de um poder em outro, tendo como consequência evitar o esvaziamento material de uma função estatal em detrimento da interferência de outra. Essa vertente será fundamental quando do debate acerca do ativismo judicial, porque o mesmo é visto, regra geral, como um artifício para que a função judicial possa adentrar no raio de competência da função legislativa.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 sobre o princípio da separação de poderes previu, em caráter relativo, além das funções estatais típicas, as funções estatais atípicas (interdependência), *verbis gratia*, o Poder Legislativo Federal, através do Senado Federal, é quem julgará o Presidente da República pelos crimes de responsabilidade, nos termos do artigo 52, inciso I, da CRFB (FERREIRA FILHO, 2012, p. 163).

Ao Poder Judiciário compete, em clara função executiva, administrar quadro de pessoal, e, igualmente, legislar através de projetos de lei de sua iniciativa e súmulas vinculantes (artigos 96, II e 103-A, ambos, da Lei Maior)⁶. O Poder Executivo, na mesma toada, legisla através de medidas provisórias⁷ e regulamentos, bem como poderá proferir julgamentos no contencioso administrativo.

Na época do positivismo oitocentista do século XIX, o poder judiciário não possuía nenhuma discricionariedade diante do silogismo lógico – formal, e, diante dessa realidade, a discricionariedade legislativa, muitas vezes, não existia em razão da sua ausência de limites (RAMOS, 2014, p. 121-124). Este fato começou a ser mitigado com o advento nos Estados Unidos da América do controle difuso de constitucionalidade e, posteriormente, na Europa, na obra de Kelsen, com o controle abstrato de constitucionalidade, gerando a possibilidade de haver uma interpretação judicial do conteúdo normativo de uma norma inferior em face de uma norma superior; na necessidade de preenchimento de vazios deixados pela incompletude da norma.

Assim, o legislador e o julgador, em tempos hodiernos, devem pautar-se nos limites discricionários dos pilares jurídicos (princípios democráticos e direitos e garantias fundamentais), com a diferença de que o poder criativo do primeiro é maior do que o do segundo, porém a discricionariedade judicial não pode ser baseada na simples conveniência e oportunidade, mas em firmar uma solução justa para a situação por intermédio de princípios constitucionais explícitos e implícitos, no último caso, como o da proporcionalidade.

Diante das narrativas, ora discutidas, é preciso que haja uma distinção, no que tange ao judiciário, entre a discricionariedade do juízo e a discricionariedade de

⁶ Art. 96. Compete privativamente: II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores; b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores; d) a alteração da organização e da divisão judiciárias; Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

⁷ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

atuação, isso porque um magistrado não pode simplesmente alegar a discricionariedade e decidir da maneira que lhe convier.

Não é outro o magistério de Ramos (2014, p. 125-126):

Em um caso, fala-se, na doutrina alemã, em discricionariedade de juízo e, no outro, em discricionariedade de atuação. Isso porque ao juiz não é dado optar entre diferentes possibilidades de decisão judicial, restringindo-se, pois, a sua discricionariedade ao plano de compreensão do significado dos dispositivos legais (discricionariedade de juízo).

A jurisdição constitucional não pode interferir nas escolhas políticas do Poder Legislativo, por conveniência e oportunidade, acerca de determinados direitos fundamentais quando o núcleo desses direitos forem respeitados, ensejando, assim, uma vinculação e não uma discricionariedade, tudo, em respeito ao princípio da separação de poderes.

É perceptível que a discricionariedade judicial não é o mesmo que irrestrita liberdade na exegese normativa, situação que será melhor abordada quando do debate dos modelos de interpretação denominados de textualismo, originalismo e não interpretativismo.

Um fator primordial no estudo da separação de poderes, mormente quando se discute os alcances e limites da discricionariedade legislativa e da discricionariedade judicial é perceber que a controvérsia acerca do processo interpretativo da norma deve ser confiada ao Poder Judiciário, ou seja, a uma jurisdição constitucional independente e técnica.

O Poder Legislativo apesar de possuir legitimidade e conhecimento para politicamente escolher prioritariamente direitos prestacionais ou não que se transformam em normas, não significa aplicar esse mesmo raciocínio ao paradigma, reitero, da interpretação constitucional ou infraconstitucional, sob pena de ferir a separação de poderes.

No decorrer deste trabalho, com ligação no princípio da separação de poderes, necessário se fará aprofundar o alcance da interpretação judicial, em especial, da discricionariedade judiciária sobre a possibilidade ou não da jurisdição constitucional interpretar não só o significado das normas outrora criadas pelo legislador, mas principalmente em adentrar nos chamados *hard cases* e nas omissões legislativas, tendo a norma constitucional como pano de fundo.

Assim, esse debate, como preleciona Ferrajoli (2012, 70), será essencial para a configuração ou não do intitulado “governo dos juízes”, seja pelo controle de constitucionalidade, seja pela interferência em temáticas não regulamentadas ou naquelas de difícil solução.

Como ensinou Montesquieu (1999, p. 165-168): “estaria tudo perdido se um mesmo homem [...] exercesse estes três poderes [...] é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele, salvo se pela disposição das coisas o poder frei o poder.”

Na análise da expressão acima citada, em assim não sendo, haveria uma centralização do poder, e o surgimento dos abusos por parte de um único seguimento, em especial, o poder legislativo criando e interpretando a norma; enquanto o poder judiciário seria castrado no viés dos freios e contrapesos que deve existir entre as funções estatais, com o fito de limitar e harmonizar os poderes em prol da sociedade.

Dessa forma, uma interpretação judicial pautada na imparcialidade, diante do princípio da separação de poderes, não pode ser considerada boa ou ruim, invasiva ou não, pelo simples fato de haver uma concordância ou aprovação de uma maioria política, mas pelo fato de ser pautada em valores e garantias fundamentais previstos em uma constituição.

Ao contrário, o legislador por uma mera convicção política com elo na formação profissional, na formação pessoal, na formação religiosa, etc., independentemente de resguardar direitos fundamentais, sem qualquer tipo de preocupação com os interesses e as necessidades do todo que se encontra em uma sociedade pluralista, não é o suficiente para manter uma norma aprovada por uma maioria eleita pelo voto popular.

Não se está a dizer, aqui, que deva prevalecer a vontade da maioria ou da minoria, mas que os direitos fundamentais de todos sejam preservados, pois é assim que deve ser em um Estado Democrático de Direitos. No transcurso desta dissertação será apresentado que é possível resguardar todo e qualquer indivíduo, na perspectiva da separação de poderes, desde que posições pessoais e fatores externos não se sobreponham aos direitos fundamentais.

Assim, para que não fique o argumento acima, por ora, na total abstração, é valiosa, neste instante, ainda que superficialmente, a citação da problemática e da discussão mundial sobre a possibilidade da união homoafetiva ser reconhecida

como entidade familiar e esses cidadãos terem os mesmos direitos dos casais heterossexuais⁸.

Sem entrar no cerne da questão, em um ponto o legislador não pode omitir-se, e nem regulamentá-la de modo diverso dos valores assegurados em uma constituição originária de um Estado Democrático de Direitos, isto é: a união entre pessoas do mesmo sexo configura entidade familiar diante da igualdade política que deve haver entre as pessoas de uma sociedade, bem como pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da própria igualdade.

Diante dessa afirmação, razoavelmente, pode-se discutir no âmbito legislativo e judicial a extensão e o formato de direitos, como o casamento e a adoção aos casais homoafetivos, mas não pelo simples fato da opção sexual (direito fundamental), e sim por força de outros valores que, eventualmente, precisem ser sopesados. Essa reflexão mostra a importância da atuação judicial quando de omissões injustificadas e ações normativas contrárias ao texto constitucional.

A teoria do direito é extremamente importante na definição dos papéis atribuídos aos atores do legislativo e do judiciário, na medida em que visa estudar o direito, especificamente, sobre a forma da linguagem envolvendo a figura da hermenêutica formalista e da hermenêutica valorativa, pós-moderna. É preciso diferenciar os modelos de interpretação jurídica oriundos dos ideais modernos do liberalismo e do socialismo; e do pensamento pós – moderno, em especial, o movimento francês de 1968 e a luta, pelos direitos civis, norte-americana, o que levou a uma transformação do pensamento lingüístico (HARVEY, 2002).

Na democracia liberal, sem qualquer possibilidade de discricionariedade judicial, o direito é reduzido ao posto pela autoridade política (legislativo). É o positivismo jurídico, o formalismo jurídico correlacionado ao processo parlamentar representativo; à impossibilidade do magistrado de utilizar critérios valorativos na interpretação da norma, a não ser a forma interpretativa objetiva; e mesmo que houvesse dissenso em determinada matéria política o único meio de solucionar o impasse seria através da reforma legislativa, sendo a premissa maior a norma jurídica, a premissa menor o fato e a subsunção do fato na norma (silogismo) (SIQUEIRA FILHO, 2011, p. 20-21). Em havendo qualquer ruptura desse formato de

⁸STF, ADPF n 132, Ministro Aires Brito, publicado em 14/10/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=433816&tipo=TP&descricao=ADPF%2F132>>. Acesso em 20 out 2013.

submissão do Poder Judiciário à lei na solução de um caso concreto, o mesmo romperia com o primado da democracia.

Refletindo sobre a época do estado liberal a situação das lacunas legislativas ficavam sem solução, eis que a lei não conseguia e não consegue atender e regulamentar imediatamente todas as situações possíveis de acontecer em uma sociedade complexa, daí as pessoas que se sentiam, em determinado momento, prejudicadas por tal omissão não podiam provocar uma atuação judicial criativa e integradora (analogia, costumes e princípios gerais do direito) através da teoria da integração do direito ou da teoria dos princípios (ponderação) para solucioná-la, a não ser aguardar a vontade do legislador.

No Estado Social, na linha sucessória do Estado Liberal, (final do século XIX e início do século XX) houve a necessidade de promover um bem-estar para as gerações presentes e futuras, com a peculiaridade, agora, do intervencionismo estatal.

Neste caso, houve um aprimoramento do período liberal em um verdadeiro “Estado Social Liberal” mantendo o povo como o titular do poder político e preocupado com o desenvolvimento individual e burguês, todavia, passando a adentrar no aspecto econômico para evitar danos ao patrimônio financeiro nacional, além de assegurar prestações positivas (saúde, previdência, verbas trabalhistas, etc) com reflexos no sistema da separação de poderes (ZIPPELIUS, 1997, p. 380, 382).

Diante da nova realidade, a inação do legislador não é mais vista como inerente a sua liberdade, mas como uma lacuna que precisa ser preenchida, o que fragiliza o positivismo dedutivo (regra jurídica) quando do surgimento dos casos difíceis ainda não normatizados, acarretando, diante da ponderação principiológica do caso concreto, uma discricionariedade judicial. É preciso, então, ir de encontro ao conceito de direito estipulado por Hart quando diz que o mesmo pode ser incompleto (SIQUEIRA FILHO, 2011, p. 22, 23 e 27).

A discricionariedade legislativa deve observar alguns princípios de direitos suprapositivos, dentre eles, a dignidade da pessoa humana, a igualdade, o que restringe não só a soberania do legislador infraconstitucional, mas também do Constituinte (LEAL, 2015).

Na idade moderna as principais formas de limitação de poder político ocorreram na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos. Na primeira, além da

citada Magna Carta de 1215, já mencionada, tem-se alguns documentos que impuseram limites à coroa acerca do respeito à liberdade dos súditos, dentre eles: *Petition of Rights*, de 1628; *Habeas Corpus Act*, de 1679; e o *Bill of Rights*, de 1689.

No modelo inglês, como é sabido, há a predominância, a soberania do parlamento, sem a possibilidade do judiciário poder declarar a incompatibilidade de leis elaboradas pelo legislativo quando este não observar direitos fundamentais, matérias bastante discutidas neste capítulo. Entretanto, como posteriormente será aventado, há uma tendência da aproximação, na Inglaterra, entre os sistemas de prevalência do legislativo com a jurisdição constitucional, mas isso não significa que o judiciário britânico possa, como nas constituições que adotam o controle de constitucionalidade, retirar do ordenamento jurídico uma norma (SARMENTO, 2012, p. 73).

Na França, ao contrário da Inglaterra, há uma constituição escrita, e sua luta, com a Revolução Francesa no ano de 1789, foi pautada nas idéias iluministas da liberdade, da igualdade e da fraternidade, todavia o garantidor da constituição é o Poder Legislativo e não o Poder Judiciário, pois havia desconfiança em relação a este último diante da ligação promiscua com o antigo regime absolutista, tendo acarretado um legalismo puramente formalista.

Ocorre que, nos tempos atuais, com a Constituição Francesa de 1958, esse modelo vem perdendo força com a criação do controle preventivo de constitucionalidade das leis que fica a cargo do Conselho Constitucional e do controle de constitucionalidade *a posteriori* (instrumentos vistos por alguns como antidemocráticos por avalizarem um “governo dos juízes”) , quando houver ofensas a direitos e garantias fundamentais previstos na constituição, caracterizando a mudança de tendência para uma *judicial review* (SARMENTO, 2012, p. 75).

O ponto de partida da jurisdição constitucional que, diga-se de passagem, irá incidir no princípio da separação de poderes, é oriundo do modelo estadunidense com o reconhecimento da Constituição como uma norma jurídica e não uma mera carta de intenções que serve de apoio ao Poder Legislativo. Assim, surge a possibilidade da sindicabilidade judicial nos casos de ofensa a direitos assegurados constitucionalmente, ainda que contrarie a vontade majoritária.

Os Estados Unidos, antes da promulgação da Constituição e da sua independência, ainda colônia da Inglaterra, viam a necessidade da limitação do poder dos governantes e do resguardo dos direitos minoritários, tendo em vista que

os imigrantes que saíam da Europa em direção aos Estados Unidos sofriam perseguições religiosas.

Diz Souza Neto e Sarmiento (2013, p. 76): “A Constituição dos Estados Unidos foi aprovada pela Convenção da Filadélfia, em, 1787 [...]. Inovou também ao instituir o presidencialismo e o sistema de freios e contrapesos, associado à separação de poderes [...]”

Após a segunda guerra mundial, depois das atrocidades contra os direitos humanos, a maior parte dos Estados, a começar pela Alemanha na Lei Fundamental de 1949, passou a reconhecer, expressamente, nos Textos Constitucionais a figura da jurisdição constitucional, o que, em Portugal, ocorreu no ano de 1976, e no Brasil no ano de 1988.

Foi o movimento denominado de neoconstitucionalismo ou pós-positivismo, no qual os princípios passaram a ser considerados normas jurídicas; o direito saiu de um estado de sinônimo com a lei para assumir um papel criativo; consolidou-se a mudança de linguagem hermenêutica, com a mitigação do formalismo primitivo; acarretou a constitucionalização de direitos; configurou a reaproximação entre direito e moral; e cristalizou a judicialização, a sindicabilidade das relações sociais, esta última, antes reservada ao interesse particular (SOUZA, 2011, p. 5, 8).

A partir do instante em que um princípio é considerado uma norma jurídica valorativa é preciso cautela ao julgador quando de sua ponderação, caso contrário haverá uma interpretação ilimitada que sairá do campo da discricionariedade e passará para a arbitrariedade, o que não acontecia no modelo de direito formado eminentemente por regras.

Essa discricionariedade judicial, através da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), caracteriza ofensa ao princípio da separação de poderes, com ofensa ao poder político representativo e a própria sociedade civil?

Para Streck (2015, p. 8): “Sendo mais claro: é contraditória qualquer perspectiva jus-interpretativa calcada na possibilidade de múltiplas respostas, porque leva, ineroxavelmente, ao cometimento de discricionariedades, fonte autoritária dos decisionismos judiciais.”

De outro modo, a discricionariedade judicial não ofende o princípio da separação de poderes, na medida em que o juiz não pode escolher a trilha do direito com a sua subjetividade, conforme suas convicções e paixões pessoais, mas pode ir

além do texto desde que de acordo com a fronteira do sistema constitucional vigente em uma sociedade contemporânea na garantia e concretização de direitos fundamentais. O que não deve ser aceito é quando há uma norma jurídica, regra constituída legitimamente pelos representantes do povo, de acordo com a Constituição, e mesmo assim, o julgador resolve dar uma interpretação jurídica diversa.

3. A CONSTITUIÇÃO E O NEOCONSTITUCIONALISMO: DA REGRA AO PRINCÍPIO

3.1 A ideia de uma Constituição como norma jurídica e os Constitucionalismos

Em princípio, para haja uma compreensão do que seja o direito constitucional como um direito público fundamental é preciso observar os problemas jurídico-políticos dos movimentos constitucionais ou dos constitucionalismos dos séculos XVII e XVIII.

O direito constitucional, nas palavras de José Afonso da Silva, *in verbis*:

[...] configura-se como direito público fundamental por referir-se diretamente à organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política [...]. (SILVA, 1992, p. 36).

A evolução, inerente a qualquer e toda sociedade, no caso, é caracterizada não apenas por uma superioridade hierárquica da Constituição escalonada na pirâmide jurídica sobrepondo-se aos demais atos normativos, mas, também, por traçar uma preocupação com direitos fundamentais e princípios constitucionais em uma perspectiva, igualmente, além de jurídica, política. Nas palavras de Leal (2003) a norma constitucional passa a ser vista como Lei Fundamental.

A Constituição, nos moldes de uma democracia, é um conjunto de normas jurídicas fundamentais textualizadas e, por isso, norteadora de um ordenamento jurídico através da organização do Estado e garantindo direitos aos titulares do poder constituinte originário. O conceito de Constituição, como norma jurídica, traz no seu bojo a necessidade, em uma escala vertical e horizontal, de resguardo de direitos fundamentais e de respeito à separação de poderes.

Sendo a Constituição uma norma jurídica, vinculadora e de atenção obrigatória pelos poderes constituídos, deve ela, como gênero, ser composta pelas suas espécies, regras e princípios, que, não obstante, fazerem parte do conceito de norma jurídica por possuem conceitos e alcances diferentes (ALEXY, 1997, p. 83).

Sobre Constituição disse o jurista português Canotilho:

Se a Constituição vale como lei, se o Direito Constitucional é Direito Positivo, então as regras e princípios constitucionais devem obter normatividade, regulando jurídica e especificadamente as relações da vida,

dirigindo as condutas e dando segurança a expectativas de comportamento. (CANOTILHO, 1995, p.156).

Os constitucionalismos inglês, americano e francês possuem um elo com o constitucionalismo moderno e têm como premissas a diminuição jurídica do poder político dos governantes em favor dos governados, sem, contudo, deixar de perceber as evoluções históricas (sociais, políticas, religiosas, etc.) entre o constitucionalismo antigo e o moderno. Foi o que Canotilho (2000, p. 51), apropriadamente chamou de “uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.”

O constitucionalismo ou movimento constitucional, este último definido por Canotilho (2000, p. 51), sobretudo na era moderna, é visto também sob dois ângulos: jurídico e sociológico:

[...] em termos jurídicos, reporta-se a um sistema normativo, enfeixado na Constituição, e que se encontra acima dos detentores de poder; sociologicamente, representa um movimento social que dá sustentação à limitação do poder, inviabilizando que os governantes possam fazer prevalecer seus interesses e regras na condução do Estado. (CARVALHO, 2006, p. 211).

No primeiro aspecto (jurídico) é o reconhecimento de normas que estão previstas em uma Constituição, e que os integrantes dos poderes constituídos devem obediência, e no segundo *viés* (sociológico) é a restrição de poder, com o escopo de impedir que a vontade pessoal dos governantes prevaleça contra a sociedade. Seguindo este raciocínio, para se viver de maneira real em um estado de direito democrático os dois fatos (jurídico e sociológico) precisam caminhar juntos.

O presente trabalho, neste ponto, ater-se-á a uma breve digressão acerca dos constitucionalismos inglês, americano e francês, tendo sido o constitucionalismo moderno uma forma de ultrapassar as raias do estado absolutista. Este último, apesar de autoritário, trouxe um aspecto positivo calcado num modelo econômico que serviu de parâmetro ao capitalismo e ao nascimento do Estado moderno em face da centralização da produção normativa pelo poder público, pois saiu do pluralismo jurídico para o monismo, bem como de um estado de “guerra” de todos contra todos. Bobbio (1995, p. 27); Wolkmer (1997).

Retornando e reforçando o absolutismo defendido por Hobbes (1974, p. 79), figurado no contrato social e contra o “Estado de Natureza” não impôs ao Estado o

dever de respeitar as liberdades individuais⁹, isso porque no Estado Absolutista apesar de possuir, como dito, qualidades não tinha a preocupação com a essência, e o conteúdo dos atos normativos, bastando apenas que adviesse do soberano.

Assim, a teoria do contrato social que mais se aproxima do constitucionalismo moderno é a de Locke (1973), no sentido de que as pessoas transferiam para o Estado apenas uma parte das liberdades individuais. Isso significava dizer que determinados direitos individuais não poderiam ser desprezados pelas autoridades estatais.

Na modernidade, com o advento da limitação jurídica do poder estatal em prol da liberdade individual, nitidamente caracterizou o fracasso do absolutismo, e que, com isso, todos indistintamente deveriam obedecer aos regramentos normativos. Agora, o Estado nas suas funções legislativas, executivas e judiciais não está mais acima do direito e, portanto, precisa-se submeter-se à lei (NOVAIS, 2004, p. 17,19). É a figura, já tratada, do Estado de Direito.

Partindo da premissa retro e supracitada não é possível, hoje, na maioria dos constitucionalismos que, por exemplo, o legislativo regule ou deixe de regular toda e qualquer matéria sem observância dos preceitos constitucionais, com o simples argumento da maioria, da discricionariedade ou de uma crise econômica, sem que haja uma fundamentação adequada com os ditames constitucionais. No mesmo sentido, os demais poderes constituídos.

3.2 O Constitucionalismo Inglês e a sinalização da mudança

O constitucionalismo inglês marcado na força do Poder Legislativo, e com uma discricionariedade nitidamente absoluta, independentemente da essência normativa, não assegura a possibilidade de um controle de constitucionalidade por outro poder, a não ser por uma lei em razão da supremacia do parlamento. Evidente, assim, o caráter flexível da constituição não escrita inglesa por ausência de um texto constitucional isolado e da falta de aceitação do princípio da força

⁹ “O constitucionalismo moderno sustenta a limitação jurídica do poder do Estado em favor da liberdade individual. Ele surgiu na modernidade, como forma de superação do Estado Absolutista, em que os monarcas não estavam sujeitos ao Direito – eram *legibus solutos*. Alguns desenvolvimentos históricos foram essenciais para o surgimento do constitucionalismo moderno, como a ascensão da burguesia como classe hegemônica; o fim da unidade religiosa na Europa, com a Reforma Protestante; e a cristalização de concepções de mundo racionalistas e antropocêntricas, legadas pelo iluminismo.” (SOUZA; SARMENTO, 2013, p. 71).

normativa da constituição (DICEY, 1950 *apud* BARROSO, 2004)¹⁰, contudo a Constituição inglesa é formada por leis constitucionais determinadoras de direitos fundamentais e organizacionais do Estado.¹¹

Lado outro, no constitucionalismo britânico, nos idos de 1998, houve uma sinalização de mitigação do poder ilimitado do parlamento diante da incorporação à lei interna do Reino Unido as principais cláusulas da Convenção Europeia de Direitos Humanos¹², *European Convention on Human Rights*, instrumento internacional que foi adotado por muitas democracias do oeste europeu a partir de 1950, com a proteção legal a determinados direitos civis e políticos¹³, e uma europeização do direito interno.

Foi o *Humans Right Acts* responsável em conferir às cortes britânicas, ao Poder Judiciário não a competência para declarar a inconstitucionalidade e a nulidade de leis que ofendam direitos fundamentais previstos no referido estatuto codificado em princípios, mas a possibilidade de efetuar um controle de compatibilidade no caso concreto da legislação inglesa com os direitos estatuídos na Convenção Europeia de Direitos Humanos (CYRINO, 2006, p. 35-37). Entretanto, apesar dos avanços, a última palavra continua sendo do parlamento.

O *Humans Right Acts*, diante das peculiaridades, trouxe interesse à comunidade jurídica, assim como “intensa é a polêmica que provocou polêmica

¹⁰ Firmou-se no Reino Unido o princípio da soberania do Parlamento “*Parliamentary sovereignty*”, cujos elementos essenciais foram assim caracterizados por Dicey: “[...] I. poder do legislador de modificar livremente qualquer lei, fundamental ou não; II. ausência de distinção jurídica entre leis constitucionais e ordinárias; III. inexistência de autoridade judiciária ou qualquer outra com o poder de anular um ato do Parlamento ou considerá-lo nulo ou inconstitucional [...]”

¹¹ Sobre a Constituição britânica baseada nas tradições históricas e não na vontade do constituinte, disse Canotilho (2013, p. 52): “[...] Assim, um Englishman sentir-se-á arrepiado ao falar-se de “ordenação sistemática e racional da comunidade através de um documento escrito.” Para ele a constituição – The English Constitution – será a sedimentação histórica dos direitos adquiridos pelos ‘ingleses’ e o alicerçamento, também histórico, de um governo balanceado e moderado ‘the balanced constitution’ [...]”

¹² Acerca da incoerência da Inglaterra ter participado da elaboração da convenção abaixo e, mesmo assim, não fazer parte internamente dos regramentos por ela criados, Ferreira Filho (1998, p. 49-55) apresentou a seguinte crítica: “[...] A adoção do *Human Rights Act* decorre do processo associativo que integrou a Grã Bretanha na União Europeia. Havendo sido por ela subscrita a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, mas não tendo as normas desta sido incorporadas numa lei, não podiam elas ser invocadas em juízo contra um ato administrativo, o que constituía uma evidente aberração [...]”

¹³ Constou o seguinte no preâmbulo do *Human Rights Act*: “Um Ato para dar eficácia aos direitos e liberdades garantidas sob a Convenção Europeia de Direitos Humanos; para fazer previsões a respeito de certos órgãos judiciais que serão juízes da Corte Europeia de Direitos Humanos; e para assuntos conexos.” (NT) A tradução é nossa. Do texto original consta: “An Act to give further effect to rights and freedoms guaranteed under the European Convention on Human Rights; to make provision with respect to holders of certain judicial offices who become judges of the European Court of Human Rights; and for connected purposes.” (HUMAN RIGHTS ACT, 1998).

evidentemente ainda em curso” (FERREIRA FILHO, 2004, p. 49), diante da relação entre a monarquia, o parlamento e o judiciário britânicos.

Refletindo sobre o parágrafo anterior está evidente que, na democracia inglesa, de certa forma, houve a diminuição da plenitude da supremacia do Poder Legislativo que, no mínimo, caso não reconheça, conforme estabelecido pelo judiciário, a incompatibilidade da lei com o *Humans Right Acts* gerará uma desconfiança, uma pressão por parte de outros países europeus aderentes ao estatuto, e de parcela da sociedade inglesa.

Observa-se que, é uma abertura, um avanço da análise do sistema jurídico político inglês através do Poder Judiciário, ainda que não haja uma obrigatoriedade, uma vinculação das suas decisões no controle de compatibilidade. Por isso, em último caso, a depender do legislador, poderá prevalecer a lei interna em face da mencionada legislação internacional garantidora de direitos fundamentais, porém, quando houver essa divergência, é possível ao litigante que se sentir prejudicado pleitear junto à Corte Européia.

É uma situação de extrema importância averiguar, no direito comparado, como outras nações estão solucionando questões constitucionais (Inglaterra, França, Estados Unidos, Brasil, Portugal, etc.) relacionadas a direitos fundamentais. Somente, assim, será possível ponderar a relação, os avanços e os recuos entre os poderes constituídos, até porque o mundo contemporâneo é globalizado. Um ponto que chama atenção é que a Inglaterra, mesmo no sistema de supremacia do parlamento e de ausência de controle de constitucionalidade, é considerada um dos Estados mais democráticos do mundo.

A Inglaterra é um dos poucos Estados ocidentais que não admite a *judicial review*, apesar da adoção, no ano de 2005, da *Constitutional Reform Act*, onde possibilitou a criação de uma corte constitucional apartada do legislativo, saindo às funções judiciais da Câmara dos Lordes para um Tribunal Constitucional, este último, impossibilitado da função de controlar a constitucionalidade de leis, a não ser o controle de compatibilidade não vinculado (CYRINO, 2007, p. 267-288).

Na verdade, o que houve fora a transferência da jurisdição para um órgão autônomo e independente, e isso propiciou uma revolução no princípio da separação de poderes, a partir do momento que o legislativo não poderia mais atuar como julgador em uma nítida cisão de interferências entre o político e o jurídico das pessoas envolvidas em julgamentos, tudo, para não afrontar a independência da

Corte (WOODHOUSE , 2007, p. 153-165). Entretanto, essa situação não impediu os juízes de sofrerem fortes pressões da sociedade e da imprensa acerca de julgamentos envolvendo matérias políticas.

Está-se diante do fenômeno das fontes supranacionais que, de certa forma, enfraquece a legislação interna. Por outro lado, fortalece a atuação do judiciário que deverá verificar se uma lei posterior interna está em consonância com uma legislação internacional, ratificada pela Inglaterra, pautada não só em regras, mas em princípios. Efetivamente, no ano de 2009, os julgamentos passaram a acontecer em um Tribunal Constitucional.

3.3 O constitucionalismo americano e a falta de previsão expressa do controle de constitucionalidade difuso: Do elitismo aos direitos fundamentais

Passando pelo constitucionalismo americano, por meio da Convenção de Filadélfia, com a primeira Constituição escrita da era moderna promulgada em 1787, fica evidente, em uma “viragem de Copérnico”, a importância da lei (*rule of the Law*), e a figura da supremacia da Constituição.

Isso ocorreu, pela primeira vez, por intermédio do controle judicial de constitucionalidade em uma situação concreta, difusa de uma lei no emblemático caso “Marbury x Madison,” em que o juiz John Marshall entendeu, mesmo sem previsão constitucional face o sistema do *common Law*, ser competente a Suprema Corte no controle de leis e atos dos demais poderes quando deixassem de observar a Constituição. Esta situação, apesar dos percalços de determinadas épocas, foi importante para a evolução da proteção a direitos fundamentais, e ofereceu um alargamento maior do alcance do princípio da separação de poderes consubstanciado pelo controle comum do sistema de freios e contrapesos. (SARLET, 2013, p. 48-49).

É perceptível, no constitucionalismo estadunidense, a figura da Constituição como norma jurídica e não apenas como uma mera carta de intenções, portanto, podendo haver a interferência do poder judiciário na solução de conflitos para fazer valer a norma maior. Logo, como já delineado no Federalista nº 78 de Hamilton et al. (2003), nenhum ato legislativo pode ser considerado válido quando desrespeitar a

Constituição. Fatalmente, os representantes populares não poderiam estar acima do próprio povo ¹⁴.

Apesar da revolução causada pelo constitucionalismo americano com o *judicial review* de 1803, “*Marbury x Madison*”, o fato é que, nem sempre, a Suprema Corte orientou-se na garantia de direitos fundamentais. E sim, de maneira elitista, tolhia o Congresso estadunidense, o poder legislativo, *verbis gratia*, no julgamento do caso *Dred Scott v. Sandford* de 1857, no qual afirmou que o Congresso não teria poderes para impedir que cidadãos americanos possuíssem escravos, mostrando assim, o lado aristocrático e disfuncional do poder judiciário com o fomento da segregação racial. Por isso, a temática que será abordada nesta dissertação é sutil, localizando-se entre o abuso e a legitimidade dos poderes. (VIEIRA, 2002, p. 31).

O conservadorismo da Suprema Corte Americana no aspecto econômico começa a ser transformado na era do Presidente *Roosevelt* que governou o país do período de 1933 a 1945, quando da criação do programa de recuperação econômica *New Deal* visando combater a crise do capitalismo de 1929 pela qual passou os Estados Unidos, bem como protegendo direitos dos trabalhadores. (VIEIRA, 2002, p. 38-39).

O problema inicial foi que a Suprema Corte não aceitou, de plano, a proposição de *Roosevelt*, tendo anulado dispositivos legais advindos e aprovados pelo Poder Legislativo. Diante do impasse, em fevereiro de 1937, *Roosevelt* enviou um projeto de lei ao Congresso Americano reformulando a composição da Suprema Corte com o aumento de juízes e, por extensão, o fracionamento do “poder”, daí, sob essa “ameaça”, houve o reconhecimento pela Suprema Corte da política social do *New Deal*. (BAUM, 1987, p. 43).

No constitucionalismo americano, a partir, e passando à era *Roosevelt* surge, assim, o nascer de uma jurisprudência americana progressista, de vanguarda, sobre o reconhecimento de assuntos relacionados a direitos

¹⁴ “[...] A interpretação das leis é o domínio próprio e particular dos tribunais. Uma Constituição é de fato uma lei fundamental, e como tal deve ser vista pelos juízes. Cabe a eles, portanto, definir seus significados tanto quanto o significado de qualquer ato particular procedente do corpo legislativo. Caso ocorra uma divergência irreconciliável entre ambos, aquele que tem maior obrigatoriedade e validade deve, evidentemente ser preferido. Em outras palavras, a Constituição deve ser preferida ao estatuto, a intenção do povo à intenção de seus agentes. Esta conclusão não supõe de modo algum uma superioridade do poder judiciário sobre o legislativo. Supõe apenas que o poder do povo é superior a ambos, e que, quando a vontade do legislativo expressa em suas leis, entra em oposição com a do povo, expressa na Constituição, os juízes devem ser governados por esta última e não pelas primeiras. Devem regular suas decisões pelas leis fundamentais, não pelas que não são fundamentais[...].” (MADISON, 1987, p. 481).

fundamentais, como no famoso caso envolvendo pessoas da raça negra, *Brown X Board of Education, de 1954*, em que a Suprema Corte proibiu a segregação racial entre pretos e brancos nas escolas e determinou a integração, etc. (BARROSO, 2009, p.7).

Essa linha de pensamento alcançou notoriedade mundial principalmente na segunda metade do século XX, com o advento dos horrores da Segunda Guerra Mundial. Assim, é preciso constar que não existe um medidor exato da sua aceitabilidade (*judicial review*) e variará de acordo com as composições do momento da Suprema Corte ou de um Tribunal Constitucional.

Fato de extrema importância e inevitavelmente acompanhará todo o trabalho, diz respeito ao debate que sempre está em voga nos Estados Unidos acerca do *living Constitution* ou da corrente que defende a teoria originalista de interpretação constitucional (SOUZA; SARMENTO, 2013, P. 76). Isto é: na primeira situação há a possibilidade de modificar a Constituição pela interpretação e não pela alteração do texto em vista da evolução da sociedade, ou, no segundo caso, a petrificação da Constituição de acordo com os modelos da época de sua aprovação e sem a possibilidade das gerações futuras e os aplicadores do direito interpretarem o texto constitucional às novas realidades sociais.

3.4 O Constitucionalismo Francês e a tendência transformadora de paradigmas: A depressão social

Chegando ao constitucionalismo francês, palco dos conflitos sócio-políticos e econômicos, culminou com a Revolução Francesa de 1789, baseada não só no rompimento com o regime absolutista, como na edificação de um novo Estado formado no eixo da liberdade, da igualdade e da fraternidade, o que, segundo Michelet (1988, p. 91) acarretou o verdadeiro nascimento do povo. É perceptível que a ideia francesa de Constituição foi organizada na proteção de direitos e na separação de poderes¹⁵.

¹⁵ Art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

“[...] Na França, o processo revolucionário iniciado em 1789 desdobrou-se em três textos constitucionais, promulgados em 1791, 1793 e 1795. [...]” (ARANTES, 2004, p. 82)

A 1ª (primeira) Constituição Francesa, inspirada por meio da racionalidade jusnaturalista e pela teoria constitucionalista moderna, datada de 1791, e a atual de 1958 têm com ator principal do modelo constitucional escrito o poder legislativo que está atrelado ao ideário rousseauiano-jacobina da lei como expressão da vontade geral de um povo (CUNHA JUNIOR, 2015). É a prevalência histórica e ideológica, a primeira por conta de ações abusivas de juízes franceses e a segunda por acreditar em uma separação de poderes mais rígida, de um controle preventivo de constitucionalidade confiado a um órgão político ou não-judicial intitulado de Conselho Constitucional.

O controle preventivo de constitucionalidade francês atribuído ao Conselho Constitucional (CUNHA JUNIOR, 2015), conforme sua origem na Constituição de 1958 poderia ser invocado depois da aprovação da lei pelo parlamento e antes da sua promulgação, e sua correspondência com o texto constitucional. Conclui-se: em não havendo o controle neste momento a situação seria mantida pela ausência de um controle posterior, salvo revogação por outra lei.

Assim, o judiciário estaria adstrito à mera subsunção do fato à norma, sendo a Constituição meramente política, quer dizer: uma bússola dos legisladores, mas sem qualquer possibilidade de diretamente tutelar direitos (CAPPELLETTI, 1992, p. 95-98).

No início, a democracia francesa dirigia-se para certo grupo de pessoas apenas, eis que homens políticos estavam acima da lei, gozando de imunidades, enquanto os demais, não. Essa situação, com o término do período jacobina, vem sendo transformada, e as pessoas que fazem parte da Administração Pública passam a responder judicialmente pelos seus atos e não por um Conselho de Estado atrelado à administração (GARAPON, 1998, p.31-34).

“[...] Revela-se como um episódio emblemático dessa concepção legalista (a hegemonia da lei) e legicêntrica (a hegemonia do legislativo) que impedia os juízes de ousar interpretar a lei, na França em agosto de 1790, de lei que instaurou o *referee législatif*. Além disso, era obrigatória a utilização da técnica do *non liquet*. Deste modo, caso o juiz se deparasse com um caso concreto para o qual não existisse lei, restava-lhe um único caminho: recorrer ao parlamento para que regulasse a situação como produção de um ato legal específico [...]” Diante dessa situação continua o autor: “A lei,

outrora tida como uma instância de defesa, por via da representação parlamentar, dos cidadãos contra as ameaças do poder soberano, passou a ser uma provisão quase casuística na composição dos numerosos conflitos [...]” (OLIVEIRA, 2010, p. 140-141).

No ano de 2008, com regulamentação em 2010, com a reforma constitucional, fora acrescentado o artigo 61-1 à Constituição Francesa, daí o direito francês trouxe a possibilidade do controle posterior de constitucionalidade de leis em vigor violadoras de direitos e liberdades constitucionais com a participação do Poder Judiciário¹⁶, desde que as mesmas não tenham sido declaradas inconstitucionais em fiscalização preventiva.

Os juízes ou integrantes do contencioso administrativo passam a ter a competência de enviar matéria com suposta inconstitucionalidade à Corte de Cassação, e esta, por sua vez, poderá provocar o Conselho Constitucional, cuja decisão terá eficácia *erga omnes* (SOUZA; SARMENTO, 2013, p.75). O modelo francês do Conselho Constitucional é totalmente diferente, por exemplo, da Suprema Corte Americana, do Tribunal Constitucional Português ou do Supremo Tribunal Federal, já que sua função é eminentemente política.

É preciso, então, saber se o Estado-Judicial poderá tratar a lei ou sua ausência como uma matéria prima a ser lapidada, no sentido da possibilidade de ter ou não a legitimidade para ser o último guardião das promessas constitucionais em virtude das diversidades e dificuldades das sociedades contemporâneas consagradoras do princípio da separação de poderes (GARAPON, 1998, p.24). É perceptível que houve uma mutação do pensamento francês acerca do assunto, porém com várias limitações em face da *judicial review*.

Na França o limite do judiciário para atuar proativamente em assuntos políticos é bastante restrito, apesar dos avanços, com repercussão em direitos fundamentais pelo fato dos juízes não necessitarem do voto para conquistarem o poder. De modo inverso, o que pode ocorrer é o judiciário ser partícipe do formato peculiar do controle de constitucionalidade preventivo e repressivo. É importante compreender até que ponto o direito não deve ultrapassar as raias da lei.

Inegavelmente, grande parte do mundo, passa por uma ansiedade social causada pelo aumento das carências de um povo e, diante de frustrações ocorridas

¹⁶ Recentemente, o Tribunal de 1ª instância de Tours na França (Poder Judiciário), em uma questão política, determinou ao cartório local alteração da certidão de nascimento de uma pessoa em que houve a impossibilidade de definir se o seu sexo é masculino ou feminino para a categoria de “sexo neutro.” (VEJA, 2015, p. 39).

por diversos motivos, dentre elas, econômicas. Assim, os atores envolvidos buscam o Poder Judiciário como um super herói para dirimir todas essas aflições, o que se reflete na prática com o aumento, nos últimos anos, das demandas judiciais.

Segundo Leiberman:

[...] Não nos tornamos mais processuais porque as barreiras dos sistemas se abriram. A explosão do número de processos não é um fenômeno jurídico, mas social. Tem a sua origem numa depressão social que se exprime e se reforça através da expansão do direito [...] (Leiberman, 1981, p. 186).

Isso não quer dizer que haja uma interferência indevida do Poder Judiciário, mas apenas a aplicação da lei para todos. Essa reflexão voltará à tona, no instante em que, diante dos equívocos de conceituação, diferenciarmos o ativismo judicial do mero cumprimento do que já está explícito na lei. Segundo parte da doutrina: “O direito tornou-se a nova linguagem através da qual é possível formular os pedidos políticos que, desapontados, se voltam, agora, em grande número, para a justiça” (GARAPON, 1998, p. 36).

3.5 Constitucionalismo Econômico e o Brasil

A grande parte das Constituições do século XXI é intitulada de analítica, no sentido de abrangerem e tratarem inúmeras matérias, o que difere das Constituições Políticas do século XVIII, estas últimas, tratavam, apenas, das delimitações dos poderes em um nítido elo com o liberalismo.

A Constituição Econômica, como o próprio nome sugere, é relacionada aos direitos econômicos ou de segunda dimensão que, constantes na Constituição Federal, recebem o mesmo patamar de direito constitucional. É a junção, em uma mesma Carta Magna, de direitos de primeiras e segundas dimensões.

Diante da situação surgiu, nos idos finais do século XX, uma série de modificações nos planos econômicos, sociais e políticos, com a nomenclatura da globalização, tendo emanado uma crescente onda na direção de uma igualdade com conteúdo, tipicamente para assegurar o molde de uma sociedade diferenciada, moderna, apta a proteger as relações dos desenvolvimentos econômicos e sociais crescentes no mundo. A Constituição Econômica, oriunda da globalização com repercussão na igualdade é positiva ou negativa?

O sistema liberal, como já visto, defendia o mínimo de intervenção, de restrição do Estado em face de direitos fundamentais com viés econômicos, como por exemplo, a propriedade, a indústria, etc., sempre com a convicção da livre circulação da riqueza através da liberdade de iniciativa, de contratos e negociações econômicas. Partia-se da premissa de que os acordos seriam efetuados com equilíbrio e respeito entre interessados.

A história do mundo ocidental/liberal capitalista mostrou inúmeras injustiças, com o advento da igualdade formal e da liberdade na economia, sobretudo pela formação de uma sociedade conhecida pela excessiva desigualdade social, e a concentração de riquezas, o que gerou um desequilíbrio entre produtores e empregados, e entre fornecedores e consumidores. Assim, tornou-se imprescindível a entrada do intitulado Estado Social (Welfare State), a fim de minimizar os conceitos do Estado Liberal, tais como: liberdade da autonomia e da vontade, do *pacta sunt servanda*, e da igualdade formal entre as pessoas envolvidas nas relações econômicas, tudo pela ideologia da efetivação da justiça social.

Diante dos acontecimentos houve um processo escalonado de mutação de um minimalismo estatal com conotação burguesa liberal para um intervencionismo estatal preocupado em melhor distribuir as riquezas, e, como consequência, impedindo os excessos do poderio econômico, bem como assegurando direitos às pessoas em situações de vulnerabilidade e hipossuficiência, ou seja, aos cidadãos mais desfavorecidos.

Na passagem do Estado-liberal para Estado intervencionista veio a necessidade do investimento em políticas públicas para assegurar a isonomia material nos seguintes aspectos: a propriedade privada e os contratos passavam a ter uma função social, como também os cidadãos seriam agraciados com direitos econômicos/sociais de educação, saúde, moradia, etc., sem perder de vista, em uma interpretação sistemática, como acontece no Brasil, o fundamento da dignidade da pessoa humana¹⁷. Isso significou que todos os atores sociais precisariam de um mínimo de condições materiais para sobreviverem dignamente, e que os valores

¹⁷ Segundo Bulos (2008, p. 74, 88): A dignidade da pessoa humana é o valor constitucional supremo que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem, expressos nesta Constituição. Daí envolve o direito à vida, os direitos pessoais tradicionais, mas também os direitos sociais, os direitos econômicos, os direitos educacionais, bem como as liberdades públicas em geral [...] Quando o Texto Constitucional proclama a dignidade da pessoa humana, está corroborando um imperativo de justiça social [...].

constitucionais devem servir de paradigma interpretativo para o restante do ordenamento jurídico.

Partindo, ainda, nos fundamentos da República Federativa do Brasil, o trabalho e a livre iniciativa são valores sociais que devem ser respeitados em uma economia de mercado, por ser objetivo no Brasil o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos¹⁸.

A Constituição Brasileira, no capítulo dos princípios gerais da ordem econômica, visando reduzir as desigualdades sociais, pautou-se, outrossim, no trabalho humano como valor supremo em razão dos demais valores da economia de mercado, assegurando a todos uma existência digna. Com isso, não resta dúvidas de que o poder constituinte originário prestigiou uma economia de mercado capitalista, todavia sem deixar desguarnecido, o social, o trabalho humano livre, e com atenção à dignidade da pessoa humana como duplo fundamento da ordem econômica, e da República Federativa do Brasil.

Afasta-se, assim, o ideal liberal clássico para implantar um formato de Estado Social de Direito com uma visão de cunho humanista do mercado capitalista. Dessa maneira, o Estado Brasileiro poderá intervir no mercado econômico-social desde que assegure valores supremos como a dignidade da pessoa humana.

Nos anos 90, com a implantação de uma política neoliberal por ordem do poder constituinte reformador, e da globalização econômica, diminuiu a participação estatal no panorama econômico-social, por obra da privatização de algumas áreas do setor, e a abertura da economia local para receber investimentos do capital estrangeiro.

O Brasil vive um misto, uma contradição, de um capitalismo liberal da livre iniciativa e do trabalho, e de um intervencionismo estatal como agente normativo e regulamentador da atividade econômica, o que vem conduzindo o país a uma grave crise econômica pelo fato de não haver um limite, uma diminuição de política

¹⁸ Art.1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...] III- a dignidade da pessoa humana; IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...] .Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando os seguintes princípios: I- soberania Popular; II- propriedade privada; III- função social da propriedade; IV- livre concorrência; V- defesa do consumidor; VI- defesa do meio ambiente [...] VII- redução das desigualdades regionais e sociais; VIII- busca pelo pleno emprego [...]. (BULOS, 2008, p. 74, 88, 1261, 1267).

públicas, e a intervenção estatal econômica ser formulada para atender aos anseios de grupos que estão no poder e não para assegurar o interesse de toda a coletividade. É perceptível (art. 170 da CRFB¹⁹) uma convivência entre o capitalismo e o Estado Liberal e, por outro lado, o socialismo e o Estado intervencionista.

Os direitos econômicos e sociais acarretam obrigações estatais concretas, podendo inclusive serem exigíveis judicialmente, eis que a Constituição deixou de ser uma declaração de altruísmo político e transformou-se em norma jurídica cogente.

3.6 A Constituição: Do caráter político ao normativo

É evidente, *a priori*, até antes da Segunda Guerra Mundial, que a Constituição sempre foi caracterizada como uma proclamação política onde apenas auxiliava os legisladores, portanto sem vinculação alguma e sem assegurar direitos subjetivos aos interessados. Daí, nada impedia que uma Casa Legislativa elaborasse leis imperativas e insensíveis a direitos fundamentais (ENTERRÍA, 2006, p. 41). Assim, a Constituição não possuía obrigatoriedade, não se podendo falar em norma jurídica, com exceção do constitucionalismo americano.

É elementar no mundo jurídico a premissa de que uma norma jurídica possui a característica da obrigatoriedade. Com o fim da Segunda Guerra Mundial²⁰, principalmente na Europa pela derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha²¹, a Constituição passou a ter a autoridade de norma jurídica constitucional, o que desembocou na figura da jurisdição constitucional que, em

¹⁹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

²⁰ Segundo SANT'ANNA (2014, p. 17): "O período que sucedeu à Segunda Grande Guerra pode ser considerado o primeiro 'boom' constitucional, impulsionado pela reconstrução da Europa, amplamente financiada pelos Estados Unidos da América, que culminou com uma revisão constitucional na Japão em 1946, e com a promulgação das novas Cartas Constitucionais na Itália (1948), na Alemanha(1949) e na França(1958) [...]."

²¹ "Por tudo isso não se pode julgar casual, que, justamente depois da catástrofe, constate-se a insuficiência institucional e jurídica do modelo baseando no Estado de Direito, e, passe-se a adquirir consciência de sua extraordinária fragilidade para promover instrumentos teóricos aptos a combater os efeitos demolidores do formalismo jurídico sobre a estrutura do Estado de Direito." (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 9).

razão dos horrores da guerra, previu um catálogo de direitos fundamentais, tendo como “carro chefe” o princípio da dignidade da pessoa humana, e a aplicação direta do texto constitucional, independentemente da atuação do legislador.

Nessa perspectiva, a democracia, o regime democrático, nada mais é do que a metamorfose de um Estado Totalitário e violento para um Estado pluralista e transcendente, em virtude da preocupação de assegurar direitos fundamentais guiados a cada ser humano de forma pessoal e concreta, e, em igual sentido, a determinados direitos difusos e coletivos (OTERO, 2001, p. 153-155). A lógica dessa idéia é a impossibilidade de se falar em democracia quando não houver um Estado de direitos fundamentais, por isso que o Estado, neste modelo, é o meio, e o homem o fim a ser alcançado.

Com a *novel* concepção de constituição como lei fundamental (sentido formal e material), toda e qualquer norma infraconstitucional passou a obedecer aos ditames constitucionais, regras e princípios, o que fortaleceu a criação e o aperfeiçoamento do instituto do controle fiscalizatório jurisdicional de constitucionalidade, bem como o nascimento de tribunais constitucionais, ou o aumento de competências na cortes mais elevadas de justiça, como fora o caso, no Brasil, do Supremo Tribunal Federal (NOVAIS, 2014, p. 19).

O professor Paulo Otero, com muita expertise, na distinção entre totalitarismo e democracia, apresenta argumento direcionado à força normativa da Constituição e sua sindicabilidade, isso porque o Estado não pode atuar com soberba e vontades contrárias ao texto constitucional. Explicita:

[...] Por último, uma vez mais ao arrepio do modelo totalitário, a democracia pressupõe um Estado de juridicidade, envolvendo uma efectiva subordinação de todo o poder a regras e princípios jurídicos que excluem a prepotência: a democracia exige que o poder se encontre submetido ao direito que ele próprio produz e ainda a valores e princípios de natureza suprapositiva que o transcendem e o limitam em termos heterovinculativos [...]. (OTERO, 2011, p. 84).

O direito começa a ampliar o seu leque, sendo a lei apenas uma forma de descrevê-lo. Nesse sentir, a lição de Campuzano:

[...] Após o apogeu do positivismo legalista, a exaltação cientificista do Direito como um objeto axiologicamente neutro e a proclamação do caráter estritamente descritivo do conhecimento jurídico, fazia-se necessário recuperar a dimensão valorativa do Direito para restabelecer, de alguma maneira, aquela ligação estreita que, nas origens da modernidade,

preconizava o jusnaturalismo racionalista, inserindo o direito no horizonte da justiça, da liberdade, da igualdade e da dignidade humana, valores vinculados diretamente com os direitos humanos, cujas primeiras declarações promulgaram-se no ambiente cultural da ilustração [...] (CAMPUZANO, 2009, p. 10).

É preciso relembra a necessidade de chegar a um resultado razoável entre a linha tênue que deve delimitar as maiorias do Poder Legislativo e do Poder Judiciário²² na resolução de questões políticas constitucionalizadas, cabendo ao juiz independente, apesar das correntes divergentes, o resguardo de valores fundamentais em uma democracia constitucional, por óbvio, intitulada de limitada (NOVAIS, 2014, p. 25).

Teoricamente, todo o expandido, é lógico e parece perfeito, entretanto o mundo das Constituições democráticas entra em profunda crise a partir da Constituição de Weimar com a decadência do Estado Liberal e a ascensão do Estado Social, gerando a dúvida se há normatização jurídica em uma Constituição.

Toda essa situação permutou de um momento histórico capitaneado de um compromisso estável de Constituições Liberais Burguesas para um compromisso instável de Constituições Sociais, estas últimas, com a introdução de fórmulas programáticas nas constituições, tudo iniciado com o primeiro pós-guerra do século XX.

Com a categoria de sempre, explica Bonavides:

[...] Quase todo o edifício jurídico das Constituições liberais erguido durante o século XIX veio abaixo. A programaticidade dissolveu o conceito jurídico de Constituição, penosamente elaborado pelos constitucionalistas do Estado liberal e pelos juristas do positivismo. De sorte que a eficácia das normas constitucionais volveu à tela do debate, numa inquirição de profundidade jamais dantes lograda. O drama jurídico das Constituições contemporâneas assenta, como se vê, na dificuldade, se não, impossibilidade de passar da esfera abstrata dos princípios à ordem concreta das normas. [...] a queda de grau de juridicidade das Constituições nessa fase de anarquia e conturbada doutrina se reflete em programaticidade, postulados abstratos, teses doutrinárias; tudo isso ingressa copiosamente no texto das Constituições. O novo caráter da Constituição lembra de certo modo o período correspondente a fins do século XVIII, de normatividade mínima e programaticidade máxima. E o lembra, como estamos vendo, precisamente pelo fato de que deixa de ser

²² “Em julho de 2012, um jornalista britânico, colunista do Financial Times, foi convidado para palestrar em Lisboa sobre a crise financeira e quando foi confrontado, à chegada, com a decisão do Tribunal Constitucional português que acabara de declarar a inconstitucionalidade dos cortes dos 13º e 14º mês de funcionários públicos e pensionistas que o Governo fizera aprovar no orçamento para esse ano, não lhe ocorreu melhor que exclamar algo do gênero: isso de entregar a um bando de juizes um poder sério é de loucos [...]” (NOVAIS, 2012, p. 5).

em primeiro lugar jurídico para se tornar preponderantemente político [...] (BONAVIDES, 2015, p. 236-238).

No constitucionalismo contemporâneo é preciso destrinchar acerca do caráter jurídico das normas programáticas e o seu grau de eficácia com reflexos na participação do Poder Judiciário, em tempo de crise econômica, quando da limitação ou da omissão de direitos sociais pelos Poderes Legislativos e Executivos. É saber: A íntegra constitucional tem valor normativo? Na atualidade, em Constituições rígidas as normas programáticas possuem eficácia vinculante? A Constituição não pode ser vista como “o valor moral de conselhos, avisos ou lições”, daí são pautadas por normas imperativas, cogentes com aplicabilidade imediata, e o programático não pode ser mais conceituado como ausência de juridicidade, e isso não quer dizer da impossibilidade de limitar poderes e competências entre as funções legislativa, executiva e judicial (BARBOSA, 1932, p. 489).

As Constituições Democráticas, na atualidade, para grande parcela da doutrina não negam cunho normativo às normas programáticas, mas exigem, imprescindivelmente, a necessidade de legislação futura para a sua aplicabilidade, gerando uma relação incerta entre o direito e a política. Nessa perspectiva, há uma dicotomia entre o jurídico e o programático, retornando à dúvida quanto à eficácia das normas constitucionais programáticas.

As normas constitucionais programáticas serão abordadas com mais profundidade neste trabalho, apesar de estar claro que a melhor distinção entre normas programáticas e a aplicação da Constituição é que aquelas estão ligadas ao surgimento de direitos fundamentais e, por isso, devem ter aplicabilidade direta da Constituição, não devendo ser vista como programas a serem alcançados pelos legisladores caso resolvam elaborar leis.

Nas palavras de Bonavides:

[...] Afigura-se-nos que a compreensão correta das normas programáticas como normas jurídicas contribui consideravelmente para reconciliar os dois conceitos da histórica crise constitucional de dois séculos: o conceito jurídico e o conceito político de Constituição [...]. (BONAVIDES, 2015, p. 242).

Existem juristas defendendo a antinormatividade da programaticidade do conteúdo de textos inseridos em uma Constituição, por não aceitarem ser a figura de toda e qualquer tipo de regras e princípios com aplicabilidade direta e imediata.

Adentrando de maneira superficial no oceano de uma Constituição, uma parte da doutrina mundial entende que a atuação da jurisdição constitucional não é tão simplória ao ponto do Poder Judiciário valer-se de uma genérica liberdade de criação em normas constitucionais abertas, ambíguas ou de cunho indeterminado. Tecnicamente denominada de “constituição formuláica”, pois é preciso distinguir dois modelos de Constituição: o constitutivo e o prescritivo (RIBEIRO, 2014, p. 245-247).

O primeiro modelo, constitutivo, é aquele em que as opções políticas ficam à disposição de quem possui legitimidade estritamente política, o que afastaria o judiciário, e isso não seria ofensa à democracia. O segundo, prescritivo, sob outra ótica, é embasado em um critério interpretativo conferido ao Poder Judiciário em questões sem consenso, sem conteúdo preciso, etc., portanto abarcando questões políticas e jurídicas. Dessa maneira, pelo raciocínio da 1ª (primeira) corrente a temática é somente política, e para o pensamento da 2ª (segunda) corrente a problemática não é apenas política, mas também, jurídica.

Chega-se ao denominador comum de que a Constituição é uma norma jurídica, contudo a temática deverá ser delimitada para, assim, encontrar uma resposta mais efetiva aos chamados direitos positivos ou direitos a prestações, quando o conteúdo destes direitos for abrangente, e não por ser o sentido da norma indeterminado.

Na hipótese ensinada por Hart (2007, p. 137-141) referente a uma textura aberta do direito, ou por Alexy (2002, p. 33) acerca de uma abertura semântica das normas constitucionais ou infraconstitucionais, inevitavelmente alguma parte de determinada legislação precisará ser aplicada e resolvida diante da dúvida e da ausência de determinação, em razão de sua generalidade excessiva.

O fato da indeterminação é causado pela impossibilidade natural do legislador em regulamentar toda e qualquer situações que possam ocorrer no futuro, acarretando um poder discricionário ao intérprete. Aqui, mesmo com a polissemia da norma, diante da impossibilidade da figura do legislador vidente, é razoável que o intérprete crie o direito e a regra para o caso concreto (HEBERT, 2007, p. 149).

São as conhecidas normas fundamentais derivadas, bem esclarecida por Alexy (2002, p.35) que servem para dirimir a ambiguidade da questão em controvérsia sobre o comando a ser seguido pela norma fundamental originária em direitos fundamentais negativos ou de defesa, ou direitos fundamentais positivos ou de prestações.

Segundo doutrina abalizada: “Ao contrário dos direitos, liberdades e garantias, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem , todos ou quase todos, de normas legais concretizadoras ou conformadoras para atingirem as situações da vida.” (MIRANDA, 2005, p. 302). A quem cabe decidir aquilo que a Constituição não decidiu: legislador democrático ou tribunal?

Os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente da estirpe dos direitos sociais, econômicos ou culturais, mesmo com uma indeterminação no seu conteúdo não podem ser vistos como um mero apelo ao legislador. Ao contrário, como a possibilidade de participação dos tribunais no controle de constitucionalidade por ação ou por omissão²³. Por isso, existe uma vinculação ao legislador, ao executor e ao julgador em relação à observância dos direitos fundamentais, seja quando façam restrições, seja quando se mantenham sem ação.

Em relação aos paradigmas acima citados de Constituição, indaga-se: O princípio democrático é aviltado? Qual modelo é o correto? O sentido das normas constitucionais caracterizada pela amplitude pode ser interpretada por um juiz em detrimento de um legislador? O Poder Judiciário diante dos princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional e do *non liquet* deverá proferir um julgamento, ou abster-se de decidir o mérito da causa com o argumento da ausência de pressupostos processuais (competência)? A competência deverá ficar a cargo dos cidadãos eleitores par que, no período eleitoral democrático, escolham um novo perfil de integrantes dos Poderes Legislativo e Executivo? Diante das inúmeras Constituições “formulaicas” existentes, dentre elas a brasileira de 1988, é correto dizer que a jurisprudência é fonte do direito?

As perguntas alhures são intrigantes e sugerem uma reflexão. As conclusões não serão encontradas tão-somente na filosofia do direito, na hermenêutica, elas também estão umbilicalmente relacionadas com a sociologia e o rol extenso de direitos sociais, e isso não é o mesmo que atender a vontade da maioria ou da minoria da população.

²³ “Os direitos econômicos, sociais e culturais, garantidos por normas de estalão constitucional, dispões de vinculatividade normativa geral. Não se apresentam como meros ‘apelos ao legislador’, ‘programas’ ou ‘linhas de direção política’. Como normas constitucionais, apresentam-se como ‘parâmetro de controle judicial’ quando esteja em causa a apreciação da constitucionalidade de medidas legais ou regulamentares que os restrinjam ou contradigam. Por outro lado, o não cumprimento deles pode dar lugar à ‘inconstitucionalidade por omissão’.” (QUEIROZ, C. M., 2002. p. 151).

Nesta perspectiva, legisladores e gestores, em meio às possibilidades econômicas dos Estados e o nível de confiança das sociedades, não podem restringir abruptamente direitos sociais diante dos princípios da reserva do possível em prol da proteção da confiança. Ademais, estes princípios devem ser utilizados e sopesados de maneiras diferentes em países como Alemanha, Portugal e Brasil, face às realidades jurídicas, políticas e sociais diferentes.

Dessa maneira, é preciso observar o grau de cultura, de educação, de saúde, de profissionalização, de transparência nas contas públicas, do patamar de impunidade seletiva nos crimes de corrupção contra o erário público, e da necessidade crescente de políticas assistencialistas com fins eleitoreiros e populistas de um povo, para que se possa medir o grau de atuação e legitimidade dos poderes da república.

Para Andrade (2008, p. 104), tal expressão, “reserva do possível” tem origem no Direito Alemão:

“É proveniente de decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que decidiu sobre a não obrigatoriedade do Estado oferecer vagas suficientes nas universidades públicas com o escopo de contemplar todos aqueles que se propusessem a preenchê-las.”

No Estado Português, diante da grave crise econômica, a discussão do princípio gira em torno nos cortes dos vencimentos de servidores públicos. Já no Estado Brasileiro o princípio da reserva do possível é anunciado em uma situação diária e ofensiva a direitos básicos de pessoas que morrem por falta de leitos hospitalares, por ineficiência na segurança pública e no sistema prisional; por falta de oportunidades na educação, por pagamentos de vencimentos de servidores públicos parcelados, etc., o que afeta a própria meritocracia em razão da restrita concorrência entre os interessados. Na Alemanha, diferentemente de Portugal e do Brasil, o princípio da reserva do possível é utilizado como argumento na negação de vagas em universidades públicas.

Por isso, no discorrer do trabalho, não haverá uma resposta melhor ou pior, certa ou errada em como aplicar ou interpretar uma Constituição, e sim a sensibilidade de se enxergar que a ciência não possuirá sentido algum caso não esteja em sintonia com as concepções sociais, culturais e históricas de cada Estado, sob pena de ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade na acepção material, e da “igualdade proporcional” - o alicerce material utilizado para

um tratamento diferente na igualdade deve ser proporcional (RIBEIRO, 2014, p. 251).

É preciso que haja uma segregação entre os valores tidos como fundamentais de um indivíduo e que prevalecerão contra o interesse público, daqueles que não são, pois isso definirá uma Constituição “formulaica” com natureza constitutiva ou prescritiva. Questiona-se: Os direitos sociais devem prevalecer sobre o interesse público em tempo de crise econômica? Em que categoria encontram-se os direitos sociais?

É indubitável que as Constituições Portuguesa e Brasileira, salvo mudanças futuras ou com o surgimento de uma nova ordem jurídica, cada qual com as suas peculiaridades, prevêem a possibilidade do controle de constitucionalidade por parte de um órgão pertencente ou não ao Poder Judiciário encarregado dessa função, ou seja, o Estado-Juiz ou ministros escolhidos unicamente com a função de julgar matérias de índole constitucional poderão analisar se determinada lei está ou não de acordo com a Constituição²⁴, sendo sua a última palavra. É notório, apesar de aparentar uma contradição, que tal situação ocasiona uma dialética com o princípio da soberania popular.

De resto, é preciso buscar a compreensão acerca dos limites que devem existir na atuação dos poderes estatais sem prejuízos à democracia, especificadamente, das legislações limitadoras de direitos sociais em tempo de crise econômica; da ausência ou falta de respeito do executivo às políticas públicas; e se o modelo constitucional cravado em regras e princípios é o mais adequado nos tempos atuais.

Na análise da Constituição entre um critério político e jurídico surge a figura de um Tribunal Constitucional ou de uma Suprema Corte, e a amplitude do conceito de democracia em uma versão pluralista e de representatividade entrelaçada com o estado de direito. É a perda de espaço de uma democracia amparada, única e

²⁴ “Em estritos termos jurídicos, a legitimidade de um Tribunal Constitucional não é maior nem menor do que a dos órgãos políticos: advém da Constituição. E, se esta Constituição deriva de um poder constituinte democrático, então ela há de ser, natural e forçosamente, uma legitimidade democrática. Perspectiva diferente abarca o plano substantivo das relações interorgânicas, da aceitação pela coletividade, da legitimação pelo procedimento e pelo consentimento. Como justificar o poder de um Tribunal Constitucional (ou de órgão homólogo) de declarar a inconstitucionalidade de uma lei votada pelo parlamento ou pelo próprio povo? Como compreender que ele acabe por conformar não só negativamente (pelas decisões de inconstitucionalidade), mas também positivamente (pelos outros tipos de decisões) o ordenamento jurídico? Como conciliar, na prática, a fiscalização jurisdicional concentrada e o princípio da constitucionalidade com o princípio da soberania do povo? [...]” (MIRANDA, 2012, p.15).

exclusivamente, pela vontade da maioria, mas, sobretudo, da necessidade de se assegurar uma idêntica igualdade a todo e qualquer cidadão, o que se presume na obrigatoriedade de não ignorar as minorias e, principalmente, os direitos fundamentais.

3.7 O que é o neoconstitucionalismo? Aplicação de regras e princípios

O novo modelo da teoria jurídica vem transformando o direito através da denominação neoconstitucionalismo (SARMENTO, 2008) que ganhou força nos julgamentos de Nuremberg, no período de 1945-1946, e a humanidade percebeu que o direito necessariamente não é lei, o qual foi categorizado na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, através de aspectos como a força normativa dos princípios jurídicos, a rejeição do formalismo, a Constitucionalização do direito e a irradiação de normas e valores constitucionais, em especial, os pertinentes aos direitos fundamentais em prol de todo o ordenamento jurídico.

É preciso ter a concepção de uma nova aproximação entre o direito e a moral, com a incidência da filosofia nos diálogos jurídicos. Diante dessa situação surge a judicialização da política e das relações sociais, o que desprende o poder do âmbito do legislativo e executivo para a instância judicial ou um Tribunal Constitucional.

A expressão neoconstitucionalismo, inserida no direito brasileiro, é fruto de obra desenvolvida pelo jurista mexicano Miguel Carbonell. O início da ideia do neoconstitucionalismo foi colocado em prática pela Europa no segundo pós-guerra mundial, e, em momentos posteriores, transportada para o Brasil, com o reforço da CRFB de 1988. Foi à mutação do modelo estritamente legalista para a visão normativa da Constituição, e o fortalecimento da jurisdição constitucional na proteção de direitos fundamentais ainda que sem a vontade da maioria política eleita.

Por obviedade, as constituições passaram a ser caracterizadas por uma indeterminação semântica formadas, principalmente, por princípios, tendo acarretado uma nova técnica interpretativa, como um plus ao modelo clássico subsuntivo²⁵. É o período do pluralismo valorativo, muitas vezes, com a colidência

²⁵ A segunda guerra mundial acelerou o processo duvidoso da eficácia do formalismo jurídico, e a necessidade de um documento axiológico acima da lei. (STAMATIS, 1995).

de princípios e a utilização da ponderação e do princípio da proporcionalidade na seara judicial. Foi o desenvolvimento da política no poder judiciário, com questionamentos delicados da sociedade, comumente sendo levados ao Estado-juiz ou a um Tribunal Constitucional.

Com o neoconstitucionalismo, o positivismo formalista e a discricionariedade política do interprete em *hard cases* passou a dar espaço à teoria da argumentação, racional e intersubjetivamente dominada pela resposta mais adequada aos casos difíceis trazidos pelo direito (DWORKIN, 1971; ALEXY, 2007). Assim, segundo o neoconstitucionalismo, a racionalidade ou a razoabilidade podem trazer o direito e a realização da justiça através de princípios constitucionais eivados da moral. É o positivismo inclusivo.

No neoconstitucionalismo o ponto central, como protagonista principal, é o magistrado, sendo a via jurídica emancipadora dos interesses de toda a coletividade, e não subserviente aos interesses dos grupos, mais favorecidos, o que denota a consagração, em diversas dimensões, de direitos fundamentais individuais, políticos, sociais e difusos com aplicabilidade imediata. Todo esse arcabouço foi importante, não só para a consolidação do Poder Judiciário, mas também do Ministério Público. É a figura da filtragem constitucional do direito (SCHIER, 1999).

O pós-positivismo foi essencial na transformação revolucionária da Constituição de uma mera promessa para uma norma jurídica, como também efetivou a incidência direta do Texto Constitucional sobre o plano social, sem que fosse preciso esperar a vontade legislativa para consagração de direitos previstos na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988. Em Portugal, a força marcante do novo constitucionalismo, surgiu com o fim da experiência autoritária. O próprio Canotilho reviu o seu pensamento sobre a figura da Constituição Dirigente (CANOTILHO, 1994).

Parcela da doutrina²⁶ faz uma diferenciação entre a efetividade e o pós-positivismo constitucional, trazendo o primeiro a ideia de constituição como norma e

²⁶ Uma outra banda da doutrina entende que pós-positivismo ou neoconstitucionalismo são expressões sinônimas devendo haver um limite de atuação do Poder Judiciário, nos seguintes termos: “[...] Porém, há aqui uma questão de dosagem, pois se a imposição de alguns limites para a decisão das maiorias pode ser justificada em nome da democracia, o exagero tende a revelar-se antidemocrático, por cercear em demasia a possibilidade do povo de se autogovernar. Outra crítica endereçada ao neoconstitucionalismo é a de que, na sua ênfase na aplicação dos princípios constitucionais e na ponderação, em detrimento das regras e da subsunção, ele tenderia a instaurar certa anarquia metodológica, alimentando o decisionismo judicial e gerando insegurança jurídica. Ademais, há também a preocupação de que excessos de constitucionalização do direito possam

sua aplicação independente de atuação do legislador ordinário, o que ainda não seria um neoconstitucionalismo propriamente dito, o segundo momento seria a utilização da técnica da ponderação de interesses, do princípio da proporcionalidade e a validade de direitos fundamentais (BONAVIDES, 2015). A junção desses dois elementos foi imprescindível na alteração interpretativista positivista para um novo modelo lingüístico com raiz na filosofia política constitucional (GRAU, 1996).

É notória a posição do Supremo Tribunal Federal Brasileiro em relação aos direitos sociais e as normas programáticas. Segundo Sarmento:

“[...] são exemplos eloquentes a alteração de posição da Corte em relação aos direitos sociais, antes tratados como ‘normas programáticas’, e hoje submetidas a uma intensa proteção judicial, o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a mutação do entendimento do Tribunal em relação às potencialidades do mandado de injunção, e a progressiva superação da visão clássica Kelseniana da jurisdição constitucional, que a equiparava ao ‘legislador negativo’, com a admissão de técnicas decisórias mais heterodoxas, como as declarações de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e as sentença aditivas. E para completar o quadro, deve-se acrescentar as mudanças acarretadas por algumas inovações processuais recentes na nossa jurisdição constitucional, que permitiram a participação dos *amici curiae*, bem como a realização de audiências públicas no âmbito do processo constitucional, ampliando a possibilidade de atuação da sociedade civil organizada no STF [...]” (SARMENTO, 2008, p.10).

Acríticas surgem ao neoconstitucionalismo, entre elas, ser antidemocrático, prevalência de princípios e ponderações em detrimento de regras e subsunções, e a panconstitucionalização do direito em detrimento das autonomias públicas e privadas dos cidadãos²⁷, as quais não podem ser vistas com absolutismos, sob pena de

revelar-se antidemocrático, por reduzirem em demasia o espaço para a decisão das maiorias políticas de cada momento. Afinal, se tudo ou quase tudo já estiver decidido pela constituição, sendo o legislador nada mais que um mero executor das medidas já impostas pelo constituinte, a autonomia política do povo para, em cada momento de sua história, realizar as suas próprias escolhas, restará seriamente ameaçada. [...] Estas objeções são importantes e devem ser levadas a sério. Concepções radiais do neoconstitucionalismo, que endossam a opção por um “governo dos juízes” ou que aplaudam o decisionismo judicial, alimentado por uma invocação emotiva e pouco fundamentada de princípios e valores constitucionais, devem ser evitadas, porque incompatíveis com o ideário do constitucionalismo [...]” (SARMENTO, 2012, p. 206)

²⁷ “Pode-se afirmar, dando seguimento ao raciocínio ora desenvolvido, que o neoconstitucionalismo [...] possui, dentre outros que poderiam ser mencionados, quatro fundamentos: o normativo (“da regra

inviabilizar, no modelo das sociedades atuais, o sistema garantidor de direitos fundamentais. É preciso diferenciar corretamente o decisionismo judicial e a insegurança jurídica, da jurisdição constitucional e a base da teoria atual da separação de poderes.

A excessiva constitucionalização do direito não pode ser considerada antidemocrática por diminuir consideravelmente o espaço das maiorias políticas de cada época decidirem, pela simples razão de ser respeitada a vontade do constituinte originário, daí o legislador não pode ser taxado de um mero executor das medidas constitucionais existentes, por extensão, a autonomia política do povo mantém-se íntegra. O que o legislador precisa é exercer de maneira atuante a sua função típica, e não aguardar o judiciário, ou ficar em estado de subserviência ao executivo.

Passando para os princípios e regras, a partir das obras de Ronald Dworkin (2002) e Robert Alexy (1985), na discussão contemporânea da teoria do direito, o conceito de norma jurídica foi alargado para duas espécies: regras e princípios. O ponto “x” da situação é fazer a conceituação e a distinção dos institutos regras e princípios, no sentido de que a relação das mesmas é de espécie e não de gênero.

Deve-se destacar a utilidade dos princípios e regras na solução e reconstrução de situações práticas da vida cotidiana com a estrutura das normas de direito fundamental. A posição prevalente da diferenciação entre princípio e regra é aquela que trás uma distinção “forte” defendida por Dworkin e Alexy ²⁸, indo de encontro a uma distinção “fraca” ²⁹, ou daqueles que não visualizam qualquer distinção.

A ideia de Dworkin foi contrapor-se ao positivismo proposto por Hart, este último, defendia a formação de um sistema jurídico construído unicamente por regras, sem uma preocupação na resolução dos casos difíceis (*hard cases*). O jurista americano Dworkin tem sua crítica fundada nas situações em que não há uma regra a ser aplicada a um caso concreto, ou por ser a mesma indeterminada, daí

ao princípio”); o metodológico(“da subsunção à ponderação”); o axiológico(“da justiça geral à justiça particular”) e o organizacional(“do Poder Legislativo ao Poder Judiciário) [...]” (ÁVILA, 2009, p. 3).

²⁸ Para Alexy “o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são mandados de otimização enquanto que as regras tem o caráter de mandados definitivos.” (ALEXY, 2012. p. 669)

²⁹ Os Juristas Espanhóis Manuel Atienza e Juan Manero mencionam a teoria “forte”, contudo efetuam críticas à Alexy na sua tese de ver os princípios como mandamentos de otimização. ATIENZA; MANERO (2004, p. 23, 68).

deve ser proferida uma decisão discricionária, com uma solução nova para o caso concreto (DWORKIN, 2002, p. 14-80).

É inquestionável que Dworkin (2002, p. 22), diferentemente de Hart, passou a ver o sistema jurídico formado por regras e princípios, e, por lógica, em situações de ausência de regras ou delas serem formadas por conteúdo indeterminados, o Estado-juiz, ao invés de valer-se de uma decisão extremamente discricionária que beira a arbitrariedade, pautar-se-à em decidir através de princípios jurídicos.

E o que distingue a regra do princípio? Para o autor citado, as regras encontram-se na expressão “tudo-ou-nada” em uma dimensão de validade, ou seja: sendo a regra válida suas consequências jurídicas são cogentes. Em sentido inverso, não haverá consequências jurídicas e as regras não serão aplicadas, pois não existe “meio termo” para as regras. Os princípios são aplicados como justificativas a serem tomadas por uma decisão, e não têm a estrutura disjuntiva das regras, apesar de possuírem a peculiaridade da dimensão do peso de um princípio em relação a outro em uma colidência de um caso concreto, isto é, um princípio prevalecerá sobre o outro, o que não significa de ter sido o princípio preterido excluído do sistema jurídico, isso porque em outra situação específica, o princípio antes preterido, pode ser o agora aplicado. Por isso, o critério das regras é o de validade ou invalidade, salvo se haja alguma exceção por parte delas, enquanto os princípios são trabalhados no peso.

Partindo para o pensamento de Alexy há uma definição mais rigorosa de princípios e regras do que aquelas explicitadas por Dworkin. Apesar de entender que princípios e regras são espécies do gênero norma, e de que a diferença entre elas é no aspecto qualitativo e não de grau, Alexy desenvolveu uma teoria acerca dos princípios como mandamentos de otimização.

Alexy fez críticas em alguns aspectos do pensamento de Dworkin, em especial, na regra do “tudo-ou-nada”³⁰, pois entendeu não ser possível listar todas

³⁰ “[...] é o distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios. Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie* [...] Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem de extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas. O caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão do seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas [...] Diante disso, alguém poderia imaginar que os princípios tem sempre um mesmo caráter *prima facie*, e as regras um mesmo caráter definitivo. Um tal modelo parece estar presente em Dworkin, quando ele afirma que regras, se válidas, devem ser

as exceções a uma regra, eis que é impossível que o ser humano, em um determinado momento histórico, possa prever toda e qualquer situação de vida em sociedade. Seguindo o raciocínio, Alexy ainda afirma que se fosse possível o conhecimento de todas as exceções às regras, tal lógica deveria ser aplicada aos princípios, e, desse modo, a diferenciação entre princípios e regras seria de grau e não de estrutura lógica.

Segundo Alexy, concordando e aperfeiçoando as ideias de Dworkin, os princípios, como um mandamento de otimização, devem ser desenvolvidos na maior medida possível e no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 2002, p. 47). Sendo assim, a satisfação dos princípios não depende somente do que é possível faticamente, mas também do que é possível juridicamente; enquanto a regra deve fazer com exatidão o que nela está prescrito, daí o grau do princípio é de satisfação variável e a da regra é um grau de satisfação fixo.

Os críticos de Dworkin e Alexy³¹, afirmam que a diferenciação “forte” entre regras e princípios é frágil, isso porque existem regras inerentes a um caso concreto que são aplicadas pela ponderação, típica dos princípios, e não do formato “tudo-ou-nada”, o que não haverá distinção entre princípios e regras como espécie de normas, apenas serão utilizadas de diferentes maneiras em cada situação³². Por esse ângulo, as regras e princípios fazem parte dos fenômenos deônticos ou normativos e não entram na categoria axiológica.

Para a compreensão da jurisdição constitucional é primordial o retorno do ideal de Alexy através do procedimento racional de ver os princípios como mandamentos de otimização através da ponderação e, por sua vez, as regras como algo definitivo, apesar da possibilidade conflituosa no instante em que há uma razão excludente ou uma cláusula de exceção que prevalecerá sobre um princípio.

aplicadas de forma tudo – ou – nada, enquanto os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção, mas não têm como consequência necessária uma determinada decisão. [...]” (ALEXY, 2012, p. 103 e 104).

³¹ “[...] Princípios são sempre razões prima facie e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões definitivas. [...]” (ALEXY, 2012, p. 106)

“[...] Princípios podem se referir tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos [...] O conceito de princípio em Dworkin é definido de forma mais restrita que essa. Segundo ele, princípios são apenas aquelas normas que podem ser utilizadas como razões para direitos individuais. Normas que se referem a interesses coletivos são por ele denominadas como políticas [...]” (Alexy, 2012, p. 114, 116)

³² Humberto Ávila (2007, p. 40-64) ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

A Constituição da República Federativa Brasileira garante a vida digna e proíbe a pena de morte, com exceção da declaração de estado de guerra, sendo perceptível que princípios como o da dignidade da pessoa humana, na situação específica, não prevalecerá sobre a regra constitucional originária³³. Igualmente, de maneira excepcional, um princípio, em um conflito, poderá prevalecer sobre uma regra constitucional quando se estiver diante de um princípio substantivo justificador da mesma, o que, na prática, seria um conflito entre princípios. Essa última solução é bastante delicada e geradora de insegurança jurídica por trazer um aumento da liberdade do aplicador do direito para decidir, inclusive desconsiderando uma regra legal ou constitucional derivada válida (ALEXY, 2002).

No caso, do legislador criar uma regra não constitucional presume ter sido oriunda de um anterior sopesamento de princípios constitucionais, o que, em tese, não caberia a atuação da jurisdição constitucional, por intermédio de princípios, para desconsiderar a regra. Entretanto, não se tem a certeza que o legislador estará com boas intenções e se a função legislativa tenha sido exercida de maneira constitucional, por isso da importância, da prudência do controle de constitucionalidade pela Suprema Corte ou pelo Tribunal Constitucional com a aplicação do princípio da proporcionalidade, ou, em alguns casos, a ponderação judicial³⁴.

O que não pode haver é o Estado-juiz desconsiderar uma regra legal ou constitucional derivada restritiva de direitos fundamentais, com fundamento em princípios jurídicos para atender vontades pessoais. Isso seria um ativismo judicial desastroso, uma ditadura judicial, uma ofensa à teoria da separação de poderes. O judiciário possuirá dois caminhos: decide pela constitucionalidade da regra legal ou constitucional derivada e faz a sua aplicação por subsunção, ou decide por sua inconstitucionalidade por ação não aplicando a regra no caso concreto, salvo em países, como o Brasil, que também adotam a inconstitucionalidade por omissão, na

³³ Art. 5º, XLVII, da Constituição Federal “XLVII- Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;”

³⁴ “[...] Ao juiz cabe interpretar de acordo com os princípios, haja vista que o legislador assim o permite quando utiliza noções de conteúdo variável. Enquanto as regras conseguem determinar como proceder em casos específicos, o juiz poderá não ter problemas, mas e para os casos difíceis? A legislação não abrange todas as situações possíveis, todas as dúvidas suscetíveis de serem questionadas. [...] Ao juiz caberá adaptar a legislação que tem ao seu alcance ao caso concreto, considerando uma série de fatores que não necessariamente positivados [...]” (XIMENES, 2012, p.20).

qual o Estado-juiz, através da ponderação, criará o direito, como um verdadeiro legislador positivo (BUSTAMANTE, 2005).

À vista do princípio da unidade da Constituição, o intérprete de normas de linguagem elástica, na sua valoração, não pode escolher arbitrariamente um dos lados, utilizando-se de valores morais e políticos próprios, já que não há hierarquia entre normas constitucionais, e sim, argumentativamente, no caso concreto, pela ponderação e uso de proporcionalidade definir a saída, no caso específico, mais condizente com a Constituição (BARROSO, 2016).

A ideia básica e acertada de Alexy (2006)³⁵, portanto, entre princípios e regras é a de que estas são aplicadas via subsunção, e aqueles são objetos de sopesamento.³⁶ Está claro que a criação e a sua aplicação dependem da atuação de um sujeito, seja o legislador ou o intérprete. Apesar de a comunidade jurídica conservadora invocar a diferença entre direito e política, o que é correto, não se pode deixar de mencionar que eles se complementam.

3.8 Qual é o “poder” que legitima os interesses do povo?

Abrindo um parêntese acerca do “poder” é preciso a consciência de que o mesmo não pode ser de uma pessoa específica, de uma instituição determinada, mas, como definido por Foucault na microfísica do “poder”, difuso. Com isso, em todo o sistema social em que vigora uma democracia há uma interpenetração de “poderes” visíveis onde o povo de um Estado deve ser chamado a participar. É o controle da opinião pública. (BOBBIO, 1999, p. 204-206).

³⁵ “[...] Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a exigência do sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas [...] A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamento de otimização em face das possibilidades fáticas.” (Alexy, 2006, p. 117 e 118).

³⁶ “[...] 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 [...] A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão de precedência seja resolvida de forma contrária. [...]” (Alexy, 2006, p. 95 e 96).

Um poder³⁷ constituído não pode camuflar uma lei, uma decisão, uma escolha de políticas públicas em princípios constitucionais quando, na verdade, o que se quer é alcançar objetivos obscuros. Não significa, deixando claro, a expressão opinião pública como sinônima de pressão para atender aos anseios de poucos, de alguns ou de muitos, mas de todos, ainda que, com proporcionalidade, haja restrições.

Assim, a forma de exercício do “poder” na democracia, não pode ser confundida com poder autocrático ou invisível, sendo fundamental o controle do poder. Como diz Bobbio (1999, p. 208):

[...] O poder autocrático foge do controle público de duas maneiras: ocultando-se, ou seja, tomando suas próprias decisões no ‘conselho secreto’ e ocultando, ou seja, através do exercício da simulação ou da mentira considerada como instrumento lícito de governo [...].

Exemplificando, deve-se notar que o legislador ordinário, com o argumento genérico do interesse público, não deve restringir direitos sociais em tempo de crise econômica minorando 1/3 (um terço) de férias, 13º salário, diminuição de vencimentos, etc., pois a expressão interesse público não pode ser usada de forma absoluta, como também não deve ser instrumento para camuflar atos estatais escusos.

Diante disto, surge o seguinte questionamento: o Poder Judiciário, localizando-se na outra ponta do *iceberg*, está pronto para atuar em caso de omissões ou restrições indevidas a direitos fundamentais por parte dos demais poderes ou deverá permanecer inerte, mesmo provocado, face aos princípios democráticos e a separação de poderes?

É preciso lucidez para procurar entender o motivo da proeminência do Poder Judiciário, diante do avanço do direito na política, o que amplia o leque dos tribunais em relação ao parlamento, e se essa situação de ativismo judicial ou de judicialização da política rompe ou não com bases democráticas por possibilitar a pessoas não eleitas, magistrados, o poder de interferir em ações ou omissões de representantes eleitos pelo povo, tudo, com uma nítida atenção aos direitos sociais em tempo de crise econômica.

³⁷ Na opinião do escritor francês Paul Valéry poder: “É o instituto do abuso do poder que faz sonhar com tanta paixão com o poder. O poder sem o abuso perde o encanto.” (VEJA, 2015, p. 39)

Na temática desta dissertação, ter clareza sobre o papel dos poderes na democracia, com o adendo de que uma atuação emancipada do Poder Judiciário pode estar umbilicalmente ligada à transformação da terminologia clássica de democracia legicêntrica pela judicial.

Como visto, essa mudança não se dará pelo puro e simples argumento do trespasse da soberania popular (identidade da lei) para juízes não eleitos pelo voto direto. Em não havendo uma fundamentação plausível do Poder Judiciário, frise-se, sua atuação será ilegítima, no momento em que desconstituir ou regulamentar escolhas ou omissões advindas dos representantes populares.

Assim, é preciso o equilíbrio para entender que os integrantes do Poder Judiciário, assim como os membros do Poder Legislativo, pela própria natureza são falíveis, e, portanto há um risco em depositar a manutenção de uma sociedade, unicamente, no direito interpretado pelos magistrados ou no direito legicêntrico dos parlamentares. Impera a dificuldade em fixar qual a melhor forma de mesclar a democracia e o constitucionalismo.

Os poderes republicanos, inerentes ao povo, passam pela evolução do naturalismo ao pós-positivismo, pois fincados na diferenciação entre a lei e o direito na ótica do reencontro com a moral, e, por isso, não sendo o juiz apenas a boca que pronunciava as palavras da lei, tampouco o Judiciário um poder nulo e invisível (MONTESQUIEU, 1999, p. 170-178).

O Poder Judiciário, através de um Tribunal Constitucional ou de uma Suprema Corte, com o advento da constitucionalização de inúmeros direitos, passou a ter legitimidade e competência de apreciar questões políticas, mas que também são jurídicas de índole constitucional.

A Constituição da República Federativa do Brasil, tratada como normativa, traz no seu bojo como direitos fundamentais à saúde e à moradia. Caso uma lei ordinária³⁸ vá de encontro a esses direitos, não se valendo da proporcionalidade, ou omitindo-se injustificadamente é perfeitamente possível a atuação judicial, em sede de controle de constitucionalidade, que venha demonstrar um claro avanço do direito em relação à política (BARROSO, 2009).

³⁸ Nesse contexto, o grande jurista brasileiro Ruy Barbosa: “A Constituição é a vontade direta do povo. A lei, a vontade dos seus representantes [...]. Entre duas delegações legislativas de eminência desigual, a constituinte e a ordinária, o tribunal, inclinando-se à segunda, implicitamente inverteria a ordem racional, traduzida no preceito elementar de que, entre as prescrições antinômicas de duas autoridades de categoria diversa, a menos alta cede à mais elevada.” (BARBOSA, 1932, p. 77).

3.9 Tribunal Constitucional ou Suprema Corte: Breves noções do controle de constitucionalidade e a jurisdição

Em uma brevíssima pincelada no controle de constitucionalidade é preciso distinguir os atores do controle político do controle judicial, eis que o primeiro ficará ao alvedrio dos Poderes legislativo e Executivo e o último, pela própria terminologia, não carece de uma maior explicação.

O controle político no Brasil está explícito através do veto jurídico por parte do chefe do Poder Executivo que considere um projeto de lei inconstitucional, bem como pela Comissão de Constituição e Justiça que faz parte do Poder Legislativo e tem a atribuição de desconsiderar um projeto de lei contrário à Constituição³⁹.

Excepcionalmente, o controle prévio poderá ser feito pelo Poder Judiciário quando um parlamentar negar-se a participar da análise de uma espécie normativa, cujo processo legislativo esteja em desconformidade com o contido na Constituição. Este direito público subjetivo do parlamentar deverá ocorrer, somente, pela via de exceção, pelo controle difuso.

Nas lições de Nunes Junior e Araújo (2015, p. 25), *litteris*:

[...] O Supremo Tribunal Federal [...] tem entendido que o controle preventivo pode ocorrer pela via jurisdicional quando existe vedação na própria Constituição ao trâmite da espécie normativa. Cuida-se, em outras palavras, de um 'direito função' do parlamentar de participar de um processo legislativo juridicamente hígido. Assim, o §4 do art. 60 da Constituição Federal veda a deliberação de emenda tendente a abolir os bens protegidos por cláusula pétrea. No caso, o que é vedado é a deliberação, momento do processo legislativo. A Mesa, portanto, estaria praticando uma ilegalidade se colocasse em pauta tal tema. O controle, nesse caso, é pela via de exceção, em defesa de direito de parlamenta [...].

Soma-se a isso, a competência do Congresso Nacional que se manifestará sobre o mérito, pressupostos constitucionais, em ressalva ao sistema posterior jurisdicional de constitucionalidade, das medidas provisórias adotadas pelo Poder Executivo, e a possibilidade da Administração Pública deixar de cumprir uma lei que repute inconstitucional (SOUZA; SARMENTO, 2013, p. 26).

³⁹ É o controle prévio ou preventivo de constitucionalidade efetuado pelo Executivo e pelo Legislativo, diversamente do controle posterior ou repressivo que, em regra, é o jurisdicional misto realizado pelo judiciário de maneira difusa ou concentrada.

Questiona-se: Há a necessidade, diante destes controles políticos de constitucionalidade realizados pelos poderes eleitos democraticamente, de uma jurisdição constitucional? A resposta deve ser dividida em duas, quer dizer: pragmaticamente enquanto houver uma previsão constitucional do controle jurisdicional de constitucionalidade, de uma Suprema Corte ou de um Tribunal Constitucional, e a Constituição for norma jurídica é imprescindível a jurisdição constitucional, sob pena das regras do jogo democrático serem impostas independentemente do seu conteúdo, o que é um risco para as minorias. Em não havendo uma previsão constitucional ou mudando a já existente, a sociedade deverá confiar única e exclusivamente nos seus eleitos.

Uma visão primeira da Europa previu, em sede de jurisdição constitucional, o controle abstrato formal de constitucionalidade judicial em uma nítida distinção, na teoria pura do direito, entre estática jurídica que é ligada ao conteúdo do direito que será previsto na norma, e a dinâmica jurídica que é referente ao procedimento produtivo da norma.

O perfil seguido da época foi o segundo (dinâmica jurídica), no instante em que uma norma deve ser a mola mestra de produção de outra norma jurídica, ou seja, deve haver uma verticalização⁴⁰ da ordem jurídica, sem esquecer que uma lei ordinária ou complementar não pode alterar uma Constituição diante do seu caráter rígido, mais exigente (KELSEN, 1984, p. 312-313). É necessária, então, uma espécie normativa diferenciada como é o caso da emenda à constituição.

O contorno ora esmiuçado é o da sobreposição da forma sobre o teor substancial, o que difere no estágio atual do Estado Democrático de Direito em que os participantes do sistema de justiça, especialmente o magistrado, obrigatoriamente atuará sem perder de vista a validade ou não de uma lei. É o definido na expressão de Streck (1999) como o conteúdo material da Constituição.

O filósofo e sociólogo Alemão Habermans fora preciso ao afirmar que a jurisdição constitucional deve realmente ter o cuidado necessário com as minorias, porém isso não avaliza que a sociedade seja fragmentada (COELHO, 2010, p. 18). Enfim, quem deve ser o guardião de uma Constituição? A resposta é, *in totum*, divergente a partir das ideias formuladas por Kelsen e Schmitt.

⁴⁰ “A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada.” (KELSEN, 1984, p.310)

O questionamento que surge de plano é identificar até que ponto, por exemplo, alguns direitos sociais das minorias devem ser resguardados em face das majorias em tempo de crise econômica? A pista está entrelaçada no debate da fundamentalidade ou não dos direitos sociais como questões políticas e jurídicas, na possibilidade ou não da capacidade criativa do juiz, sua legitimidade, e a observância e a escolha de princípios constitucionais que deverão, em determinada situação, prevalecer.

Respondendo à inquirição do legitimado para ser o zelador de uma Constituição, Kelsen (2003), defende a criação de um órgão autônomo: Tribunal Constitucional com monopólio para tratar de matérias constitucionais, sobretudo, diante da supremacia da Constituição, o que faz a compatibilidade da legislação infraconstitucional com o Texto Maior.

Assim, agiriam os integrantes da Corte como um “legislador negativo”, invalidando atos normativos contrários à Constituição, mas sem a possibilidade dos juízes integrantes da Corte Constitucional atuarem como “legisladores positivos.”

Por sua vez, Schmitt entendeu que essa tarefa deveria ficar a cargo do legislador em virtude da natureza política da missão (LEAL, 2007). O paradigma Kelsiano das cortes constitucionais concentradas visou combater o modelo difuso americano de controle da constitucionalidade em que há uma descentralização da revisão judicial, com o nítido receio de que o aumento do poder concedido aos juízes acarretasse uma interferência indevida nos demais poderes, ou melhor: um “governo dos juízes.” Desse modo, o sistema concentrado campeou o balanceamento entre o controle judicial das leis e a vontade política majoritária⁴¹.

As Cortes Constitucionais no paradigma em que foram concebidas são órgãos destacados do Poder Judiciário, e não coincidindo com os tribunais superiores, portanto devem possuir uma natureza mais política na escolha dos seus integrantes, por exemplo, indicação do Presidente da República com a aprovação do Poder Legislativo ou por indicação do próprio Estado-Legislação, sendo o ministro do Tribunal Constitucional um “legislador às avessas”, com um mandato, e sem vitaliciedade, justamente porque é preciso haver, de tempos em tempos, uma

⁴¹ Em países que adotam esse modelo, processos na justiça comum podem até suscitar uma questão constitucional. Entretanto, os juízes são obrigados a suspender esses casos e requerer da Corte Constitucional (que detém o monopólio) uma decisão sobre a questão levantada. Os órgãos judiciais comuns nesses países não podem decidir sobre a (in) constitucionalidade das leis que aplicam aos casos concretos que estão examinando. (ARANTES, 2004, p. 91).

avaliação política, de opinião pública, de modelo interpretativo, etc. (ARANTES, 2004, p. 92).

A figura do Tribunal Constitucional deverá aproximar-se do legislador como sendo seu complemento e, desse modo, não analisar uma situação com concretude - típica do Poder Judiciário -, e sim com a abstração inerente ao Poder Legislativo através do reconhecimento da anulabilidade da lei inconstitucional com efeitos *erga omnes* e *ex nunc*.

Diversamente, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal não é um Tribunal Constitucional, é parte integrante do Poder Judiciário como órgão de superposição, ou seja, além de não pertencer a nenhuma justiça (federal, estadual, militar, eleitoral e trabalhista), as suas decisões estão acima do que for decidido pela justiça comum e especial (DINAMARCO, 2013, p.368).

A Suprema Corte Brasileira é um órgão de cúpula do Poder Judiciário, e ao mesmo tempo faz às vezes de um Tribunal Constitucional. Além de ser uma casa de justiça para decidir questões criminais inerentes a altas autoridades brasileiras que se “arrastam” há anos e, inexplicavelmente, na maioria dos casos, só são extintas pelo advento da prescrição.

Compete, ainda, ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade abstrata de leis e atos normativos federais e estaduais em face da Constituição, na inconstitucionalidade por omissão, na ação declaratória de constitucionalidade, na arguição de descumprimento de preceito fundamental, no controle difuso de constitucionalidade em sede de recurso extraordinário, no mandado de injunção etc., o que reforçou seu alcance político, sobremaneira pelas emendas constitucionais nº(s) 3/93 e 45/05, como também pelas leis nº(s) 9.868/99 e 9.882/99 (VIEIRA, 2008, p.441).

Em uma pendenga concreta, acerca de uma possível inconstitucionalidade de uma lei, ou mesmo diante de uma omissão legislativa, como no caso da regulamentação, no Brasil, do direito de greve no serviço público, o Supremo Tribunal Federal afastou-se da essência da intenção do jurista austríaco.

O artigo 37, inciso VII⁴², da Constituição brasileira, refere-se ao direito de greve dos servidores públicos que deve ser regulamentado por lei específica (norma de eficácia limitada). Assim, este direito, desde 1988, até o ano de 2007, ficou

⁴² Segue texto do inciso: “O direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.” Sítio: www.planalto.gov.br.

estagnado por ausência de publicação e promulgação de lei sobre o assunto. Diante disso, o Poder Judiciário foi provocado através dos Mandados de Injunção nº(s) 670, 708 e 712 para decidir matéria de competência do Poder Legislativo.

Diante da omissão do legislador, o mandado de injunção, utilizado em sede de controle difuso, com previsão no artigo 5º, inciso LXXI, da CRFB, deverá ser concedido sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Melo, o mandado de injunção deve:

[...] supra, preencha as omissões atribuíveis aos outros poderes da República, omissões inconstitucionais [...]. Viola-se de maneira positiva a Constituição, portanto por inércia, por omissão, deixando de fazer aquilo que a Constituição proíbe, mas viola-se negativamente a Constituição, portanto por inércia, por omissão, deixando-se de fazer aquilo que a Constituição determina e impõe⁴³.

A Suprema Corte brasileira, em 25 de outubro de 2007, por maioria de seus ministros decidiu, diante da “descrença na Constituição Federal” pela inércia, aplicar a Lei de Greve da iniciativa privada aos servidores públicos⁴⁴ (Lei nº 7783/89).

Um fator de destaque nos julgamentos dos Mandados de Injunção citados, fora a mudança de posicionamento da Suprema Corte brasileira, no sentido de deixar de reconhecer a teoria não concretista que é pautada na possibilidade do judiciário apenas decretar a mora do poder omissor com o reconhecimento formal da inércia; ou a teoria concretista individual intermediária, a qual fixava um prazo para o legislativo regulamentar a matéria e, decorrido o interregno temporal, o autor seria assegurado no direito; para reconhecer a teoria concretista geral em que o Supremo Tribunal Federal legisla no caso concreto e a decisão possui efeitos *erga omnes* até o surgimento de lei sobre o assunto, o que, até o presente momento, em relação ao direito de greve, não aconteceu (LENZA, 2012, p. 1056).

Na situação em comento, a mais alta corte judicial brasileira atuou de maneira positiva, ativista, com uma sentença de cunho aditivo para resguardar direitos fundamentais adormecidos há décadas, tendo como principal justificativa o fato dos direitos e garantias fundamentais terem aplicabilidade imediata (MENDES,

⁴³ Notícia do Supremo Tribunal Federal [...]

⁴⁴ Notícia do Supremo Tribunal Federal [...]

2012, p. 212). O que causou espanto foi à atribuição de efeitos *erga omnes* em controle difuso de constitucionalidade, ou seja, uma verdadeira abstrativização do mesmo.

Em relação ao aviso prévio proporcional dos trabalhadores com previsão no artigo 7º, inciso XXI, da CRFB, também houve a interposição do Mandado de Injunção, todavia o Congresso Nacional brasileiro, diante do vexame do direito de greve, adiantou-se e regimentou o instituto através da Lei nº 12.506/2011 (LENZA, 2012, 1055).

Para alguns, o reconhecimento da supremacia da Constituição deve estar em harmonia com a soberania legislativa, diante de um receio instigado pelo romantismo da Escola Livre de Direito, sobretudo na Alemanha, onde os juízes seriam resistentes à lei (ENTERRIA, 1958, p.58). É o que pode chamar-se de um controle de constitucionalidade pela metade.

Torna-se importante compreender se em um Tribunal Constitucional ou se em uma Suprema Corte as suas funções devem ser políticas ou jurídicas. Tecnicamente, a Corte Constitucional seria politizada e a Suprema Corte, não.

[...] Os tribunais desempenham um papel importante na vida democrática, mas não o papel principal [...] demarcar o papel das cortes constitucionais. Ronald Dworkin referiu-se a “fórum de princípios.” Em uma sociedade democrática, algumas questões decisivas devem ser tratadas como questões de princípios – morais ou políticos – e não como uma questão de poder político, de vontade majoritária. São elas as que envolvem direitos fundamentais das pessoas, e não escolhas gerais sobre como promover o bem-estar social. Já John Rawls explorou a idéia de “razão pública.” Em uma democracia pluralista, a razão pública consiste na justificação das decisões políticas sobre questões constitucionais essenciais e sobre questões de justiça básica, como os direitos fundamentais [...].” (BARROSO, 2016).

Apesar de não ser a ponta do iceberg do trabalho é importante uma breve digressão sobre a composição do Supremo Tribunal Federal brasileiro⁴⁵ que, como já explanado, não entra na categoria exclusiva de Tribunal Constitucional, mas, mesmo assim, possui competência para apreciar a constitucionalidade das normas, sendo um órgão da jurisdição constitucional.

Sendo assim, a designação de parte dos integrantes de uma Suprema Corte deveria ocorrer da seguinte maneira: 05 (cinco) ministros seriam escolhidos pelo

⁴⁵ Foi criado pelo Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890.

Poder Judiciário, dentre os juízes de carreira, por critérios de antiguidade e merecimento.

Os demais componentes do STF (Supremo Tribunal Federal)⁴⁶ poderiam ser designados da seguinte forma: 02 (dois) pelo Presidente da República, 02 (dois) pela Câmara dos Deputados, e 02 (dois) pelo Senado Federal. Nos últimos dois casos pela maioria qualificada de 2/3 de deputados e de senadores. Em sendo assim, haveria maior respeito e, conseqüentemente, paridade entre os poderes executivo, legislativo e judiciário, não perdendo o equilíbrio entre assuntos jurídicos e políticos.

É preciso fazer um complemento, no sentido de que aos ministros do núcleo político escolhidos não deve ser garantida a vitaliciedade pelo fundamento já expandido (político), diante da importância de, periodicamente e politicamente, haver um “juízo popular”, obviamente pelos representantes eleitos, da atuação de um ministro, o qual, indiretamente, representa a população, como também o período dos mandatos destes ministros não deve coincidir, na íntegra, com os dos integrantes dos órgãos que os escolheram.

Assim, não havendo mais o porquê do argumento da ausência de legitimidade da Suprema Corte brasileira por falta de representatividade oriunda da população, ou pela afirmação, segundo a qual os ministros do Supremo Tribunal Federal julgam sem convicção, sem independência, mas como reconhecimento de serem escolhidos do Presidente da República ou pelo Congresso Nacional, os quais foram eleitos pelo voto popular (MIRANDA, 2012, p. 16).

Na escolha política de um ministro que comporá a mais alta corte de um país, no Brasil, tem-se levado em consideração a linha partidária ou a sua convicção ideológica. No aspecto político é aceitável, desde que a discricionariedade seja regrada e os integrantes da corte tenham a plena consciência da função a ser desempenhada, o que será salutar a uma democracia (FERREIRA FILHO, 2012, p. 23).

A ressalva a ser feita em relação às nomeações por intermédio do Presidente da República com a aprovação do Senado Federal, ou por indicação

⁴⁶ Sobre a mudança da forma de composição do Supremo Tribunal Federal há algumas propostas de emendas constitucionais, dentre elas: nº 342/09, 408/09 e 434/09 que, dentre algumas mudanças, estariam o fim da vitaliciedade e o mandato de 11(onze) anos para os ministros, e as escolhas passariam pelo Congresso Nacional, Câmara dos deputados e Presidente da República.

única e exclusiva da casa legislativa⁴⁷ de um Tribunal Constitucional e, principalmente, de uma Suprema Corte, é que não podem valer-se indistintamente, apenas, de uma linha ideológica e do partido seguido entre escolhidos (criatura) e os que nomearam (criador).

Caso o Brasil, mediante proposta de reforma constitucional, venha a adotar o modelo de um Tribunal Constitucional as escolhas deverão ocorrer em um sistema misto⁴⁸ entre juízes de carreira não advindos do 5º (quinto) constitucional e juristas, mas com as seguintes ressalvas: 06 (seis) ministros designados, meio a meio, pela Câmara dos Deputados e Senado Federal pela maioria qualificada de 2/3, 02 (dois) ministros escolhidos pelo Presidente da República, e 03 (três) ministros cooptados, dentre juízes, pelo próprio Tribunal.

O desenvolvimento sobre a composição dos Tribunais Constitucionais e das Supremas Cortes acompanhará a seguinte ressalva: os juízes escolhidos devem ser

⁴⁷ Com propriedade, Hamilton escreveu sobre as escolhas de ministros de Tribunais Constitucionais escolhidos pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo: “[...] sempre haja uma grande probabilidade de conseguir que ocupe o posto um homem de mérito, ou ao menos digno de respeito. Partindo dessa premissa, se estabelece a regra de que um homem de bom juízo (o Presidente) está mais capacitado para analisar e valorar as qualidades peculiares convenientes aos distintos cargos, do que um colegiado de homens de igual ou até mesmo de melhor critério que ele (o Presidente). [...] A responsabilidade única e indivisa atribuída a apenas um homem dará naturalmente como resultado um sentido mais vivo do dever e um cuidado mais apurado com sua reputação. Por isso se sentirá mais fortemente obrigado e terá mais interesse em apurar de forma mais detida as qualidades necessárias para os postos que devem ser preenchidos, e imparcialmente preferirá aquelas pessoas que, por justiça, mereçam os cargos. Terá menos comprometimentos pessoais a satisfazer do que um colegiado, cujos membros individualmente terão seus comprometimentos pessoais [...] Um homem bem intencionado (o Presidente) não é vítima da confusão e da desorientação que frequentemente são detectadas nas decisões de entidade coletivas, como consequência da diversidade de opiniões, sentimentos e interesses que as perturbam e desviam [...]” Sobre a nomeação do Presidente da República com a aprovação da Câmara Alta diz, ainda, o autor: “[...] A necessidade de sua colaboração terá um efeito considerável, embora em geral pouco visível. Constituirá um excelente freio ao favoritismo presidencial e tenderá, marcadamente, a impedir designações pouco adequadas, feitas no interesse de certas localidades, ou por questões familiares ou com o fim de obter mais popularidade. Tal cooperação senatorial seria fator de estabilidade na administração [...] caso a atribuição de nomeações coubesse exclusivamente a um único homem, mais facilmente ele se deixaria governar por seus interesses e inclinações pessoais do que se estivesse obrigado a submeter o acerto de sua escolha à discussão e resolução de um colegiado distinto e independente e sendo este colegiado um ramo do Legislativo, fazendo com que a possibilidade do fracasso servisse de alicerce poderoso para proceder com cuidado nas suas proposições. O perigo para a sua reputação e carreira política com intenções desvirtuadas nas indicações, intenções estas expostas pela Casa Legislativa que teria grande influência na formação da opinião pública, constituiria uma barreira para que o Presidente assim agisse. Teria o Presidente vergonha e temor de propor para os cargos mais importantes pessoas sem mérito para ocupá-los, indicadas apenas por razões pessoais, com pessoas provenientes de seu Estado-Membro [...]” (HAMILTON, 1994, p. 322-324).

⁴⁸ “Com isto, não defendo que juízes de carreira não devam fazer parte do Tribunal Constitucional. Pelo contrário, acho que é muito conveniente que façam parte, pela conveniência que desenvolvem com juristas acadêmicos, pela troca de experiências que isso permite e pela recíproca abertura a diversos modelos de encarar as questões, pelo pluralismo, em suma, que, sob esse aspecto, o Tribunal adquire [...]” (MIRANDA, 2012, 19).

de carreira, e oriundos dos tribunais estaduais e federais, pois os assuntos políticos constitucionais são igualmente jurídicos. Confere-se, assim, o equilíbrio e a harmonia entre os poderes da república, sendo uma tentativa de evitar os favoritismos e as mediocridades palacianas, pois se vive, em parte do mundo, em democracias pouco consolidadas.

As escolhas de ministros de Tribunais Constitucionais ou de Supremas Cortes não deverão pautar-se, exclusivamente, pela partidarização ou ideologização, mas pela competência profissional e conduta moral do nomeado. Por isso, necessária a periodicidade do mandato de um ministro da mais alta corte de justiça de um país democrático, sobretudo para evitar que ocorra nomeações exageradas por parte das mesmas autoridades, e riscos a imparcialidade nos julgamentos.

[...] De todo o modo, escolhido o juiz, também é certo que a sua mundividência (liberal, conservadora ou outra) e a sua pré-compreensão metodológica (“interpretativista” ou “não interpretativista”) não deixarão de se reflectir nas suas decisões e, muito especialmente, naquelas que tenham maior relevância política. Todavia, como bem recorda Dworkin, a independência judicial não consiste na ausência de convicções e opiniões prévias por banda dos juízes, mas na sua disposição para ponderar os argumentos de ambos os lados e para, em face do seu valor relativo, eventualmente alterar as suas posições iniciais [...]. (RANGEL, 2001, p. 69-70).

Como se vê, a preocupação não é evitar a despolitização nas nomeações dos ministros de Supremas Cortes ou Tribunais Constitucionais em razão de ser inerente ao cargo, mas sim que essa politização não interfira em um julgamento pautado na garantia de direitos fundamentais e princípios constitucionais, diante da mistura que existe nestes órgãos de atribuições político-jurídico⁴⁹.

Toda a situação explanada é delicada, no momento em que o Supremo Tribunal Federal brasileiro passa a exercer questões políticas, apesar de não ser um Tribunal Constitucional. Entretanto, é justificável, por exercer cumulativamente às funções jurídico-políticas.

⁴⁹ No ano de 2003, a Comissão de Constituição Justiça e Cidadania do Senado Federal brasileiro sobre a indicação do Presidente da República na mensagem presidencial nº 96/2003, ao cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, apresentou o seguinte relatório: “[...] não devemos esquecer que esse Tribunal é, por sua própria função de Corte Constitucional, um Tribunal político-jurídico. Isto porque a sua matéria-prima de trabalho, a Constituição da República, é um documento político-jurídico composto por institutos, princípios e regras que admitem, alguns, estrita tradução jurídica, e outros que permitem a até exigem leitura sociológica, política e econômica.”

Novais é categórico ao afirmar que, diante da previsão constitucional, independentemente das críticas que possa haver em relação ao modelo do Tribunal Constitucional é seu o dever de atuar quando haja descompasso dos Poderes Legislativo e Executivo com a Constituição: “Portanto, querendo governar, só podem fazê-lo em conformidade com os comandos constitucionais na interpretação que lhes for dada pelo Tribunal Constitucional [...]” (NOVAIS, 2014, p. 20).

Neste diapasão, os ministros e juízes, a depender do sistema de controle de constitucionalidade adotado devem basear-se em decisões e atuações jurídicas com observância dos princípios constitucionais, caso contrário não há sentido algum no controle concentrado de constitucionalidade, a não ser o aumento de despesas aos cidadãos que bancam todos os gastos de um Tribunal Constitucional ou de uma Suprema Corte e, principalmente pela grave ofensa à democracia.

Em não havendo uma atuação imparcial do Poder Judiciário, dever-se-á o caso ser solucionado no âmbito do próprio Poder Legislativo (controle político), *interna corporis*. É a própria Casa de Leis tendo a competência de, preliminarmente, reconhecer de maneira vinculante a todos os poderes a compatibilidade ou a incompatibilidade de um projeto de lei ou de um ato normativo com a Constituição.

Nesse caso, o povo, titular do poder constituinte, em havendo discordância com o seu representante, ficaria refém da próxima legislatura, ou restaria atuar como instrumento de pressão política, como verdadeiro poder moderador, para que houvesse a revogação da lei pelo Poder Legislativo na mesma legislatura.

Pode-se, então, perguntar: como ficariam os direitos das minorias? Em um sistema de controle de constitucionalidade em que os integrantes das Cortes Constitucionais ou das Supremas Cortes ou de juízes monocráticos que não se valham de princípios constitucionais, e sim de favores políticos, as minorias sempre ficarão desprotegidas.

Em sentido oposto ao de Kelsen, é o entendimento do alemão Schmitt (1983) que desconsiderava a possibilidade do Poder Judiciário efetuar o controle de constitucionalidade das leis, na medida em que haveria uma indevida politização da justiça diante de normas constitucionais indeterminadas. Para o último autor, a competência sobre a constitucionalidade ou não de uma legislação deveria ser conferida ao Chefe de Estado. Esse pensamento incidirá no problema já aventado da marginalização das minorias, e, por lógica, de rejeição ao pluralismo.

Dito isto, deve-se reiterar que em questões político – jurídicas a atuação do Poder Judiciário tem que ser essencialmente jurídica e, com essa filosofia, as minorias políticas representadas, por intermédio do controle de constitucionalidade, terão a chance não só de divergir, isso porque, a depender da situação discutida, poderão assegurar direitos em face da política representativa majoritária. Há posicionamento, os quais, no mais tardar, serão desabrochados que duvidam da essência jurídica das decisões emanadas dos integrantes de um Tribunal Constitucional ou de uma Suprema Corte.

Trata-se de uma dicotomia na teoria constitucional formada por aqueles que reconhecem a dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário, e por outros que não visualizam nenhum entrave contramajoritário. Este último, baseando-se na diferenciação entre a representação político-eleitoral da representação argumentativa⁵⁰; e, por fim, também há quem distinga democracia como vontade da maioria, ou como respeito a direitos fundamentais de toda e qualquer pessoa (DWORKIN, 2006).

Todo esse arcabouço gerará espelhos no reconhecimento ou não da inconstitucionalidade de leis que alterem direitos sociais em tempo de crise econômica pela *judicial review*, eis que, assim como os legisladores e gestores, os agentes políticos, juízes constitucionais, são sujeitos a erros e paixões.

O que definirá o sistema da jurisdição constitucional como efetivo é o grau de atuação da sociedade no instante em que ocorrer ofensas a direitos básicos fundamentais entabulados em uma Constituição, quando o poder político não priorizar os interesses da sociedade. É o que se denomina de sentimento constitucional (LOEWENSTEIN, 1976, p. 200).

Em havendo uma Constituição meramente simbólica (NEVES, 2007), de fachada e sem verdade⁵¹, na prática, não possuirá força normativa alguma e, com

⁵⁰ Através de Robert Alexy surgiu a figura da representação argumentativa: “A proposição fundamental ‘todo poder emana do povo’ exige conceber não só o parlamento como, ainda, o tribunal constitucional como representante do povo. A representação ocorre, certamente, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem mais um caráter idealístico do que aquela do parlamento. O cotidiano da exploração parlamentar contém o perigo de que maiorias imponham-se desconsideradamente, emoções determinem o que ocorre, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidos erros graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo, mas em nome do povo, contra os seus representantes políticos”(ALEXY, 1999, p. 53-54).

⁵¹ Sobre a matéria Canotilho esclarece: “A história demonstra que muitas constituições ricas na escritura de direitos eram pobres na garantia dos mesmos. As ‘constituições de fachada’, as ‘constituições simbólicas’, as ‘constituições álibi’, as ‘constituições semânticas’, gastam muitas

isso, sendo sempre dependente de regras ou de autorizações legislativas para o reconhecimento de um direito fundamental (HESSE, 1991). É perceptível, sob esse ângulo, constantes desrespeitos a um texto constitucional por autoridades políticas e pela própria sociedade, ensejando uma jurisdição constitucional frágil e sem utilidade.

3.10 A transformação na roupagem do juiz cartesiano e o princípio da proporcionalidade: realidade ou desrespeito ao titular do poder constituinte e seus representantes?

É cognoscível, nas democracias contemporâneas e em constante ebulição fática de acontecimentos, a transformação do pensamento cartesiano de juízes subsuntivos para um patamar diferenciado e formado pelas seguintes características: atuação proativa do Poder Judiciário, hermenêutica constitucional visando o surgimento e a garantia de direitos, a presença do “legislador positivo”, a constitucionalização de direitos em razão de um texto constitucional analítico e detalhista, a necessidade de imiscuir-se elementos formais e materiais do direito, o aumento dos direitos fundamentais, a organização da sociedade civil, e a globalização exacerbada do acesso à justiça.

Outrossim, diante da crise acometida aos Poderes Legislativo e Executivo, a sociedade passou a depositar no Poder Judiciário todas “as fichas” para a solução das suas carências e dos seus anseios, daí vê o juiz como um “salvador da pátria”, como um referencial de autoridade acerca de questões, anteriormente, ancoradas pelos poderes eleitos (MAUS, 2000).

Pode-se destacar a filosofia de Dworkin (2002)⁵² no momento em que equipara um juiz à figura mitológica de Hércules, o semideus de força comum, daí

palavras na afirmação de direitos, mas pouco podem fazer quanto à sua efectiva garantia se os princípios da própria ordem constitucional não forem os de um verdadeiro Estado de direito. Isto conduz-nos a olhar noutra direção: a dos princípios, bens e valores informadores e conformadores da juridicidade estatal.” (CANOTILHO, 2000, p. 20).

⁵² Diz Dworkin: “Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filósofo construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de

uma decisão judicial possuirá certeza, segurança, moralidade, e justiça, ou seja, caracterizar-se-á em casos difíceis e lacunosos e, por sua vez, o julgador, diante de um conflito aparente de princípios, apresentará as “respostas judiciais certas” que não devem ser entendidas com a correta no plano global do que seja direito, mas que, naquele instante, é a mais aceitável.

A situação é bastante delicada, a uma, por que o magistrado, mesmo exercendo a jurisdição constitucional, caso não atenda aos anseios sociais será responsável por todas as mazelas postas que, na origem, é da competência dos poderes políticos tradicionais; a duas, por que em o magistrado assegurando a satisfação popular será “acusado” de ter cometido ingerência indevida nos demais poderes, com a diminuição do espaço de ação do legislador e do executor democraticamente eleitos.

Isso ocorre, na maioria dos casos, em virtude de ponderações díspares, principalmente entre legisladores e julgadores, bem com a agravante de não haver mais a possibilidade de outro controle sobre a última palavra que é ponderada por concepções subjetivas e não objetivas pela instância judicial (PULIDO, 2007, p. 196-199).

É preciso então fazer a pergunta criada pelo jurista norte-americano Waldron (2006, p. 1348): “os juízes devem ter a autoridade para derrubar legislação quando eles estão convencidos que ela viola direitos individuais?” Para o autor, em uma sociedade livre e democrática, é inconcebível que haja uma interferência, uma revisão da legislação pelo julgador, eis que o processo legislativo é capaz de resguardar os direitos das minorias, não tendo que se falar na figura da “opressão das maiorias.”

Em alguns países, por exemplo, a legislação reconhece o direito ao casamento entre casais do mesmo sexo, descriminaliza o aborto e o uso da maconha, veda a pena de morte e de caráter perpétuo, etc.. Entretanto, em outras nações, o legislativo é omissivo sobre as mesmas matérias, e diante da instabilidade social causada o judiciário é instigado a regulamentar assuntos políticos com argumentação jurídica.

O raciocínio acima é compreensível em um mundo ideal em que as instituições representativas democráticas resolvem os desacordos políticos, também

seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (rationale), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo.” (DWORKIN, 2002, p. 165).

jurídicos, relacionados a direitos fundamentais⁵³, e de forma comprometida com o interesse de todos. Apesar dessa constatação, não é fácil concluir, fora a previsão constitucional, ser o Poder Judiciário, diante dessa situação, o legitimado irretocável para solucionar tais desacordos.

Nas regulamentações e restrições de direitos sociais pelo legislador é possível, por exemplo, que um Tribunal Constitucional ou uma Suprema Corte possuam mecanismos que constatem lesões a esses direitos, ou, como afirmado por Waldron (2006), o desacordo será definido pelo legislador.

Antes de penetrar nas figuras do ativismo judicial e da judicialização da política é preciso clarificar que, diante de uma afetação legiferante de direitos sociais em tempo de crise econômica, quem deve resolver os conflitos entre direitos fundamentais, fique bem claro, é o legislador mediante a ponderação. Contudo, nada obsta, para alguns, que a jurisdição constitucional utilize-se do princípio da proporcionalidade como elemento medidor do raciocínio ponderativo⁵⁴.

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou proibição do excesso, nascido na Alemanha, após a segunda guerra mundial, mesmo sem previsão constitucional, foi desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Alemão como princípio de estado de direito. Assim, os atos dos poderes públicos não poderiam ser ilimitados na elaboração das leis, *mutatis mutandis*, como no Estado Absolutista (CANOTILHO, 2000, 268).

Assim sendo, o princípio da proporcionalidade deve ser visto sob dois aspectos, o primeiro em uma visão garantista negativa, tomando por base a proteção contra os abusos estatais, o segundo na perspectiva de um garantismo positivo, no caso de o Estado deixar de proteger de maneira suficiente os direitos fundamentais (STRECK, 2005, p. 179).

Nota-se a necessidade bifásica da proporcionalidade, coibindo os excessos e protegendo as consequências de uma inação em relação aos direitos fundamentais. É o Estado injustificadamente não assegurando direitos essenciais básicos, ou restringindo direitos sociais em tempo de crise econômica.

A ausência ou a ineficiência, *verbis gratia*, de assistência médica, de medicação, de estrutura hospitalar e prisional adequadas, como também a

⁵³ Para Novais os direitos fundamentais possuem “uma reserve geral de ponderação”, daí podem sofrer limitações, no caso concreto, face a outros direitos fundamentais. (NOVAIS, 2006, p. 49-50).

⁵⁴ Diz Novais: “a ponderação de bens que também ocorre no controlo de proporcionalidade de uma restrição é uma ponderação atípica.” (NOVAIS, 2004, p. 180).

constatação do parcelamento salarial de servidores públicos no argumento do interesse de toda a coletividade são geradoras de uma situação deficitária e excessiva do Estado, o que, como ensina Canotilho (2000, p. 273), há um defeito de proteção.

Nesse diapasão, a jurisdição constitucional precisará detectar, através do princípio da proporcionalidade, possíveis abusos ou restrições indevidas a direitos fundamentais não absolutos e ponderados pelo legislador, caso contrário será inefetiva.

O princípio da proteção deficiente tem sua origem no direito penal diante da falta ou diminuta punição em bens jurídicos relevantes, todavia, neste caso, analogicamente, será aplicado aos direitos sociais em tempo de crise econômica, quando de uma omissão ou de uma conduta sem proporcionalidade do poder público.

É o que decidiu, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 45-9 em relação à proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003, Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual do ano de 2004. O autor da presente ação constitucional sustentou desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC nº 29/2000 que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

A decisão da ADPF nº 45-9 fez menção à expressão “alvos prioritários dos gastos públicos”, ou seja, posteriormente ao atingir o que é essencial, o Estado atuará em outras áreas. Surge o questionamento: É proporcional, em países em desenvolvimento, gastar milhões de reais em propaganda de governo, em carros oficiais para autoridades, em obras faraônicas (estádios superfaturados para a copa do mundo, e às olimpíadas), e, por conseguinte, argumentar a falta de recursos públicos para manutenção e estruturação de hospitais, universidade e vencimentos de servidores?

A resposta é negativa, diante da inobservância do princípio da proporcionalidade nos dois aspectos: excesso e proteção deficiente. Neste caso específico, a separação de poderes não impede que o judiciário, diante da harmonização dos poderes, intervenha.

3.11 A crise econômica e o princípio da proporcionalidade. A quem cabe ponderar?

Em Portugal e outros países da zona do euro, com a crise financeira dos últimos anos, no qual direitos sociais de servidores públicos, sem atingir a iniciativa privada, foram minorados. Independentemente dos motivos serem diferentes ou parecido o estado de emergência financeira assola um Brasil sem capital, sequer, para pagar, na data constitucional aprazada, e fracionando em diversas parcelas, os salários dos servidores públicos, tendo ensejado, por parte dos lesados, ações judiciais⁵⁵.

No Brasil, país em que vigora o sistema presidencialista, após a última eleição, em outubro de 2014, veio à tona uma grave crise econômica causada por vários aspectos, tendo como principais: corrupção nas instituições públicas, o capitalismo de “laços”, má gestão da coisa pública, excessivo número de cargos comissionados com o fim de atender bases políticas, governos que gastam mais do que arrecadam e sem seletividade, um poder legislativo e executivo com a deficiência da representatividade.

A problematização gira em torno de algumas inquiuições: O judiciário tem legitimidade para interferir nestas questões? O princípio do interesse público deve prevalecer e ser aceita as restrições de direitos sociais pelo gestor público, por exemplo, com o parcelamento de salários? É possível a manutenção da lei, como no caso português, dos cortes dos subsídios de férias e de natal dos funcionários públicos e pensionistas? Em tempo de crise econômica, a Constituição deixa de ser norma jurídica e volta a ser simbólica? Por ora, é possível afirmar que o conflito envolverá princípios constitucionais.

Sobre o assunto, explanou Krell, *litteris*:

"A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' [...]. Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores

⁵⁵ Na suspensão de medida liminar ajuizada pelo Estado do Rio Grande do Sul/RS junto ao Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de suspender decisões concedidas pelo TJ/RS para que os salários dos servidores fossem pagos na data constitucional prevista e sem parcelamentos, o argumento estatal de que passa por problemas financeiros não foi aceito pelo Pretório Excelso, em razão dos salários serem considerados verbas prioritárias e de natureza alimentar.

econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes [...]. Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. [...]. (KRELL, 2002, p. 22-23)

Assim, é de extrema importância direcionar o princípio da proporcionalidade no aspecto subjetivo ou objetivo, pois no primeiro caso apenas haveria uma alteração ideológica de julgadores por legisladores, como também em matéria de conflitos de direitos fundamentais nunca se chegará a uma resposta suficiente, e, por essa constatação não ocorreriam motivos para a desconstituição de uma escolha democrática do parlamento ou da Administração.

Em sentido oposto é a segunda situação, no instante em que a limitação de um direito fundamental não for considerada pelo Poder Judiciário justa, adequada, razoável ou proporcionada (NOVAIS, 2004, p. 178), mas isso não é o mesmo que a instância judicial possa apresentar um maior ou menor peso a direitos fundamentais, ou seja: uma ponderação propriamente dita. É que o princípio da proporcionalidade não é inteiramente objetivo.

Ledo engano, o princípio da proporcionalidade possui uma parte subjetiva⁵⁶, contudo é preciso avaliar se a instância judicial poderá analisar um suposto excesso

⁵⁶ Novais categoricamente exemplifica: “[...] para evitar que uma criança furtasse fruta do pomar do vizinho não houvesse outro meio que não fosse disparar sobre ele – pelo que tal acto seria apto para atingir o fim e indispensável para evitar o furto, ainda assim essa medida seria claramente excessiva, já que o sacrifício imposto era evidentemente desproporcionado face ao fim visado, seja ele o de punir, de prevenir ou de dissuadir. [...] Há, designadamente, que saber se o princípio da proporcionalidade exige, aqui, que o meio restritivo escolhido seja o mais proporcional ou, apenas,

por parte dos outros poderes. Em um Estado Constitucional de Direitos parece salutar que o judiciário possa atuar, sob pena de a sociedade tornar-se ainda mais vulnerável a escolhas arbitrárias de seus representantes. Logicamente, o magistrado não possui a competência de precisar se a ponderação feita pelo legislador é a mais proporcional quando os modelos restritivos forem uniformes e sem desigualdades.

De fato, a dificuldade é encontrar os limites de atuação entre os Estados: legislação, administração e jurisdição devendo, este último, intervir quando os demais poderes constituídos não levarem em consideração, em razão da ponderação entre direitos fundamentais, os meios menos restritivos.

Os direitos de 1º (primeiro) escalão carecem ser preservados em face da característica da indisponibilidade, nada impedindo restrições proporcionais dos Poderes Legislativo e Executivo, sem que necessite de intervenção da justiça. Em sentido oposto, é a limitação desproporcional dos direitos fundamentais, a qual poderá ser judicializada, a partir do momento em que a utilização de elementos restritivos maiores ou menores, mais ou menos delicados, mais ou menos necessários, mais ou menos indispensáveis, sejam deixados à margem por quem de direito.

A proporcionalidade, como requisito material de restrição a direitos fundamentais, controlando os atos comissivos ou omissivos do poder público, além dos particulares, acarretou que países como Portugal⁵⁷, em sede de revisão

que não seja desproporcionado. Doutrina e jurisprudência sustentam, geralmente, a última opção, embora sem a fundamentação que aqui defendemos. Havendo, no que à proporcionalidade se refere, não apenas um, mas vários meios igualmente restritivos e não desproporcionados, deve caber ao poder constituído autor da restrição a escolha do que considera o mais adequado, até porque, dada a precedência dos outros controlos, o órgão jurisdicional de controlo já garantiu não haver outros meios menos restritivos. Nessa altura, importa, apenas, garantir que a restrição não seja inadequada, desrazoável, desproporcionada [...]. (NOVAIS, 2004, p. 182 e 183).

⁵⁷ Artigo 19, 4, da Constituição da República Portuguesa: “A opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respectivas declaração e execução, devem respeitar o princípio da proporcionalidade e limitar-se, nomeadamente quanto às suas extensão e duração e os meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional [...]”. Na visão de Canotilho e Vital: Os estados de excepção constitucional não consistem apenas na suspensão (total ou parcial) do exercício de um número maior ou menor de direitos fundamentais (reunião, manifestação, imprensa, deslocação, greve, etc; implicam também outras ‘providências necessárias’ e adequadas ao restabelecimento da normalidade constitucional (nº 8). A Constituição não define essas providências (para além da sugestão decorrente do art. 275º-7 sobre a utilização das Forças Armadas), podendo elas consistir, em abstracto, em dois tipos de medidas: (a) estabelecimento de encargos ou obrigações para os cidadãos (requisições de bens, serviços ou pessoas, etc); (b) alterações das normais atribuições dentro da administração, nomeadamente entre as autoridades civis e as autoridades militares. É evidente que esse tipo e amplitude dessas medidas dependem da modalidade do estado excepção e do motivo que o determina, pouco havendo de comum entre o estado de emergência declarado para uma região por motivo de um terramoto e o estado de sítio provocado por invasão do país ou por tentativa de golpe de Estado. Em qualquer

constitucional, consagrasse textualmente o princípio da proporcionalidade. No Brasil, de maneira diferente, a Constituição trata do assunto implicitamente, como princípio material e, como consequência, também veda o arbítrio e o excesso de poder. Assim, encontra-se este princípio na legislação brasileira que trata do processo administrativo na administração pública federal⁵⁸.

É preciso que haja a compreensão necessária em relação ao antagonismo da expressão ponderação e do princípio da proporcionalidade. Uma parte da doutrina entende a ponderação como um método interpretativo e que visa atribuir uma semântica a direitos fundamentais indeterminados (PEREIRA, 2005, p. 261-262).

No entanto, os vários modos de interpretação não entram na ponderação, mas dirimem a problemática da indeterminação dos direitos fundamentais. Isso é diferente da hipótese de haver um abaloamento principiológico entre direitos fundamentais e que precisam ser ponderados⁵⁹.

Em regra, o poder judiciário não deve ponderar direitos fundamentais em tensão, tipicamente matéria reservada ao poder legislativo. Na verdade, a jurisdição

caso, tal como para a suspensão de direitos fundamentais, vale aqui o princípio da proibição do excesso, só podendo ser adotadas as medidas necessárias e adequadas [...]” Apesar de não estar expresso, o art. 18, nº 2, da CRP também se refere ao princípio da proporcionalidade: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos [...]” Explana Canotilho e Vital: “[...] que o sacrifício, ainda que parcial, de um direito fundamental, não pode ser arbitrário, gratuito e desmotivado [...] O terceiro pressuposto material para a restrição legítima de direitos, liberdades e garantias (v. supra, nota VI) consiste naquilo que genericamente se designa por princípio da proporcionalidade. Foi a LC nº1/82 que deu expressa guarida constitucional a tal princípio (art. 18º – 2, 2ª parte), embora já antes, não obstante a ausência do texto expresso, ele fosse considerado um princípio material inerente ao regime de direitos, liberdades e garantias (cfr. nota IX a este artigo na 1ª edição desta obra). O princípio da proporcionalidade (também chamado princípio da proibição do excesso) desdobra-se em três subprincípios: (a) princípio da adequação (também designado por princípio da idoneidade), isto é, as medidas restritivas legalmente previstas devem revelar-se como meio adequado para a prossecução dos fins visados pela lei (salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); (b) princípio da exigibilidade (também chamado princípio da necessidade ou indispensabilidade), ou seja, as medidas restritivas previstas na lei devem revelar-se necessárias (tornarem-se exigíveis), porque os fins visados pela lei não podiam ser obtidos por outros meios menos onerosos para os direitos, liberdades e garantias; (c) princípio da proporcionalidade em sentido restrito, que significa que os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa ‘justa medida’, impedindo-se a adoção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos [...]” (CANOTILHO; VITAL, 2007, p. 397, 403, 404, 379, 392 e 393).

⁵⁸ É a lei nº 9784/99, no seu artigo 2º, *caput*, com a seguinte redação: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.” (Grifos nosso). Site: www.planalto.gov.br.

⁵⁹ É o pensamento do jurista luso Novais em relação aos direitos fundamentais que não são absolutos e que podem ceder por um fator constitucional, diante de um caso concreto mais pesado, com a seguinte expressão: “dotados de uma reserva geral de ponderação.” (NOVAIS, 2006, p. 49-50).

constitucional valer-se-á do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade por ação ou difusa de uma lei ou de um ato normativo, com o objetivo de observar se a técnica da ponderação foi respeitada.

Um juiz não possui a competência constitucional para definir qual direito fundamental deverá ser merecedor de um maior peso em relação a outro, salvo nos países que adotam o controle de constitucionalidade por omissão ou cometam um ativismo judicial violador das regras democráticas, contudo um magistrado poderá analisar a proporcionalidade de uma ponderação legislativa efetuada pela maioria subjetiva e essencialmente política.

Assim, o julgador é o legitimado para analisar cumulativamente os sub princípios do princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade em sentido amplo, são eles: se as medidas restritivas escolhidas foram idôneas ou aptas para atingirem o fim visado; se a necessidade ou indispensabilidade, através dos meios menos restritivos, também foram consideradas; a presença ou não da proporcionalidade em sentido estrito, mais especificamente a justa medida entre o sacrifício da limitação e o benefício conquistado; a razoabilidade da medida imposta em relação àquele que é afetado, mesmo que haja proporcionalidade em sentido estrito; e, por fim, a determinabilidade, a percepção que deve haver nas medidas restritivas impostas pelo Estado aos cidadãos em respeito aos princípios da segurança jurídica e da proteção (NOVAIS, 2004, p. 161).

A proporcionalidade em sentido amplo, nas lições de Canotilho⁶⁰, em um Estado de Direito em que impera a limitação de poder, deve ser a mola propulsora dos poderes constituídos nas suas ações, todavia o âmbito de alcance do controle da proporcionalidade realizado pelo Poder Judiciário possui um leque de participação menor para evitar adentrar no raio de atuação do Poder Legislativo, no instante em que este ponderará bens fundamentais ou interesses constitucionais que serão aplicados em casos concretos.

Deverá sempre haver um equilíbrio entre a jurisdição constitucional e a sua autocontenção, como a liberdade de atuação e conformação do legislador, porém na dúvida em relação a uma possível restrição de direitos fundamentais que atinja liberdades individuais prevalecerá a vontade do representante popular. O

⁶⁰ Segundo o ilustre professor: “[...] Isto justifica que perante o espaço de conformação do legislador, os tribunais se limitem a examinar se a regulação legislativa é manifestamente inadequada.” (CANOTILHO, 2000, p. 264).

legislador, mesmo quando da feitura de uma lei de caráter geral e abstrata em que envolva uma colisão de direitos fundamentais, ver-se-á na obrigação de ponderar.

Surge a proposição: A jurisdição constitucional, com o argumento do princípio da proporcionalidade e outros dele derivados, poderá realizar o controle das ações da democracia representativa que restrinjam direitos de primeira grandeza? Em que patamar de legitimidade encontram-se a judicialização e o ativismo judicial?

O juiz, na prática, não é a autoridade responsável para decidir qual o direito ou o princípio fundamental prevalente, em razão do princípio democrático que é pautado nas espécies majoritárias, seja quando no ato de eleger os representantes do povo, seja, na casa legislativa, durante as votações envolvendo direitos fundamentais, por ser uma incumbência primária do legislador.

Por outro ângulo, é preciso ter a percepção que o Estado – Juiz não está excluído da responsabilidade de analisar o controle do parâmetro de constitucionalidade, pois em um Estado de Direito existem limitações impostas por direitos fundamentais, os quais precisam ser assegurados para evitarem o arbítrio. Em não sendo consagrado o controle de constitucionalidade, o próprio legislador seria o encarregado de reapreciar o que ele mesmo outrora decidiu por uma “maioria pela maioria”, e não por um argumento consistente de uma “maioria pelo interesse de todos.”

Em países, com uma parte da “representatividade” política inócua e preocupada com os próprios interesses, pergunta-se: seria essa a melhor saída? De outro lado, quem garante ser parte do Poder Judiciário, com inúmeras interferências políticas e de relações promiscuas com os Poderes Executivo e Legislativo, o melhor legitimado na função de resguardar omissões injustificadas ou restrições indevidas de direitos fundamentais?

A saída é simplória e básica, não precisando recorrer-se a um mundo perfeito, até porque não existe, mas a um mundo em que as autoridades constituídas, apesar das suas convicções pessoais, resolvam as situações envolvendo direitos fundamentais com base na Constituição Federal, na essência do princípio da “boa-fé”, e sem perder de vista o interesse altruísta. Diante da crise de representatividade em alguns países, o Poder Judiciário precisa ser imune a todo tipo de mazelas, caso contrário a democracia entra em um processo autofágico.

Na questão em controvérsia, apesar das divergências acadêmicas, doutrinárias e jurisprudenciais, é o controle de constitucionalidade imprescindível, na medida em que o representante do povo não é possuidor de um poder absoluto, isso porque o poder legislativo é limitado, não por um magistrado, mas, como já mencionado, pelo constituinte originário (SCHÄFER, 2001, p. 112).

Nesta fase do trabalho, para que se possa compreender a proibição da insuficiência ou proibição do *défice*, como ensina Reis Novais, em questões de direitos sociais prestacionais há, paralelamente, a necessária observância do princípio da reserva do possível.

Ao Poder Judiciário é decisivo realizar um balanceamento entre o direito fundamental, a disponibilidade econômica do Estado e a capacidade financeira do beneficiado, impedindo que o argumento financeiro, por si só, tolha o reconhecimento da insuficiência da proteção estatal. Em havendo alguma argumentação plausível pelo Estado-Legislator ou pelo Estado-Administração, mesmo assim, o mínimo necessário deverá ser resguardado (NOVAIS, 2004, p. 161).

Percebe-se que a atividade judicante não pode cometer excessos, diante das múltiplas necessidades sociais e do limite orçamentário, bem como deve respeitar, em um primeiro momento, à vontade do legislador. Em um Estado Constitucional de Direito, no qual a Constituição possui força normativa, com aplicabilidade imediata, e que as pessoas devem ser o centro do sistema, não é proporcional à carência de uma mínima atuação estatal que acarreta à supressão e até mesmo à redução de direitos sociais prestacionais básicos (SARLET, 2005, p. 112).

Na proibição do excesso, portanto, não basta dizer, com a redundância inevitável da situação, que é excessiva uma restrição, tem-se que demonstrar o abuso, principalmente, em decorrência dos subprincípios ligados a este princípio, dentre eles: a aptidão ou idoneidade, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito, razoabilidade e determinabilidade.

O princípio da proibição da proteção deficiente não é sinônimo de que o Estado-Legislator, através da norma, ou o Estado-Administrador, mediante políticas públicas, não possam restringir, de maneira ponderada, um direito fundamental, já que não existe direito absoluto e, em determinadas situações, um direito pode

prevalecer sobre o outro, como também o magistrado não está adstrito a qualquer fundamento legal ou política pública, tampouco a omissões.

3.12 Mutação paradigmática da democracia: Da maioria até o respeito a toda e qualquer pessoa e o princípio da igualdade

Em sociedades com um baixo  ndice de desenvolvimento humano e que o sistema político não permite uma oxigena o através da renova o, o risco de aguardar sempre a próxima legislatura ou a ruptura de uma nova ordem jurídica para que se cumpra a Constitui o de acordo com cada momento histórico, e como força normativa   imensurável.

Destarte, não significa negar a figura da Constitui o Jurídica, pois a observância da sua realidade histórica, pelo fato de também ser normativa, deverá atender-se aos aspectos políticos, econômicos e sociais, tendo por fim uma interpreta o constitucional com a maior eficácia poss vel⁶¹.

  imensurável, contudo, não perder o horizonte do p s e do contra existente perante a atua o judicial como sendo “a última palavra” em matéria de lesão a direitos fundamentais por parte de medidas legislativas majoritárias em disparidade com a Constitui o⁶².

⁶¹ Hesse (1991, p. 24-27) expõe acerca da Constitui o jurídica: “[...] A Constitui o Jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constitui o somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constitui o Jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. [...] A Constitui o jurídica logra conferir forma e modifica o   realidade. [...] Constatam-se os limites da força normativa da Constitui o quando a ordena o constitucional não mais se baseia na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). [...] A Constitui o não está desvinculada da realidade histórica concreta de seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constitui o não deve ser considerada, necessariamente a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realisierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constitui o. Somente quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, dar-se-  a conversão dos problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas (*rechtsfragen*), em questões de poder (*Machtfragen*). Nesse caso, a Constitui o jurídica, sucumbirá em face da Constitui o real. [...] Em outros termos, o Direito Constitucional deve explicitar as condi es sobre as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpreta o constitucional. [...]”

⁶² O jurista Novais (2006, p. 32-33) assevera: “[...] a posi o dos direitos fundamentais na rela o jurídico-constitucional entre princípio democrático e princípio do Estado de Direito [...] o princípio democrático se identifica ou com a legitima o do título e exercício do poder político a partir da livre escolha majoritária do eleitorado – a premissa majoritária – [...] já o princípio do estado de Direito assume essencialmente uma irredutível dimensão de defesa ou reserva da autonomia e liberdade individual face ao Poder político, a premissa garantista. [...] Nesse sentido, o princípio do Estado de Direito ou, se se quiser, os direitos fundamentais – já que o Estado de Direito   o Estado

Para melhor entendimento é pertinente uma passagem pelo conceito de democracia, a qual vem sofrendo um processo de transformação, ao deixar de ser o governo da maioria. Segundo Dworkin (2012, p. 394) é um sistema de igualdade política em que as instituições devem garantir a todos os cidadãos de uma comunidade uma respeitabilidade na sua igual dignidade, com desdobramento em dois princípios: liberdade (auto-responsabilidade ou liberdade negativa) e igualdade (distribuição de vantagens e desvantagens), não podendo ser a diferença vista como algo menor, e nem inferior, em face do princípio da igualdade.

Na maioria das Constituições ocidentais prevalece, a partir das grandes revoluções dos séculos XVIII e XIX, a democracia representativa, estando à participação da sociedade limitada ao exercício do voto, e a soberania popular restrita a um procedimento de escolha de governos (SCHUMPETER, 1984), uma vez que o poder popular, faticamente falando, não conseguirá exercê-lo diretamente, em virtude do aumento da população e das necessidades diversificadas de um povo. Por isso, a saída democrática é à delegação a terceiros, via pleito eleitoral⁶³.

Na democracia representativa há a constatação de ser a capacidade de decisão e debate político do povo baixa, de forma que a sociedade deve limitar-se a autorizar, teoricamente, um grupo de pessoas a exercer o papel de elaborar leis e gerir a máquina pública em mandatos não imperativos, nos quais os eleitos/representantes são autônomos em relação aos eleitores/representados, é

juridicamente limitado pelos direitos fundamentais e juridicamente vinculado à sua defesa e promoção – funcionam, relativamente à decisão da maioria, como limite jurídico-constitucionais. Portanto, mesmo partindo do pressuposto, que sustentamos, de que o actual Estado de Direito só vive em democracia, consideramos que, num Estado de Direito democrático, o princípio do Estado de Direito é um limite intransponível que se impõe ao poder legítimo e que, por isso, se pode opor ao princípio democrático. Mesmo que a maioria conjuntural que sustenta o Governo ou que forma uma maioria parlamentar considere que o interesse público só é realizável através da compressão ou supressão da autonomia e liberdade individuais, a área da liberdade que disponha da armadura ou esteja trunfada pela garantia que lhe é conferida por um direito fundamental não cede, ou seja, a regra da maioria não quebra, por si só, o princípio de Estado de Direito. A decisão da maioria democrática pode, é certo, acabar por prevalecer sobre o interesse jusfundamentalmente protegido, pois, como assinala justamente Waldron, quando ocorre um desacordo envolvendo direitos fundamentais não há nenhuma razão que determine que a maioria esteja necessariamente certa ou que esteja necessariamente equivocada sobre essa questão. Porém, o fundamento da eventual prevalência da posição da maioria não reside no argumento majoritário - precisamente porque os direitos fundamentais são constitucionalmente reconhecidos como direitos contra a maioria - , mas sim no resultado de uma ponderação de bens desenvolvidos à luz dos parâmetros constitucionais e através do qual se atribua a um outro bem igualmente digno de protecção, em circunstância em que essa compressão seja exigível, uma relevância suscetível de justificar a restrição do direito fundamental.”

⁶³ “[...] Com efeito, em sendo impossível a reunião periódica de toda a coletividade de cidadãos para deliberar acerca de questões de Estado, estes elegem periodicamente representantes para, em tese, refletir a sua vontade particular nessas deliberações, não obstante seja da natureza do sistema a inexistência de mandatos imperativos. [...]” (PEREIRA, 2011, p. 328-329).

que representam “toda a nação, e não apenas aqueles que o elegeram” (MIRANDA, 1993, p. 15-16).

É evidente a crise pela qual passa a democracia representativa pela perda da identidade do voto do eleitor em relação ao eleito por três motivos:

- A corrupção advinda do votante que, em troca do voto, “exige” do votado algum benefício, o que demonstra um total desinteresse do representado em saber quais são as propostas que o candidato defende em prol da coletividade, e nem existe o interesse de fiscalizar e acompanhar a atuação dos eleitos;
- O eleitor com boa intenção não visualiza, naquele que ajudou a eleger, a reciprocidade de ideais pelo fato da capacidade de resposta do sistema político, influenciada pelos interesses de grupos, pelos *lobbies* e regada a uma corrupção, não atenderem aos anseios que surgem da sociedade civil. Essa situação, segundo Bobbio (2000), é conhecida como “sobrecarga”; e
- O poder legislativo omitir-se, entrar em um processo de mumificação, em temas, jurídicos-políticos, de relevante interesse público, *v. g.* direitos de liberdades (casamento e adoção por parte de homossexuais, aborto em feto anencefálico, etc.), e da regulamentação de direitos sociais previstos em normas constitucionais programáticas ou perceptivas ou não exequíveis por si mesmas (direito de greve ao servidor público, a proteção contra a automação, etc.) ou aprovar leis estapafúrdias para sanear os desmandos dos gestores públicos, o que, tudo, desembocará na busca de outra espera de poder, atualmente o judiciário.

Apesar da inviabilidade de “assembléias populares” em países com uma população elevada, como pode a democracia ser legítima se o povo, com diminuta formação educacional, de valores, e uma falta de igualdade política é quem escolhe ou deixa de escolher os seus representantes⁶⁴? Dificilmente será uma democracia

⁶⁴ Para saber se uma democracia é suficiente é preciso saber se encontram presentes as suas pré-condições, nos seguintes termos: “[...] No caso brasileiro, contudo, mostra-se problemática até mesmo essa defesa de democracia, na medida em que, tratar cada um com igual respeito e consideração, como indivíduo dotado de autonomia e, por fim, portador de reivindicações a serem levadas a sério por seus representantes, exige análise teórica e prática peculiar. É insuficiente se sustentar, no Brasil, a idéia de que bastaria a garantia ao exercício de direitos cívicos como o de votar, se não há respaldo às pré-condições procedimentais da democracia, como por exemplo, o

suficiente, e a única forma de avaliação popular é a próxima eleição que, em regra, acontece no mesmo contexto do último pleito eleitoral, daí é uma democracia insuficiente e que precisa de regras mínimas de sobrevivência⁶⁵.

Diante do contexto, vem a importância da jurisdição constitucional, a qual não pode perder de vista as dimensões básicas da existência humana nos aspectos econômico, religioso, artístico, moral e, principalmente, político.

É na dimensão política que o homem exercita suas vontades em face de outras vontades humana perante a sociedade. A política, na lição de Souza Junior:

Diz respeito à vontade e, em especial, à expressão da vontade humana sobre outras vontades, ou, em uma só palavra: ao poder. A noção de poder centra-se no exercício da vontade – a vontade de uma pessoa ou de um grupo – sobre outras vontades humanas, mais o efeito indissociável desse exercício, qual seja, a sujeição ou a dominação. (SOUZA JUNIOR, 2002, 16-37).

É possível afirmar: Inimaginável a existência da vontade humana absoluta, justamente pelo fato da possibilidade de haver a dominação de uma opinião sobre outra, ou a diferença de pensamento nas ideias. De outro modo, não existiria política, tampouco haveria a discussão de democracia, estado de direito, judicialização da política e ativismo judicial, a não ser o totalitarismo de uma única vontade imposta a uma pseudo sociedade, fosse pela dominação de uma maioria ou mesmo de uma minoria inquestionáveis.

A vida em sociedade é caracterizada pelos conflitos relacionados às diversidades sociais inerentes ao progresso, ao desenvolvimento, e, ao mesmo tempo, pela necessidade da coesão dos interesses de todos os segmentos, ou seja, o ideário de uma unidade política – comprometida em resguardar, ainda que minimamente, valores essenciais aos integrantes da sociedade para que eles atinjam suas metas de vida - mistura-se com a política, no instante em que, ambas, objetivam o bem comum de todos.⁶⁶

direito à saúde, à educação, à moradia, ao transporte. Emblematicamente: soa difícil que os cidadãos sejam tratados como iguais se, por exemplo, não se lhes dá a oportunidade de igual ciência sobre programas eleitorais, e sobre – o que é noticiado no Brasil a cada eleição – iguais condições de transporte aos locais de votação [...]” (VIEIRA, 2008, p. 42, grifo nosso).

⁶⁵ “[...] A democracia no Brasil sempre foi um lamentável mal-entendido [...]” (HOLANDA, 1998, p. 160).

⁶⁶ Nesse sentido o jurista Souza Junior (2002, p. 38-39) expõe: “[...] Ora, apesar da realidade de divergências e de conflitos e, também, em virtude dela, a vida social permanece positiva – um verdadeiro bem – para as pessoas que fazem parte da sociedade. A sociedade como um todo e, também, nos diversos grupos, classes e setores que a compõem, proporciona a seus membros

E o que é bem comum? Para alguns, nesta sequência, é ordem, justiça, liberdade e a prosperidade, até porque apesar do cunho ideológico, econômico ou social que prevaleça em uma unidade política é preciso espaço aos grupos não dominantes para que persigam, através da justiça, da liberdade e da prosperidade as suas metas por uma vida com dignidade, e não busquem a desobediência civil⁶⁷ e, como corolário, a refutação de decisões políticas injustas, v.g, uma lei (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 38-39).

Na seara da democracia, chega-se a uma proposição: O constitucionalismo é antidemocrático? Para começar a responder é preciso conceituar democracia como o poder do povo⁶⁸, pelo povo e para o povo (“fórmula de Lincoln”), e esse povo

condições ou meios indispensáveis à realização de suas aspirações. O papel específico da política na vida do homem consiste em, a partir da realidade concreta da convivência social, construir e preservar uma unidade global e superior, a qual, alimentando a coesão interna, seja capaz de assegurar aos indivíduos e grupos que a integram um clima de ordem (expressão da concórdia interna e da segurança relativamente ao exterior), condição *sine qua non* para que os membros da coletividade, organizadamente, possam desfrutar livremente a busca de seus fins. À ordem na concórdia e na segurança, como condição primeira e elementar da realização humana, juntam-se inextricavelmente, três outras condições genéricas: a justiça, a liberdade, e a prosperidade. Condições da realização de um ser – o homem – subsumem-se elas no conceito de bem. Constituem, em seu conjunto, um bem para os membros da coletividade: precisamente, o bem comum a todos. [...].”

⁶⁷ Em Estados Democráticos é preciso respeitar e promover os direitos fundamentais para que não se corra o risco de um descumprimento em massa das decisões governamentais. Em 1849, no século XIX, Henry Dvauid Thoreau defendeu a desobediência civil de maneira pacífica, com alguns argumentos: “Será que o cidadão deve, ainda que por um momento e em grau mínimo, abrir mão de sua consciência em prol do legislador? Nesse caso, por que cada homem dispõe de uma consciência? Penso que devemos ser primeiro homens, e só depois súditos. [...] Todos os homens reconhecem o direito de revolução; isto é, o direito de recusar obediência ao governo, e de resistir a ele, quando sua tirania ou sua ineficiência são grandes e intoleráveis [...]” (THOREAU, 2012, p. 9-11).

⁶⁸ E sobre as formas de democracia direta e representativa, diz Vieira (2008, p. 24,26): “[...] a democracia passou de sua forma direta à sua forma representativa.” Calha, então, repetir: “nas duas formas de democracia, a relação entre participação e eleição será invertida. Enquanto hoje a eleição é a regra e a participação direta a exceção, antigamente a regra era a participação direta, e a eleição, a exceção [...] A chamada democracia direta pode ser entendida como a “forma de governo na qual o direito de tomar decisões políticas descansa sobre todo o corpo dos cidadãos, sem mediação de organizações políticas, tais como os partidos.” Mostrar-se-ia assim, como a democracia ideal, na medida em que, nesta, o “povo”, como entidade soberana, expressaria sua força, sem qualquer interferência de instituições artificialmente criadas pelo Estado, a fim de lhe representar. Fácil perceber, também, como essa noção de democracia se mostrou inviável com o aumento de complexidade social, na medida em que quanto mais complexa se torna uma dada sociedade, mais difícil é que a vontade de seu “povo” seja representada, no plano político, diretamente [...]. Ante a inviabilidade de o “povo” se manifestar diretamente sobre as matérias que lhe diziam interesse, de maneira direta, chegou-se ao conceito de “democracia representativa.” Importante frisar que, tomando-se em conta a essência da idéia democrática aqui já aludida, assiste razão a Robert A. Dahl, ao afirmar que “na origem, enfim, a representação não era democrática; era uma instituição antidemocrática posteriormente transformada em teoria e prática democráticas”(....).”

em um duplo aspecto: como parte ativa, participativa; e como destinatário de prestações estatais⁶⁹.

Entretanto, será através da soberania popular que surgirá a relação, a junção legítima entre o estado de direito e o estado democrático, o que culmina com o estado de direito democrático (constitucionalismo e democracia).

A resposta da pergunta anteriormente formulada somente pode ser negativa, no instante em que a democracia visa especificar o titular do poder no Estado diretamente, indiretamente, ou semidiretamente⁷⁰; e, por sua vez, o Estado de Direito é pautado em limitar e vincular o poder estatal como garantidor de direitos fundamentais de toda e qualquer pessoa evitando os abusos dos titulares de poder (BOCKENFORDE, 2000, p. 119). O Estado de Direito avaliza a democracia, e a democracia é a razão da existência de um Estado de Direito.

É através da expressão “pelo povo”, como maioria de um grupo, que há outro ponto da democracia a ser debatido e justamente é a regra da maioria, sobretudo pelo fato de que as maiorias não possuem as verdades absolutas.

Sobre a regra da maioria é o entendimento de Campilongo:

[...] Técnica rápida de tomada de decisões coletivas que maximiza a liberdade individual e assegura a ampla e igual participação política dos cidadãos, aproximando governantes e governados ‘por meio de uma prática social de legitimação eventual, finita no espaço e no tempo, que sujeita as decisões à contínua revisão e mantém a sociedade unida [...]’ (CAMPILONGO 2000, p. 38).

Necessariamente, a conceituação de democracia não se limita a vontade da maioria, tampouco a união de uma sociedade complexa e plural. Diz Bockenforde (2000, p. 92-93): “a democracia não se compadece com um absolutismo da maioria, nem sequer com a dominação da maioria.”

De outro modo, também, não deve ser alimentada a tirania das minorias. Resumindo: precisa-se da utilização, em decisões desse *jaez*, de argumentação jurídica razoável através de debates e embates de posições entre maiorias e

⁶⁹ Relevante o pensamento do autor citado: “[...] Tal noção pressupõe a igualdade política, em sentido pleno, dos cidadãos. Daí, com seu princípio elementar, apontado por Robert A. Dahl vem que “todos os membros devem ser tratados (sob a Constituição), como se eles fossem igualmente qualificados para participarem no processo de tomada de decisões sobre as políticas que a associação irá seguir.” “[...] O elemento democrático não foi apenas introduzido para “travar” o poder (*to check the Power*); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder [...]” (VIEIRA, 2008, p. 8)

⁷⁰ Parágrafo único art. 1º, da Constituição Federal Brasileira de 1988 que dispõe: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

minorias, por isso da importância dos Tribunais Constitucionais ou das Supremas Cortes no assento da jurisdição constitucional⁷¹, o que reduz a discricionariedade legislativa. Outro fator que limita as maiorias legislativas vem por meio das cláusulas pétreas, as quais não podem ser abolidas, como fruto da intangibilidade, pela conveniência do legislador (VIEIRA, 1999).

Entre os Poderes da República, e em um sistema democrático, o princípio da igualdade deve ser observado, evitando tratamentos diferenciados entre iguais, ou tratamentos igualitários entre diferentes. Destarte, a igualdade, há três séculos, instiga ao homem na busca das transformações políticas, econômicas e sociais, mas nem sempre foi assim, pois, em outras épocas, as desigualdades, invariavelmente, eram visualizadas como decorrência natural das coisas ou da vontade divina (GONÇALVES, 2010, p. 199).

Nas revoluções liberais, em especial a Francesa de 1789, a classe dos burgueses exigia os mesmos direitos de dois segmentos estatais: o clero e a nobreza, eis que não se conformavam com os privilégios que a cultura e o patrimônio impunham. Começava a surgir o ideal de igualdade jurídica ou perante a lei.

Acontece que, mesmo com a passagem da monarquia para o Estado Liberal, a igualdade continuava mitigada, haja vista que as condições de vida eram demasiadamente desiguais entre os empresários e o proletariado. O ideal de uma igualdade de fato ou na lei só nasceu com o Estado Social (NOVAIS, 2010).

Na sociedade contemporânea, vive-se o movimento do igualitarismo no modo de ser, de viver, e de pensar, tendo em vista a globalização que abarca o mundo, refletindo decisivamente no conceito de democracia e no seu alcance (GONÇALVES, 2010).

⁷¹ Disse Campilongo (2000, p. 38): “[...] Diversas situações práticas põem em dúvida o caráter democrático da regra da maioria. O maior número pode decidir pela supressão dos direitos da minoria? Maiorias circunstanciais, mesmo quando expressivas, tem legitimidade para deliberar sobre matérias impossíveis de serem revistas no futuro? A regra da maioria só é aplicável à esfera pública? A noção de igualdade inerente ao princípio majoritário é realista? [...]”

3.13 A democracia, a igualdade e o poder constituinte em um estado de direito: Quais as dimensões da democracia?

O princípio da igualdade está atrelado ao conceito de democracia e de Estado Democrático de Direito, sendo que a recíproca também é verdadeira (FERREIRA, 2012, p. 310). A igualdade é um fator de limitação do legislador, como também um princípio de interpretação, quer dizer: O legislador não pode agir com casuísmos, editando leis que tragam indistintamente privilégios a alguns em detrimentos de outros, e o judiciário, quando da interpretação, não deve criar benesses, a não ser que uma vantagem ou uma prerrogativa seja para assegurar a igualdade real a um grupo minoritário.

Não se vislumbra uma relação contraditória entre estado de direito e democracia, como também em virtude do conteúdo deontológico dos direitos fundamentais surge a necessária valorização dos tribunais constitucionais e das supremas cortes desde que atuem com “decisões corretas”, isto é, as mais altas instâncias judiciais, durante o processo hermenêutico, devem margear as suas deliberações a partir de padrões normativos anteriormente definidos pelo legislador ou com extrema racionalidade.

Com efeito, em uma sociedade plural a democracia e a proteção dos direitos fundamentais, dentre outros princípios explícitos e implícitos, como no Brasil e em Portugal, é preciso pensar o papel do Poder Judiciário na concretização de direitos cunhados de maneira abstrata em uma Constituição.

A democracia, como preleciona Dworkin (2006), não é mais estática, como uma mera contagem de votos, todavia ela precisa garantir valores. Não é suficiente, apenas, uma liberdade positiva de participar nas decisões do governo – maioria -, mas, acima de tudo, a liberdade negativa precisa ser respeitada, já que nos planos de vida de cada pessoa o Estado e outros cidadãos não poderão intervir sem que haja uma aceitabilidade racional.

Em uma sociedade sincrética, a democracia de parceria não significa que haja consenso ou que possua uniformidade, entretanto que todos sejam respeitados na igual dignidade (DWORKIN, 2006). Caso isso não aconteça, como por exemplo, em ocorrendo restrição de direitos sociais em tempo de crise econômica sem justificativa plausível, a não ser o próprio fato da crise econômica, fica evidente a inconstitucionalidade das ações legislativas e executivas, cabendo ao Poder

Judiciário, provocado, intervir para assegurar a vontade de uma constituição múltipla e de direitos essenciais.

Em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento é praticamente nula a chance de se ter uma democracia minimamente eficaz e que não dependa de uma jurisdição constitucional, pelo fato de serem nações com *déficits* de educação política⁷² em vista da superlotação de analfabetos que não sabem discernir com precisão seus direitos e deveres, de pessoas sem profissionalização. De quase nada adiante uma economia forte, potente, se não existir investimentos que elevem o índice de desenvolvimento humano de um país.

Na essência, a única expectativa destes grupos cívicos de votantes está na renda oferecida por governos de programas sociais que, na verdade, são meramente populistas e eleitoreiros. É o que deve ser chamado de “compra de votos legalizada.”

Em uma democracia, o mero reconhecimento formal das regras do jogo, sem a devida atenção ao conteúdo normativo, não é suficiente para a garantia de direitos fundamentais e, portanto, deixa de atingir o verdadeiro sentido das sociedades democráticas. Em termos mais técnicos, a participação popular nas decisões políticas não se resume meramente pelo sufrágio, sem que ocorram avaliações mais equânimes em relação à distribuição do poder social, político e econômico (BOBBIO, 2000, p. 83). Em suma, o direito ao voto não pode viver de mera aparência, mas de efetiva participação.

O Brasil, por meio do Governo Federal, todos os anos, “comemora” o aumento de pessoas pobres que são inseridas em programas sociais, quando o que deveria acontecer seria o contrário, ou seja, a satisfação teria que estar ligada à diminuição nas estatísticas de pessoas dependentes destes programas, o que

⁷² Segundo Bonavides (2010, p. 178-179): “[...] Temos vistos reiteradas manifestações de descrença tocante à possibilidade de instaurarmos no Brasil uma ordem democrática firme e estável. As invocações feitas em geral a esse respeito entendem como a ausência de educação política da sociedade brasileira, com o imenso atraso no País, onde se acumulam e se superpõem distintos níveis sociais de renda e letras, com uma massa informe de cerca de 20 milhões de analfabetos que escurecem o quadro da cidadania e atualizam com mais força o argumento mediante o qual se desacreditou a democracia grega, por insuficiência de participação e excesso de exclusões (eram marginalizados efetivos sociais ponderáveis, em razão da esmagadora maioria de escravos), e, enfim, com o procedimento mesquinho de uma classe política sem grandeza e espírito público quando representantes seus fazem da imunidade parlamentar, que é a mais alta e majestosa salvaguarda da independência da palavra e o mais intangível penhor das prerrogativas de que se investe o representante da Nação soberana, o escudo da impunidade, servindo, assim, o mandato de valhacouto a quantos se segregaram do bem comum para as ações contrárias ao direito e aos interesses da Sociedade [...]”

indicaria a melhoria na educação, na profissionalização e na qualidade de vida dos cidadãos. É o ser humano saindo do *status* de coisificação, de mero objeto do poder, para o *status* de dignidade, havendo o fortalecimento da democracia participativa nos aspectos quantitativos e qualitativos (BONAVIDES, 2010, p. 179).

A democracia, portanto, não pode ser entendida apenas como a prevalência da vontade da maioria, devendo ser resguardados direitos que oportunizem a participação dos cidadãos no espaço público (SARMENTO, 2010, p. 26). Em relação à preservação de determinados direitos está a satisfação das necessidades materiais e imateriais básicas, sobretudo, dos mais vulneráveis. Em sentido oposto, restará comprometida a capacidade real dos menos favorecidos de participarem conscientemente das escolhas adotadas no seio da sociedade, o que gerará uma ausência de legitimidade dos representantes populares, e a necessidade constante da jurisdição constitucional.

Para que a maioria seja considerada indispensável em uma democracia precisa atender determinadas condições de justiça, principalmente a igualdade entre os participantes do processo político, com a preservação de direitos básicos da pessoa humana (BOBBIO, 2000, p. 428-454). A democracia não pode ser condicionada a um governo ou a um legislativo com poderes irrestritos, como também a *judicial review*, em democracias constitucionais, não pode ser considerada antidemocrática.

A celeuma retorna ao mesmo ponto: as decisões relativas à justiça constitucional também são emanadas das regras majoritárias e podem sofrer arbitrariedades, haja vista que os Tribunais Constitucionais ou Supremas Cortes não estão isentos às pressões inerentes ao sistema político (WALDRON, 1999, p. 90).

Neste particular:

A concepção constitucional de democracia, em resumo, assume a seguinte atitude em face do governo majoritário. Democracia significa governo submetido a condições – que nós podemos chamar de condições “democráticas” – de igual status para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias dão e respeitam as condições democráticas, então os veredictos dessas instituições devem ser aceitos por todos por aquela razão. Mas quando elas não agem assim, ou quando sua provisão ou respeito são incompletos, não pode haver objeção, em nome da democracia, a outros procedimentos que os protejam e respeitem de forma melhor. (DWORKIN, 1999, p. 17).

Na democracia, governa a maioria, mas com a atenção devida aos direitos das minorias, aos princípios fundamentais previstos em uma Constituição. É o que Ataliba (1987) afirma quando expõe que na democracia governa a maioria sem a opressão da minoria política.

Não é possível que a manifestação constitucional legitime uma atuação sem limites ao legislador infraconstitucional, sendo um risco à própria democracia pelo fato dela não se alimentar apenas de boas ideias ou intenções, mas principalmente de bons governos e de bons legisladores que cumpram e respeitem os ditames constitucionais⁷³.

Assim, a importância da maioria ocasional legislativa ser submetida a um controle. É que as maiorias não podem desconsiderar as minorias legislativas, pois viver em uma democracia não é fazer o que bem entender apenas pela justificativa simplista da “vitória eleitoral” ou da “vitória das urnas”, e de ser uma maioria formada por grupos de sustentação de governo, ou de qualquer outro grupo social sem nenhum zelo com os direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade (SCHAFER, 2001, p. 113).

De relevo, a força do argumento de Comparato acerca da democracia representativa:

Efetivamente, a representação popular foi organizada, a partir do século XIX, no Ocidente, de modo a dar ao povo um poder de escolha sobre o secundário – os atores políticos-, sem ter o direito a decidir o essencial: as políticas a serem efetivamente postas em prática por esses mandatários. A bem dizer, estamos hoje, em quase todos os países, diante de uma

⁷³ O professor Bobbio, mencionando a Constituição Italiana, mas que pode ser usado na Constituição brasileira, com propriedade, expõe que para verdadeiramente haver uma democracia não deve ser depositada toda a esperança de uma sociedade em uma Constituição, além da necessidade de sua efetivação formal e material e da presença de autoridades comprometidas e responsáveis com o interesse público, nos seguintes termos: “[...] a Constituição é apenas responsável, por uma parte do modo como um país é governado. De nada serve ou serve muito pouco, portanto, chorar sobre uma Constituição que não é cumprida ou que é traída, como de pouco serve pensar em reformas ou retoques constitucionais quando se tem a ilusão de que basta mudar a roupa para mudar o temperamento daquele que a veste. Não digo que a Constituição não deva ser respeitada. Infelizmente, porém, o simples respeito formal, mesmo quando total, (o que não aconteceu na situação italiana), é apenas a condição necessária para o bom funcionamento de uma democracia. Mas não é uma condição suficiente. Não quero dizer que uma Constituição seja intocável. Colocado de lado, porém, o fato de que deve defender-se dos retoques que a deturpam, retocá-la ou emendá-la serve para pouca coisa, se, por detrás da fachada, os padrões da casa forem sempre os mesmos. Há só uma maneira de celebrar os trinta anos da Constituição: inaugurar finalmente a era do bom governo. É uma empresa difícil, talvez mais difícil do que a de tecer elogios à idade de ouro em que a Constituição foi aprovada ou do que demonstrar que, não obstante tudo isso, ela tem sido cumprida em sua parte essencial. Empresa difícil porque, se para ter um governo basta ter uma Constituição, para ter um bom governo é preciso ter sempre bons governantes e boas leis [...]” (BOBBIO, 1999, p. 190).

representação não política, mas teatral: os eleitos pelo povo não agem como representante deste, mas simplesmente representam um papel dramático perante o povo, prudentemente colocado na platéia e sem condições de intervir no palco. (COMPARATO, 2005, p. 55).

Nesse diapasão, soma-se ao fato das inúmeras fraudes eleitorais ocorrentes em países como o Brasil, e, sem esquecer, da crise sem precedentes do “sistema de partidos”⁷⁴ que diariamente vem ceifando a *res pública*⁷⁵ e minando com a figura do

⁷⁴ O brilhante jurista italiano Bobbio, diante da quantidade de partidos em uma Itália parlamentarista, o que é perfeitamente aplicável ao Brasil presidencialista do século XXI que passa por uma crise institucional ampla, exemplificando, por total ausência de probidade e zelo com a coisa pública; e por uma crise de valores em diversos seguimentos da sociedade que não medem esforços para corromperem e serem corrompidos. Diante da situação, o autor italiano fez a indagação: Partidos ou facções? Na sua obra, o corajoso jurista, ansioso por uma melhoria do povo italiano e, como consequência, do Estado, apresenta uma visão sobre a descaracterização dos partidos políticos quando, na verdade, segundo ele, caso fosse bem utilizado deveria ser um dos argumentos da força da democracia. Obviamente, existem os bons políticos que buscam o interesse público, mas que, infelizmente, são tolhidos, na essência, por um sistema de aumento e diminuição de poder devastador. O mesmo raciocínio, com as peculiaridades da função, deve ser utilizado para os Tribunais Constitucionais ou para os Supremos Tribunais. Dito isto, transcrevo alguns pontos do pensamento de Bobbio (1999, p. 193): “[...] Um erro que demonstra mais uma vez, se fosse necessária uma nova demonstração, que a maior parte da classe política italiana possui em escassa medida as duas virtudes que *Max Weber* achava que o grande político deveria ter: sentido de responsabilidade e largueza de vista. [...] Em vez de subordinarem os interesses partidários e pessoais aos interesses gerais, grandes e pequenos partidos disputam para ver quem consegue desfrutar com maior astúcia todas as oportunidades para ampliar a própria esfera de poder. Em vez de assumirem a responsabilidade de seus comportamentos mais clamorosos e criticáveis, empregam toda a habilidade dialética para demonstrar que a responsabilidade é do adversário, a tal ponto que o país vai se arruinando e ninguém é responsável. E em vez de se tornarem menos intolerantes uns para com os outros, tornaram-se, bem ao contrário, cada vez mais briguentos. Uma das razões pelas quais a crise de hoje é mais grave que todas as outras é a proliferação sem precedentes do facciosismo. Os partidos estão se transformando em facções. Na grande literatura política de todos os tempos há um tema permanente sobre o qual os políticos deveriam refletir: as facções são a ruína das repúblicas. E os partidos se transformaram em facções quando lutam unicamente pelo seu poder para tirar um pouco de poder às outras facções, sendo que, para atingir seus objetivos, não hesitam em despedaçar o Estado. [...] Quando, por sua vez, os partidos degeneram em facções, é sinal de que os mecanismos constitucionais que deviam garantir a livre e fecunda disputa dos vários grupos políticos não funcionam mais, e a democracia, ou seja, o regime que permite a livre e fecunda disputa dos diversos grupos políticos, fica em perigo. [...] Formar um governo (ah, sim, o famoso problema da governabilidade!) não significa juntar um determinado número de ministros e secretários. Significa criar as condições necessárias para produzir leis a serem obedecidas por todos os cidadãos. Mas, para que os cidadãos sejam induzidos a obedecer, não é preciso que os governantes e os legisladores, para usarmos de uma terminologia solene, gozem de sua confiança? Mas de que confiança podem gozar os governantes que continuam a expor-se ao público com ações em que a máxima aposta em jogo é o cargo de ministro ou até o de presidente do Conselho e não o interesse geral de um país que está sendo marginalizado? Quem, na verdade, pode acreditar, fora do palácio do Governo, que o interesse geral do país será defendido com um ministro liberal a mais ou a menos, ou com um presidente democrata-cristão em vez de um presidente socialista? [...]”

⁷⁵ É preciso distinguir república e democracia da seguinte forma: “República não é democracia: enquanto a República ou a “coisa pública” é, como bem viram Aristóteles e Tito Lívio, a própria essência de um governo preocupado com o bem comum, a democracia designa um modo de governo e conota um conjunto de técnicas jurídico-políticas que permitem que o povo exerça o poder (direta ou indiretamente), mas isso é outro problema. Não há oposição nem incompatibilidade entre os conceitos de República e de democracia. Mas eles não pertencem ao mesmo registro: o conceito de República insere-se no registro dos fins que determinam a essência do governo; o conceito de

Estado Democrático de Direito, mormente por ser o poder usado para aumentar o poder, ao invés do poder ser trabalhado para assegurar o interesse da coletividade.

Finalmente, a quem interessa “a democracia e o respeito aos direitos fundamentais?” A todos aqueles, pessoas físicas ou jurídicas, que visam aumentar o poder de maneira desordenada e sem qualquer responsabilidade para com um Estado e seu povo, e, com isso, teoricamente, a importância, nesse contexto, do Poder Judiciário.

No Brasil, as distorções eleitorais, até o presente momento, não seriam em relação ao sistema de votação de urnas, apesar de haver divergências entre técnicos da área da informática sobre a confiabilidade das mesmas, mas pela “velha prática” de haver em um país continental o descontrole da chamada “compra de votos” por dinheiro, cargos, contratos, etc.

Os “currais eleitorais” que ainda definem as eleições não pela melhor proposta, não pelo passado e presente da conduta social do candidato, mas pelo temor e pouca consciência dos eleitores, o que mitiga a democracia, e aumenta a dependência de uma jurisdição constitucional para resguardar a própria democracia.

Sem esquecer que o formato do sistema político eleitoral brasileiro quase nunca oportuniza que pessoas com boas propostas galguem efetivamente cargos eletivos, o que ocasiona, diante do descaso com o consenso popular, a falibilidade da instituição política originária e uma confusão entre o domínio da lei e a soberania popular. Reafirma-se que essa situação não pode esperar a futura legislatura, até porque, sem reformas estruturais consistentes, seria “trocar seis por meia dúzia”⁷⁶.

Diante da situação, como proceder à relação entre os poderes judiciário, legislativo e executivo? A possibilidade da atuação do Estado-Juiz, com a ressalva

democracia insere-se no registro das modalidades e dos instrumentos práticos do governo de um estado.” (GOYARD-FABRE, 2003, p.109).

⁷⁶ De maneira contrária pensa Waldron no sentido da competência ser do Poder Legislativo, apesar de eu entender que a justificativa do renomado autor somente estará correta, caso o Poder legislativo realmente paute sua atuação com decisões políticas observadoras de direitos e princípio fundamentais, o civismo deixe de ser apenas o voto por si só, e os partidos políticos não sejam “facções.” Seguem trechos da obra: “[...] As pessoas convenceram-se de que há algo indecoroso em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direitos e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e mais sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter. Não estou convencido disso [...]” (WALDRON, 2003, p. 5).

de que não pode ser transformado essencialmente em um parlamento, e nem ser o definidor de todos os valores de uma sociedade.

É a justiça ascendendo ao cume da instância moral através da interpretação jurídica, tendo como um dos defensores Dworkin. Tudo isso se origina em uma sociedade que não é acometida de mecanismo de controle social, porém é uma situação, para alguns doutrinadores, que vai de encontro aos Estados inseridos em um contorno de organização política democrática, apesar da “veneração popular” em relação ao judiciário (MAUS, 2000, p. 187).

Na verdade, a atuação do Poder Legislativo, no contorno de uma maioria sem preocupação com o que está encadernado na Constituição deixa de ser democrático e passa a ser viciado, não existindo nenhuma legitimidade e representatividade.

É o mesmo como a imposição da atividade legislativa através de uma maioria sem argumentação razoável, sem uma ponderação jusfundamental adequada que aponte a prevalência do interesse público (NOVAIS, 2006, p. 33). Muitas vezes, presencia-se uma “ditadura fria” disfarçada de democracia. Como haver, em situação desse *jaez*, a observância de direitos fundamentais? A resposta está ligada a instigante e imbricada temática da jurisdição constitucional que continuará a ser desenvolvida durante todo o trabalho.

Segundo Alexy (2012, p. 408), inexistindo razões suficientes para o tratamento jurídico diferenciado, impõe-se o tratamento idêntico. Assim, é cabal que o princípio majoritário seja importante, mas não pode legitimar, numa concepção material de democracia, a supressão injustificada de direitos fundamentais.

Ainda sobre democracia e constitucionalismo faz-se um paralelo com o poder constituinte, este, está vinculado a uma Constituição escrita e advinda do pensamento iluminista do Século XVIII, pelo Abade Sieyès, como norma jurídica fundamental (BONAVIDES, 1999, p. 120-121).

O poder constituinte, importante à teoria política e ao direito constitucional, nada mais é do que uma força política, o poder de determinada sociedade apta, em um caso concreto, para, nos dizeres de Canotilho (1989, p. 65): “criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política.” Na teoria do poder constituinte está clara a importância política, não se resumindo a ser um valor meramente jurídico.

É importante tecer uma consideração óbvia e que já está contida no parágrafo anterior, mas que é muito delicada, isto é, a sociedade atual está politizada, e as normas constitucionais abstratas e sem conteúdo material não são capazes de resolver os inúmeros conflitos sociológicos da realidade, dividindo a Constituição em uma parte jurídica e outra parte política.

Em relação ao processo bipolar de uma Constituição como jurídica e política, as lições de Bonavides são precisas:

[...] No constitucionalismo clássico e individualista preponderou a primeira; no constitucionalismo social e contemporâneo, a segunda. E quando uma delas ocupa todo o espaço da reflexão e da análise, os danos e as insuficiências de compreensão do fenômeno constitucional se fazem patentes [...]. (BONAVIDES, 2015, p. 95).

No poder constituinte originário a característica da ausência de limites deve ser visualizada com ressalvas, eis que é preciso que com a criação de uma nova ordem jurídica ou com a ruptura da ordem jurídica anterior haja obediência a padrões, a valores estabelecidos naquele momento histórico da sociedade.

Nos dizeres de Canotilho (1994, p. 77):

[...] este sujeito constituinte, este povo ou nação, é estruturado e obedece a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, considerados como “vontade do povo”, ao que se soma a observância de determinados princípios de justiça, bem como a necessária sintonia com os princípios gerais e estruturantes do direito internacional [...].

Em uma visão diferenciada está Negri (2002) que considera o poder constituinte como um procedimento de caráter absoluto e ilimitado, entendendo ser a Constituição em sentido político a própria revolução, e, portanto, ser o poder constituinte ligado à democracia.

A revolução⁷⁷, como forma de expressão do poder constituinte originário em razão dos arbítrios e ilegalidades não solucionados pelo direito posto de determinado momento, a que se refere Sarlet et al. (2012), é a em sentido

⁷⁷ “[...] O vínculo entre a revolução e o poder constituinte consiste precisamente no fato de que, quando se manifesta a revolução, o poder constituinte – cuja atuação permanece sustada (como se estivesse num estágio de hibernação) enquanto os poderes constituídos funcionam regularmente – volta a operar até a entrada em vigor de uma nova constituição, que venha a substituir a ordem jurídico-constitucional anterior. Por tal razão, o assim chamado ciclo revolucionário se caracteriza por duas etapas, nomeadamente, uma fase na qual se dá a ruptura com a ordem anterior, de maneira abrupta ou gradual, e um segundo momento, por ocasião da qual é instaurada [...] uma nova constituição [...]” (SARLET, 2012, p. 112).

sociológico, na qual é quebrada a ordem jurídica anterior de maneira viril ou mesmo gradativa, mas com a promulgação de uma nova ordem jurídica com a característica da desnecessidade de limites e condicionamentos do poder constituinte, pois foi a vontade geral, da maioria do próprio povo, democraticamente, diretamente, quem escolheu a novel diretriz a ser seguida.

Este ponto de vista, apesar de salutar é, simultaneamente, perigoso pelo fato da mesma maioria que por meio da revolução foi contra arbitrariedades, também poderá assim proceder caso não haja uma limitação específica do seu poder político em respeito a princípios como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, segurança jurídica, confiança, etc.

Pós-revolução, no período da elaboração da nova Constituição é primordial o limite, como também nos casos em que a nova ordem jurídica vier diretamente de uma Assembléia Nacional Constituinte, sob pena de uma parcela da população continuar sendo mero objeto.

Vale ressaltar que a democracia está inter-relacionada com o poder constituinte, como também o constitucionalismo (NEGRI, 2002, p. 7-8). O poder constituinte é o instrumento de produção das normas constitucionais, da instauração primeira (originário histórico ou fundacional e revolucionário) ou de uma atualização da Constituição (derivado), como também se refere ao sujeito dessa criação normativa (para a maioria, o povo; para outros como Emmanuel Joseph Sieyès, a nação). Será o poder constituinte o responsável por definir as balizas e os limites da política democrática através de representantes eleitos pelo povo.

Uma Constituição pode passar por alguns instrumentos de alteração, sendo um deles, o textual, por meio de uma reforma pelo poder constituinte derivado reformador ou poder constituído⁷⁸, por intermédio de emendas constitucionais, sem perder a atenção às cláusulas pétreas ou às garantias de eternidade, isso porque a Constituição preza pela maior rigidez na alteração do seu texto em face do processo legislativo ordinário, visando uma maior estabilidade.

Por outro lado, a Constituição, não pode parar no tempo e tornar-se uma “folha de papel” (LASALLE, 2014), distanciando-se da realidade de cada momento,

⁷⁸ Para uma parte da doutrina não é tecnicamente correto falar em poder constituinte derivado ou reformador, eis que se é derivado não pode ser poder constituinte, e sim poder constituído ou apenas poder de reforma ou reformador. (BARROSO, 2015).

desde que sejam protegidas as limitações materiais e formais. É a mudança de uma Constituição “um fenômeno da vida jurídica.” (MIRANDA, 2014, p, 108)

Um fato é indiscutível: não pode ser elaborada uma nova constituição (ROCHA, 2003) por intermédio do poder de reforma formal ou informal (mutação constitucional, como forma de interpretação judicial)⁷⁹ de uma constituição, como também o processo de alteração é valioso no reconhecimento de novos valores e direitos. Diferente do poder constituinte originário, a competência reformadora está condicionada à Constituição⁸⁰.

A mutação é uma forma de interpretação constitucional realizada pela justiça constitucional que, diante da passagem do tempo, profere uma modificação informal de compreensão diferenciada a um mesmo dispositivo constitucional que, no início, era interpretado de outra maneira. O texto da constituição, nesse caso, por intermédio de um poder constituinte derivado, não é alterado, mas por obra de uma interpretação progressiva da jurisdição constitucional.

Qual o limite da mutação constitucional? Uma parcela da doutrina, na linha de Tavares (2013), precisa que na ocorrência de diversas possibilidades interpretativas de um dispositivo constitucional deverá ficar a cargo do legislador no ato de elaboração legal, e a justiça constitucional limitar-se-á aos casos de flagrante inconstitucionalidade.

Deve haver um meio termo acerca da aplicação do instituto da mutação, pois, um tribunal constitucional, no papel de guardião da supremacia constitucional, não pode ficar limitado, em regra, a uma interpretação meramente gramatical, é que

⁷⁹ Nas lições de Sarlet et al. (2013, p. 159), mutação é: “[...] A noção de mutação constitucional, assim como a de reforma constitucional, guarda relação com a concepção de que, em determinado sentido, uma constituição é um organismo vivo, submetido a dinâmica da realidade social, e, que, portanto, não se esgota por meio de fórmulas fixas e predeterminadas. Consoante Hsu Dau-Lin, imprimindo um sentido ampliado à noção de mutação constitucional, esta consiste na modificação do conteúdo das normas constitucionais sem alteração do texto constitucional, em virtude da incongruência entre a constituição escrita e a realidade constitucional. Em sentido similar, na acepção cunhada por Karl Loewenstein, a mutação constitucional pode ser conceituada como uma transformação no âmbito da realidade da configuração do poder político, da estrutura social ou do equilíbrio de interesses, sem que tal atualização encontre previsão no texto constitucional, que permanece intocado [...]. Em virtude da mutação constitucional guardar relação com a atualização e modificação da constituição em virtude do câmbio na esfera da realidade fática (social, econômica, cultural, etc.), ela, diversamente da reforma constitucional, não representa, de regra, um acontecimento pontual, mas, sim, resulta de um processo mais ou menos longo, por exemplo, por força de uma prática interpretativa reiterada e sedimentada ao longo do tempo [...].”

⁸⁰ Segundo Fernandes (2010, p. 117) a diferenciação entre direitos fundamentais originários e direitos que surgem de emendas constitucionais é referente à divisão de direitos em duas partes, sendo o primeiro a um regime de proteção reforçado, e o segundo a um poder de reforma constitucional.

nas constituições, como a brasileira, há inúmeros conteúdos jurídicos indeterminados, os quais necessitam de uma interpretação.

O professor Canotilho (2003, p. 1228) chama a mutação constitucional de uma transição constitucional, em que é perceptível uma revisão informal de um compromisso político sem alteração do texto constitucional, mas com a mudança interpretativa.

A nova interpretação de um dispositivo da Carta Magna, diante da alteração da realidade constitucional, somente deve acontecer se for compatível com o programa normativo da Lei Maior, sem ofender os princípios estruturantes (político e jurídico) da constituição. Em outro sentido é alimentar uma realidade constitucional inconstitucional (CANOTILHO, 2003, p. 1229).

É preciso, diante da linha tênue, discernimento entre o que configure mutação constitucional e mutação inconstitucional. O professor Coutinho, afirma que a forma de respeitar as mutações das sociedades sérias é garantindo a ideia originária da Constituição, e o limite de poder, embasados em mutações históricas que levaram séculos. Esse, então, seria o verdadeiro sentido de mutação.

Coutinho defende, ainda, a teoria restritiva da interpretação normativa – norma faz parte de um sistema e não pode ter alcance impensável, sob pena de ruína do sistema.

No Brasil, exemplo de mutação constitucional: a extensão, através de interpretação, do dispositivo constitucional que assegura a união estável entre homem e mulher foi ampliado para casais do mesmo sexo⁸¹.

Autores, como Streck (2009), são categóricos ao dizerem que um tribunal não pode ter poderes permanentes de alterar a Constituição com a utilização da figura da mutação constitucional, isso porque seria invadir o espaço do Poder Constituinte Derivado.

A pergunta imediata que surge, neste exemplo, a título de ilustração, é a seguinte: A mutação em que o intérprete foi além do texto constitucional é inconstitucional? Na verdade, o meio mais adequado seria o da emenda constitucional, no entanto diante da realidade social atual, e da inércia do poder competente houve uma atuação judicial que, para alguns, foi inconstitucional em razão da não regulação pela Constituição.

⁸¹ Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIN nº 4.277 e na ADPF nº132, rel.Min. Ayres Brito, j. 05.05.2011, Plenário, DJE.

Para Souza Neto e Sarmento (2013, p.353)⁸² o parágrafo 3º, do art. 226, da Constituição da República Federativa Brasileira (CRFB) não proibiu textualmente a união entre pessoas do mesmo sexo, por isso plenamente possível uma interpretação extensiva com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

No cerne de uma Constituição, como a Brasileira, existem inúmeros textos ou enunciados, acarretando o nascimento de várias normas jurídicas, diante do mecanismo da interpretação conforme. É verdade que há um limite hermenêutico ao Poder Judiciário, pois não pode ultrapassar os liames da separação de poderes, contudo, em matéria de violação de direitos fundamentais, nem a democracia representativa pode se sobrepor.

Um fato que chama a atenção no poder constituinte derivado reformador é quando os representantes do povo modificam a Constituição sem respeitar o direito de todo e qualquer cidadão, ou quando a mudança é fruto do recebimento de propina ou de interesses de grupos sociais específicos. Para que se chegue a essa conclusão, diante da camuflagem de direitos, garantias e interesses, não é tarefa fácil, entretanto é essencial a descoberta destes atos ímprobos em um Estado de Direito Constitucional, e um dos instrumentos é o controle de constitucionalidade.

O vício, aqui debatido, e que deveria gerar a inconstitucionalidade é a falta do decoro parlamentar⁸³, tendo em vista os abusos das prerrogativas asseguradas a membros do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas, o que enseja uma mancha na essência do voto e uma perda de representatividade e legitimidade popular, por ter faltado com a verdade, a ética, a "boa-fé" e, principalmente, com os compromissos de campanha política (LENZA, 2012).

Apesar de alguns parlamentares brasileiros terem perdido o mandato, como foi no caso do "mensalão" (parlamentares que "vendiam" o voto em troca de apoio aos projetos governistas), nenhuma emenda ou legislação foi considerada inconstitucional por esse fato, gerando uma situação de descrédito da democracia representativa e do próprio constitucionalismo, e afastando, um pouco mais, o poder constituinte da soberania popular.

⁸² "[...] A mutação não pode justificar alterações que contradigam o texto constitucional, devendo ocorrendo no âmbito das possibilidades interpretativas fornecidas pelo mesmo [...]" (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p.353).

⁸³ Artigo 55, parágrafo 1º, da CRFB: "é incompatível como o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas."

A ligação entre a democracia e o poder constituinte basicamente é a resistência, a tensão, intitulada de complementaridade, com o constitucionalismo. É a relação entre o governo absoluto das maiorias e a teoria do governo limitado (democracia “limitada”).

3.14 O conflito de parâmetros e a democracia

Anexado⁸⁴ ao conceito de democracia está o parâmetro como sendo um sentido fundamental do dever-ser, ou seja, não é uma norma, já que esta é uma permissão, proibição ou obrigação, inserta em princípios ou regras. Ocorre que, é por meio do parâmetro que a norma faz sentido, isto é, a norma “proibido matar” tem lógica pelo fato de reconhecer valores ao ser humano, e, dessa maneira, a conclusão é que a mesma adquire legitimidade no âmbito de um parâmetro.

Por vezes existem conflitos de parâmetros, sendo, por óbvio, dificultoso legitimar uma norma. Em um juízo de prognóstico, diante da forte crise econômica vivenciada pelo Brasil, precise-se limitar, através de lei, ou de ações do executivo, direitos sociais, dentre eles o parcelamento dos salários de alguns servidores públicos e de aposentados, ou o não recebimento de 13^o (décimo terceiro) salário e de 1/3 (um terço) de férias somente aos servidores públicos, como ocorreu em Portugal, sem que haja compensação e extensão aos demais trabalhadores da iniciativa privada, acarretando um conflito de parâmetros.

⁸⁴ Além de uma Constituição Formal, há a necessidade de uma Constituição real e a necessidade do poder constituinte, tendo o autor em tela dito: “[...] A liberdade política e a igualdade jurídica, elevadas a valores absolutos, comunicavam um ímpeto emancipativo que as elevava ao mais alto grau de prestígio. Sendo essas Constituições uma fórmula comum à maioria dos povos ocidentais, em níveis de civilização, com ela se traçava a fronteira entre a liberdade e o despotismo. Mas quando a revolução burguesa consolidou seu poder e a opressão dos privilégios feudais caiu em esquecimento, a sociedade de classe subsequente fez esfriar o otimismo acerca da liberdade e da igualdade com valores abstratos. A crítica das ideologias descobriu cedo as insuficiências do Estado liberal, sobretudo suas omissões, numa sociedade que permanecia tão injusta ou mais injusta que a sociedade do passado. Houve, porém, um instrumento de legitimidade que sobreviveu à queda do Estado liberal: o poder constituinte, obra do pensamento constitucional francês, festejada nos parlamentos da revolução de 1889 como a maior descoberta da Ciência política em todos os tempos. O gênio de Sieyès unira, pois, as formas representativas ao elemento fundamental de sua legitimidade – o poder constituinte. Estavam lançados os alicerces do Direito Constitucional moderno. Com todos os conceitos da escola do liberalismo, o de poder constituinte não há de furtar-se a uma análise revisionista de suas funções para saber-se como ele atua na sociedade política contemporânea ou o que ele, na essência, significa. Disse Lassalle que todas as questões constitucionais são questões de poder (*Verfassungsfragen sind Machtfragen*). As decepções com a Constituição formal fizeram a crítica descobrir a força da Constituição material, subjacente àquela, gravada em papel, segundo a ironia do reformista social fundador do socialismo alemão [...] O poder constituinte formal cede lugar assim a outro poder constituinte, mais real, mais eficaz, mais político e social, embora menos jurídico, que não está nos parlamentos senão na sociedade mesma. Em nome da Constituição real, ele produz resultado à primeira vista imprevisíveis na estrutura móvel do poder [...]” (BONAVIDES, 2010, p. 89).

Coutinho (2015, p. 9), sobre a temática dos parâmetros concluiu que: “as ordens humanas são sempre compostas por normas que reflectem tais parâmetros” e que estão centradas na ideia de dignidade humana ou igualdade fundamental de todos na humanidade comum. Assim, a concepção parametrizadora na qual é ratificada autoridade a uma norma e que reconhece a todos direitos fundamentais, define um poder limitado que não pode ser modificado, desde que respeite a razoabilidade.

Em havendo um senso comum do que seja parâmetro sobre determinada matéria a norma é perfeitamente válida, não se podendo falar em conflitos de parâmetros. Entretanto, na democracia também deverá preservar as liberdades negativas, e, logicamente, os conflitos de parâmetros não podem ser dirimidos pela tradição ou comodismo do senso comum, até porque a sociedade contemporânea é capitaneada pela pluralidade axiológica, sendo praticamente impossível o senso comum. Pergunta-se: qual o órgão competente para solucionar um conflito de parâmetros? O legislativo ou o judiciário?

As discordâncias, os desacordos entre direitos fundamentais não são apenas políticos, mas jurídicos, e, por isso, a jurisdição constitucional, através de um Órgão independente, tem a legitimidade para averiguar a violação de direitos fundamentais quando houver desproporção do Estado Legislador.

O Poder Judiciário, assim, não precisa efetuar um juízo positivo (Barnes, 1998) em relação ao fato da medida restritiva escolhida ter sido a mais adequada, ou a mais idônea, ou a de maior equilíbrio, e sim perceber se o meio menos limitador foi levado em consideração. É o que Canotilho⁸⁵ denomina de liberdade de conformação do legislador.

⁸⁵ Sobre a atuação do legislador, diz Canotilho: “[...] O princípio da proibição do excesso aplica-se a todas as espécies de actos dos poderes públicos. Vincula o legislador, a administração e a jurisdição. Observar-se-á apenas que o controlo judicial baseado no princípio da proporcionalidade não tem extensão e intensidade semelhantes consoante se trate de actos legislativos, de actos da administração ou de actos de jurisdição. Ao legislador(e, eventualmente, a certas entidades com competência regulamentar) é reconhecido um considerável espaço de conformação(liberdade de conformação) na ponderação dos bens quando edita uma nova regulação(cf. Acs. TC 484/2000 e 187/2001, DR, II, de 26-06-2001). Esta liberdade de conformação tem especial relevância ao discutir-se os requisitos da adequação dos meios e da proporcionalidade em sentido restrito. Isto justifica que, perante o espaço de conformação do legislador, os tribunais se limitem a examinar se a regulação legislativa é manifestamente inadequada ou se existe um erro manifesto de apreciação por parte do legislador(cf. Ac. TC 108/99, DR, II, 104/99) [...]” (CANOTILHO, 2000, p. 272, grifo nosso).

É evidente que a gênese de um direito posto, calcado no jurídico e no político, ensejou o constitucionalismo que margeou a moderação dos governos, a limitação dos poderes, e o respeito a uma Constituição escrita⁸⁶.

É o que Elival chamou de “juridicização do poder” (RAMOS, 2014, p. 111). Foi por meio do Poder Constituinte, em ato de soberania, que surgiu o ordenamento jurídico e a institucionalização do poder com a criação de órgãos com funções diferentes e deliberados em uma Constituição, com o firmamento na separação de poderes e na delimitação das funções estatais⁸⁷. Em resumo, a devida subordinação do Estado ao direito.

A lei restritiva de direitos fundamentais, com o vício da desproporção pela inadequação ou erro manifesto, evidente, não é substituída, mas sim invalidada pelo judiciário (BARNES, 1998). Há lógica, que a mesma maioria restritiva de direito fundamental reaprecie a matéria, ou essa situação deve ser resolvida por outra maioria pertencente a órgão diverso?

A possibilidade de restrição a direitos fundamentais por parte do legislador não é plena e absoluta em vista do princípio da proporcionalidade em uma situação de inconstitucionalidade inimaginável. Deve sempre haver um balanceamento entre o estado de direito ou princípios materiais (direitos fundamentais) com o princípio da competência decisória do legislador (democracia), tendo o escopo de não mitigar a escolha política (ALEXY, 2004, p. 90-91).

Como se vê, a democracia está vinculada à soberania popular, ao governo do povo e, em regra, a vontade majoritária, contudo a democracia não se resume ao princípio majoritário (BARROSO, 2009, p. 10-12). Na verdade, existe uma interpenetração entre democracia e Estado Constitucional, isso porque, apesar da soberania popular, não se pode descartar o constitucionalismo.

No que diz respeito à atuação da jurisdição constitucional constata-se duas justificativas: uma de natureza normativa e outra filosófica (BARROSO, 2009, p. 10-12). O pensamento normatizado é oriundo da previsão constitucional que atribui

⁸⁶ Nas lições de Gonçalves, trouxe o fim do constitucionalismo nos seguintes termos: “visa a estabelecer em toda parte regimes constitucionais, quer dizer, governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas.” (FERREIRA FILHO, 2008, p. 7).

⁸⁷ Conforme Montesquieu: “estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de 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 demandas dos particulares.” Isto porque “é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele”, salvo se, “pela disposição das coisas, o poder freie o poder” (MONTESQUIEU, 1999, p.165 e 168).

esse poder ao Judiciário. A justificativa filosófica para a jurisdição constitucional é a limitação do poder com o respeito aos direitos fundamentais.

Até esse ponto do trabalho há a constatação que a grande parte dos Estados democráticos separa uma fatia do poder político, não para legisladores ou gestores, mas para integrantes do Poder Judiciário ou de Tribunais Constitucionais não empossados pelo pleito eleitoral para agirem de maneira técnica e imparcial, sem que isso teoricamente extirpe a política e a democracia.

Nesta perspectiva é a definição de Maués:

[...] por definição, toda Constituição constitui um limite da expressão e da autonomia da vontade popular. Constituição quer dizer limitação da liberdade da maioria de cada momento, e, neste sentido, quanto mais Constituição, mais limitação do princípio democrático... O problema consiste em saber até que ponto é que a excessiva constitucionalização não se traduz em prejuízo do princípio democrático. (Artigo Sarmento e constituição ubíqua). (MAUÉS, 2001, 272).

A situação da constitucionalização, apesar da faceta positiva, é extremamente preocupante no instante em que tolhe, excessivamente, a vontade majoritária do povo através dos seus representantes eleitos, e quando a interpretação judicial ocorre sem a devida racionalidade em Constituições com inúmeras normas vagas e abstratas⁸⁸.

Por outro lado, nos países constitucionais democráticos em que há um abismo entre as normas e os fatos sociais, inevitavelmente, imprescindivelmente

⁸⁸ Trecho do artigo de Sarmento: “[...] Vitória sim, mas não uma vitória sem custos. A constitucionalização do direito suscita também uma série de problemas. No presente estudo, pretendemos analisar dois deles, que nos parecem os mais importantes. O primeiro: constitucionalizar uma decisão é retirá-la do alcance das maiorias. Por isso, se tudo estiver constitucionalizado, então o povo, pelos seus representantes, não poderá mais decidir coisa alguma. Só emendando a Constituição, e mesmo assim, num país como o Brasil, em que abundam os limites materiais ao poder de reforma, apenas se a mudança não atingir alguma “cláusula pétrea.” Em outras palavras, constitucionalização do Direito em excesso pode ser anti-democrática, por subtrair do povo o direito de decidir sobre a sua vida coletiva. E o segundo problema: a constitucionalização do Direito pode provocar uma certa anarquia metodológica. Esta não é uma consequência necessária do fenômeno, mas ela tem ocorrido no Brasil. Como a base da constitucionalização – pelo menos a da sua faceta mais virtuosa, identificada com a filtragem constitucional do Direito - é composta por normas vagas e abstratas, a irradiação destas normas pelo ordenamento, quando realizada pelo Poder Judiciário sem critérios racionais e intersubjetivamente controláveis, pode comprometer valores muito caros ao Estado Democrático de Direito. [...] A constitucionalização é apontada como algo intrinsecamente bom, redentor até – e aqui os típicos excessos retóricos da academia brasileira têm plena vazão. Afirma-se que constitucionalizar o ordenamento jurídico implica em aperfeiçoá-lo e aproximá-lo dos ideais de justiça – igualdade, liberdade, solidariedade, etc. – presentes no texto magno. Em geral, não discordamos deste ponto de vista, que já até defendemos em outro trabalho. Porém, na nossa opinião, falta, no Brasil, problematizar a questão, mostrando também o outro lado da moeda: os perigos que uma “panconstitucionalização” do Direito, ou mesmo uma constitucionalização metodologicamente descontrolada, podem encerrar [...]” (SARMENTO, 2014, p. 2-3)

utilizar-se-ão da constitucionalização com uma volumosa sindicabilidade para a preservação ou o reestabelecimento de uma vida com um mínimo de dignidade.

3.15 O princípio da igualdade e suas formas - A igualdade perante a lei e na forma da lei: do Estado liberal ao Estado social

A Constituição Federal Brasileira de 1988, desde o preâmbulo, com passagens pelos objetivos fundamentais⁸⁹ e direitos e deveres individuais e coletivos⁹⁰, dentre outros comandos normativos, assegura a proteção da igualdade, refutando, como regra geral, qualquer forma de discriminação e preconceito.

O artigo 5º da CRFB consagra o princípio da igualdade com a afirmação de que “todos são iguais perante a lei e sem distinção de qualquer natureza.” O citado princípio tem por fim impedir privilégios arbitrários e discriminações odiosas e sem justificativa alguma.

No instante em que a Carta de Outubro, no artigo aventado, cita a expressão “sem distinção de qualquer natureza” está clarividente a possibilidade da lei criar situações de discrimén, devidamente fundamentada, sem ofender e conflitar o princípio da igualdade com a palavra homogeneidade (NOVELINO, 2010, 392).

O princípio da igualdade veio a conjugar as dimensões liberais, democráticas e sociais relacionadas ao conceito de Estado de Direito Democrático e Social. Assim, na fase liberal, a igualdade perante a lei deveria atingir todas as pessoas indistintamente e universalmente, pois os homens são iguais em direitos, porém, como ensina Canotilho (2000), é uma igualdade na aplicação do direito, na idêntica aplicação da lei pelo executivo e judiciário.

No plano da igualdade formal ou jurídica ou perante a lei, o tratamento igualitário deve ser concedido a todos aqueles que estejam na mesma categoria essência.

Em sentido oposto é a igualdade material ou real, mormente por visar igualar os desiguais através de atuação positiva do Estado na rota de proporcionar às

⁸⁹ Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁹⁰ Art. 5º - 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, nos termos seguintes.

minorias e aos menos favorecidos uma igualdade real de condições com as demais pessoas. A Constituição da República Federativa Brasileira (CRFB) adotou os dois tipos de igualdade, a primeira no artigo 5º, *caput*, e a segunda no artigo 3º, Inciso III, e artigo 6º e seguintes.

Na fase do Estado Liberal, na qual imperava a abstenção estatal e a liberdade entre os membros da sociedade, o princípio da igualdade nada mais era, do que a aplicação da lei, isto é, a própria legalidade na expressão “todos são iguais perante a lei.” Ocorre que, essa igualdade pautada na lei se fazia valer para as pessoas de posses, com oportunidade de estudos, etc, deixando ao relento bastardos, negros, homossexuais, mulheres, etc.

Como se depreende, independentemente do legislador precisar a igualdade total perante a lei, esta, na prática, nem sempre acontecia, como já dito, diante da individualidade de cada ser humano e da exclusão de certas categorias. A generalidade da lei era um manto para avalizar inúmeras injustiças por não permitir que a igualdade pudesse abarcar as diferenças materiais, isto é, as minorias ficavam a mercê, quase sempre, da maioria preconceituosa e arbitrária, acarretando abusos por parte do legislador (NOVAIS, 2004, p103).

No advento do Estado Social, portanto, surgiu a ideia de que não bastava somente ser igual à lei, mas que a forma de criação e as entranhas da legislação fossem ancoradas na igualdade, com a expressão, “tratar o igual com igualdade e o desigual na medida de sua desigualdade.” Nas desigualdades fáticas, materiais ou de oportunidade a efetiva igualdade deve ser aplicada.

Percebe-se que a igualdade não é causa excludente da diferenciação, mas de entrelaçamento e de compensação em sociedades que possuem, com o passar dos tempos, *déficits* com grupos minoritários. Nessa perspectiva, o princípio da igualdade não pode ser esquecido no ato de elaboração e aprovação de uma Lei ou de uma política pública, senão o Poder Judiciário deverá atuar para resguardar um princípio constitucional fundamental.

3.16 A igualdade e as funções legislativa, executiva e judicial

O legislador tem o dever, em constituições plurais como a brasileira, quando da elaboração de uma lei, de criar saídas ou mesmo diferenciações para setores da sociedade que passaram ou continuam a viver um processo brutal de

discriminações, intolerâncias e falta de aceitação, com o escopo de assegurar a igualdade material.

No que tange ao princípio da igualdade, o legislador também deve observar o caráter de inserção, no ato da elaboração das leis, de direitos iguais. Não sendo suficiente a execução da lei a toda e qualquer cidadão, eis que, diante da universalidade, o princípio da igualdade permite discriminações em relação ao conteúdo. É o que Canotilho (2000, p. 427) chama de igualdade na própria lei, e não tão-somente, a igualdade perante a lei em virtude das diferenciações inerentes ao princípio em análise.

Atualmente não se tem mais dúvidas sobre as expressões igualdade perante a lei e igualdade na lei, pois o princípio da igualdade deve ser observado pelas funções legislativa, executiva e judicial, e não apenas à Administração Pública e ao Poder Judiciário como se interpretava o termo “igualdade perante a lei.”

Embora todos sejam iguais perante a lei, na prática, alguns segmentos como: hipossuficientes econômicos, negros, portadores de deficiência, integrantes de algumas religiões, mesmo em um Estado não confessional, e casais homoafetivos, ainda são discriminados, tolhidos de oportunidades ou simplesmente excluídos, não podendo a jurisdição constitucional, por uma interpretação limitada do alcance do princípio da separação de poderes, manter-se inerte, evitando sérias manchas na democracia e no constitucionalismo.

Assim, é preciso que o conteúdo das leis, mesmo sendo genéricas e abstratas, em casos específicos, não deixe de assegurar os direitos daqueles que são “diferentes”, sob pena de violação a direitos fundamentais, *verbis gratia*, a igualdade, a liberdade, a dignidade da pessoa humana, etc., mas nada impede que, excepcionalmente, e com a devida justificativa também possa restringir direitos fundamentais de minorias.

De outra banda, em algumas situações, o próprio legislador, disfarçadamente, pode criar leis com caráter geral e abstrato, mas que na verdade tem o nítido propósito de favorecer ou prejudicar determinados grupos, daí, ao mesmo tempo em que legislou, estará, em tese, vinculando os Poderes Executivo e Judiciário, indo de encontro à separação de poderes.

Questão intrincada do princípio da igualdade é saber até onde o juiz constitucional poderá efetuar um controle diante da atuação de entidades públicas, ainda que em tempo de crise econômica. No Estado Liberal não havia interferência

alguma acerca da igualdade, pois a mesma era perante a lei, expressão mais simples do princípio da legalidade (NOVAIS, 2004, p 102).

A igualdade fática, como todo e qualquer princípio, não é algo definitivo, mas *prima facie*, e que, em um caso concreto, pode ceder em face de outros princípios contrapostos, como por exemplo, no sopesamento com a igualdade jurídica, ou com o princípio da separação de poderes entre o legislativo e o judiciário (ALEXY, 2006, p. 422-423).

Ao legislador refere-se à possibilidade, na perspectiva de uma racionalidade, de ser conferido um tratamento jurídico desigual para atingir uma igualdade fática. Por sua vez, o judiciário está relacionado com a possibilidade de um Tribunal Constitucional criar uma situação de igualdade fática, desde que haja observância da liberdade democrática de conformação do legislador. Nada impede, ao mesmo tempo, que o judiciário contenha a discricionariedade legislativa quando seja visualizada limitação injustificada de direitos fundamentais, mesmo que em tempo de crise econômica.

A diferenciação entre a igualdade jurídica e a igualdade fática, a primeira vista, é que aquela implica a realização de um tratamento sem desigualdade, e essa objetiva uma ação positiva do Estado. Sendo assim, a igualdade perante a lei, nos tempos atuais, é aplicável, mas não isoladamente, tendo em vista que a generalidade das leis pode encobrir injustiças legislativas, em face de uma parcela menor da sociedade.

Portanto, o desigual para que seja considerado igual precisa, via de regra, de um tratamento faticamente diferenciado, daí o porquê de o conteúdo da lei observar a igualdade. Com diz Novais (2004, p. 104): “tratando da mesma forma o milionário e o mendigo, encobria e criava desigualdade e injustiça.”

3.17 Requisitos ofensivos e critérios diferenciadores à igualdade e a jurisdição constitucional

O professor Novais, em relação ao princípio da igualdade, afirma ser imprescindível analisar alguns aspectos para se saber se há ofensa ou não, são eles: “Quais os critérios admissíveis da diferenciação e qual a densidade do controle a que as diferenciações feitas em seu nome podem ser sujeitas por parte do juiz que

garante a observância do princípio constitucional da igualdade.” (NOVAIS, 2004, p. 109).

Voltando ao critério Aristotélico, como exposto em Bandeira (2012), “tratar os iguais com igualdade e desigualmente os desiguais” não chega a ponto algum, eis que se deve fazer a seguinte pergunta: quem são os iguais e quem são os desiguais? Qual o liame entre ser igual ou ser desigual em um tratamento diferenciado?

Será igual, em regra, todo aquele, ou toda e qualquer situação quando uma desigualdade seja irrelevante para ser levada em consideração. Em tese, há necessidade de um texto normativo para definir a qualidade de coisas, pessoas ou fatos que possam acarretar uma diferenciação.

Acontece que, no mundo atual, muitas vezes, não há norma acerca da garantia de direitos do diferente ou quando há, prevalece, muitas vezes, um critério de distinção pautado em valores pessoais e não constitucionais e, por isso, a discriminação deverá guardar compatibilidade com a essência do princípio, tomando por base uma razão adequada e compreensível.

Não é qualquer tipo de diferenciação entre pessoas e coisas que podem acarretar um fator de discriminação em prol da igualdade, ou seja, a cor dos olhos de um indivíduo não pode ser motivo para permitir ou não, por exemplo, um enlace matrimonial por não haver idoneidade jurídica como critério de desequiparação (BANDEIRA, 2012, p. 12).

Em algumas leis haverá sempre um fator de *discrímen*, isto é, estará presente um elemento diferencial, todavia o essencial é encontrar o limite necessário e normal da diferenciação. O ser igual ou desigual vai depender do caso concreto e dos interesses em questão, não sendo, também, um rol taxativo ou universal. Novais, citando Dworkin, menciona:

[...] a cláusula da igualdade não garante a cada indivíduo o mesmo tratamento ou benefício que é concedido a outros, mas garante-lhe apenas que no processo de formação da vontade política e na concessão de benefícios ou imposição de sacrifícios por parte do Estado ele será tratado com igual preocupação e respeito, ou seja, o princípio da igualdade não lhe garante o mesmo tratamento, mas antes um tratamento como igual. (DWORKIN apud NOVAIS, 2004, p. 109)

No sentido de perseguir o princípio da igualdade, diante de décadas de discriminações a determinadas raças ou segmentos, e de não existir uma

perspectiva nas áreas sociais, em um futuro próximo, surgiu a figura das ações afirmativas que consiste em um prazo determinado, no desenvolvimento de políticas públicas ou programas privados de combate às discriminações, como por exemplo, o sistema de cotas para negros.

Os critérios das ações afirmativas devem ser estudados e bem definidos com antecedência, evitando a discriminação reversa, ou seja, daquelas pessoas que não sejam beneficiadas pelas ações afirmativas. São medidas de compensação em relação aos indivíduos que não passaram por esse processo de limitação.

É preciso especificar qual será o referencial escolhido para uma diferenciação ou não, quando da divergência acerca da norma ou da sua ausência entre grupos destinatários diversos. Como se vê, o legislador não possui plena liberdade em deliberar sobre assuntos que interessam a toda coletividade, e que o judiciário poderá atuar no controle de constitucionalidade, a fim de resguardar o Estado Democrático de Direito.

O nº 2, do artigo 13⁹¹, da Constituição Federal Portuguesa, traz casos que não podem ser discriminados, em rol exemplificativo, sob pena de violação à igualdade, entre eles, situação econômica e condição social, desde que se observe as ressalvas já citadas, isto é, em havendo um fundamento material razoável é possível a discriminação para que haja uma igualação.

O princípio da igualdade, em sede de jurisdição constitucional brasileira e a portuguesa, em regra, abrangem três parâmetros: a proibição do arbítrio, a proibição de discriminação, e a obrigação de diferenciação (BRITO; COUTINHO, 2013). A primeira tem por escopo, em uma concepção não só jurídica, mas fática, conferir um tratamento igual para situações iguais, e a proibição de um tratamento de paridade em casos manifestamente desiguais. A segunda proíbe, terminantemente, uma diferenciação baseada em critérios subjetivos (ascendência, condição econômica, ideologia, sexo, raça, religião, etc.), pois é preciso uma fundamentação racional axiológica constitucional. A terceira tem por premissa a compensação das situações que envolvam as desigualdades de oportunidades.

A CRFB, no seu artigo 5º, caput, fala no princípio da igualdade. O inciso IV, do artigo 3º do mesmo texto traz a figura da promoção do bem de todos, sem

⁹¹ Art. 13, Item 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica, condição social ou orientação sexual.

preconceito de sexo, raça, idade, cor, etc. Isso não significa ofensa à igualdade caso haja, em relação aos temas citados, algumas diferenciações, *verbis gratia*, concurso em que se admita somente a inscrição de mulheres para o provimento de cargos de “agente penitenciária” em presídios femininos.

Feitas essas observações, o critério para identificação em discriminações e o respeito à isonomia, segunda Celso Antônio, deve passar por uma trilogia, isto é, o fator discriminatório, a justificativa racional ou fundamento lógico para desigualar, e se há correlação entre a justificativa do *discrimen* e os valores constitucionais (BANDEIRA, 2012, p. 21). Na ausência de qualquer um dos requisitos mencionados haverá ofensa à igualdade.

O princípio da igualdade visa uma dupla percepção, ou seja, assegurar uma garantia contra perseguições, e coibir qualquer tipo de favorecimento. Por isso, a lei não pode ser individualizada, com destinatário certo, o que não significa a possibilidade de, em determinada época, atingir, por questões naturais, um único indivíduo, mas que no futuro possa haver uma reprodução do objeto e atingir um determinado grupo que passe a se enquadrar na situação legal.

3.18 A igualdade, o arbítrio e a democracia

O Tribunal Constitucional Alemão foi pioneiro ao afirmar que a igualdade para ser respeitada não poderia ser arbitrária, pois as normas e suas aplicações relativas à igualdade devem respeitar os direitos fundamentais com um nítido caráter comparativo entre um (igualdade) e outros (demais direitos fundamentais) (ALEXY, 2012, p.402).

Diz Alexy (2012, p. 403): “Não é qualquer tratamento desigual de casos substancialmente iguais que é vedado, mas apenas o tratamento arbitrariamente desigual de casos substancialmente iguais.”

O arbítrio acontece a partir do instante em que não exista um fundamento razoável para a diferenciação de um tratamento na lei, neste caso o tratamento igual é vigente, pois o enunciado geral da igualdade estabelece um ônus argumentativo para o tratamento desigual.

A igualdade deve ser justa, e para isso é preciso que se observe o princípio da proibição do arbítrio juntamente com um critério material objetivo para valorar as relações de igualdade e desigualdade, ou seja, pessoas em situações idênticas não

podem ser tratadas desigualmente, caso contrário é arbítrio (CANOTILHO, 2000, p. 428).

Diante da problemática haverá arbítrio por ausência das seguintes características: fundamento sério, não tiver um sentido legítimo, e estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável (CANOTILHO 2000, p. 428). O respeito ao princípio da igualdade, portanto, deve ser enxergado em uma dupla perspectiva: em um polo, o critério discriminador; no outro polo, o fundamento lógico para a desigualdade; e, por fim, a correlação entre um e outro (TAVARES, 2013, p. 457).

Há uma tendência para que o princípio constitucional da igualdade esteja relacionado à proibição do arbítrio, o que não significa dizer a anulação da liberdade do legislador, mas que ele não cometa excessos, sem justificativas racionais e objetivamente fundadas em valores constitucionais relevantes.

O citado princípio vincula diretamente os poderes públicos, configurando, nada mais, nada menos, como um direito fundamental dos cidadãos, e de aplicabilidade direta e imediata. O arbítrio e a discriminação infundada devem ser extirpados por ausência de fundamento material (NOVAIS, 2004, p. 144).

A título genérico de exemplo, o que vai definir o estágio probatório de um magistrado não é o transcurso do prazo de 02 (dois) anos, mas os atos praticados por cada profissional durante o período, sob pena de, em sendo levado somente o tempo em consideração, haver uma violação ao princípio da igualdade por ausência de uma justa discriminação entre os envolvidos.

Para que haja um não reconhecimento das relações homoafetivas como entidade familiar, e, por extensão uma discriminação com relação aos casais do sexo oposto, deve ser vislumbrada à seguinte conclusão: fator de discriminação - pessoas do mesmo sexo; fundamento lógico - impossibilidade de procriação, moral cristã, etc.; correlação lógica - não é condizente com o Texto Constitucional pelo fato do constituinte originário, desde o preâmbulo, ter previsto a pluralidade, a igualdade, etc.

Em tempo de crise econômica, a limitação de direitos sociais prestacionais por parte do legislador e do executor não é absoluta, não sendo possível que, por exemplo, antes de parcelar salários de servidores públicos, o Poder Legislativo Brasileiro deixe de regulamentar a cobrança do imposto sobre grandes fortunas, bem como o Poder Executivo, antes de fracionar os mesmos salários sem respeito

ao dia da data base, reduza os gastos com publicidade e um número exorbitante de cargos comissionados. No mesmo sentido, o Poder Legislativo Português aprovou leis redutoras de salários de servidores públicos, mas sem qualquer restrição à iniciativa privada.

No princípio da igualdade a lei pode trazer distinções, desde que não sejam arbitrárias. A jurisprudência do Tribunal Constitucional Português⁹² vem afirmando que a teoria da proibição do arbítrio não define o conteúdo do princípio da igualdade, mas restringe a competência do controle judicial, daí, quando não houver arbítrio, o juiz deve se autolimitar e respeitar a solução mais adequada definida pelo legislador.

Em um Estado Democrático de Direito o Estado é juridicamente limitado por intermédio de direitos fundamentais, em especial, garantindo às minorias o mesmo direito que a todos é assegurado de escolher livremente as metas de vida com as mesmas possibilidades e oportunidades em atenção ao princípio da paridade de armas.

Robert Alexy, diferentemente de outros autores, é categórico ao afirmar que o ônus argumentativo, em questões de matérias discriminatórias, deve ser imputado a quem alega a necessidade da discriminação e não aos que buscam a paridade de tratamento. Em não havendo razão suficiente para um tratamento desigual, a medida que se impõe é o tratamento igual (ALEXY, 1993, p. 395-396).

O argumento de que cabe ao legislador regular o direito de constituição de família, independentemente de orientação sexual, é verdadeiro em razão da separação de poderes, todavia o legislador não tem plena liberdade em definir ou “omitir” o tema posto, pois existem direitos e princípios fundamentais que estão validados e com força de norma na Constituição da República Federativa Brasileira (CRFB).

No mesmo sentido, a relação igualitária que deve haver, em tempo de crise econômica, de limitações de direitos sociais entre o setor público e o setor privado, e entre as classes econômicas alta, média e baixa, somente assim os princípios constitucionais democráticos serão assegurados.

Nos termos em que a igualdade continua a ser imposta por aqueles que defendem uma democracia apenas de maiorias, não se pode, como nos primórdios, falar em direito fundamental propriamente dito. Logo, nada mais é do que uma

⁹² Tribunal Constitucional Português. Acórdão nº 187/ 2013. Relator Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha.

sociedade de castas, e nem todos têm acesso ou a chance de viverem conforme suas escolhas, o que vai de encontro ao caráter da universalidade dos direitos fundamentais. Constatam-se, então, a imposição de muitos em detrimento de poucos, significando dizer que iguais são tratados com desigualdade, e desiguais tratados com igualdade.

3.19 Direitos Fundamentais e a igualdade x a proporcionalidade: O que é um princípio constitucional?

Como explicitado por Alexy (1993, p. 432) os direitos fundamentais são núcleos importantes em um Estado Democrático de Direito, por isso sua outorga ou não outorga, em termos genéricos, não pode ficar “nas mãos” de uma maioria parlamentar, assim como nos casos em que sejam condicionados a uma atuação legislativa equiparar-se-ão a qualquer outro direito de menor carga valorativa, e, portanto, direitos fundamentais fracos por derivarem da lei (NOVAIS, 2010).

A dependência de uma lei para que se assegure determinados direitos ou a aprovação de uma lei que, em tempo de crise econômica, restrinja direitos sociais básicos de grupos de pessoas fere o princípio da igualdade. O princípio deve ser efetivado, conforme Alexy (2012, p. 90), na maior medida possível desde que se observem as possibilidades jurídicas (ponderar com princípios contrários) e reais existentes. Os princípios são “mandamentos de otimização” podendo ser cumpridos em diferentes graus.

Dworkin (1977) afirma que os princípios conferem coerência e justificação ao sistema jurídico e permite ao juiz, diante do *hard cases* (casos difíceis), realizar a interpretação de maneira mais favorável à Constituição Federal.

Os direitos fundamentais devem ser vistos como limitadores de diferenciações e restrições ilegítimas, sendo preciso um equilíbrio entre os critérios aceitos de diferenciação e o limite da atuação judicial como garantia da igualdade. São discriminações arbitrárias todas aquelas que são repudiáveis em uma constituição democrática garantidora de direitos fundamentais.

O fato é que com o surgimento do Estado Social a igualdade formal continua a ser importante, mas com a complementação da igualdade material, caso contrário corre-se o risco de se institucionalizar a figura da descriminalização injustificada.

É o momento em que o princípio da igualdade ou do direito de ser diferente em um Estado Democrático de Direito deve ser aplicado pelo juiz constitucional em razão de discriminações arbitrárias, mas com um juízo de proporcionalidade entre os interesses em pauta. O liame é tênue entre igualdade, direito de ser diferente, discriminação e excessos, devendo o judiciário ser cauteloso para que não interfira indevidamente nas atribuições dos Poderes Legislativo e Executivo.

A diferenciação possui limitações de natureza subjetiva e objetiva, isto é, a primeira, quanto às pessoas e aos grupos, e para que haja respeito à igualdade é imprescindível que o motivo diferenciador não seja ideológico ou fruto do capricho (GONÇALVES, 2010, p. 206). A segunda é relacionada com o grau de justificação acerca de uma diversidade, envolvendo a figura da proporcionalidade em sentido amplo, em especial, a proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da igualdade possui uma relação com o princípio da proporcionalidade, apesar deste último ser originário do direito administrativo e penal, e o primeiro do direito constitucional (MIRANDA, 1993, p. 218-225). A igualdade aproxima-se do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, proibindo-se o excesso ou o arbítrio pelo fato das diferenciações de tratamento de situações aparentemente iguais serem pautadas em fundamento material relevante para justificar um tratamento legal diverso.

No princípio da igualdade, os limites da proibição do excesso devem seguir uma igualdade proporcional que não acarrete um sacrifício excessivamente desmedido para determinados grupos, pessoas ou situações, principalmente quando atinja categorias suspeitas e mais vulneráveis, pois uma medida justificada desigual precisa passar pelo crivo do proporcional.

Juristas, como os professores Luís Pereira Coutinho e Miguel Nogueira de Brito, citando jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, suscitam que, não é qualquer ofensa ao princípio da igualdade que se faz imprescindível um juízo de proporcionalidade, mas apenas quando as violações forem de natureza forte, envolvendo relações, medidas de diferenças, caso contrário seria uma mera análise de proibição ou não do arbítrio (COUTINHO; BRITO, 2013, p. 10).

Em situações substancialmente diferentes deve haver um tratamento desigual, porém com proporcionalidade, tendo sido esse conceito de igualdade proporcional desenvolvido (BRITO, 2014, p. 105), pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Português, em especial, no Acórdão nº 187/201. Assim, mesmo

sendo o tratamento dessemelhante utilizado com os padrões constitucionais e de forma racional, não é óbice que possa ser desconsiderado caso haja uma desproporcionalidade. Apesar da argumentação, para alguns, a igualdade proporcional está ligada à ideia da proibição do arbítrio.

Um dos trechos do Acórdão nº 187/2013 é o seguinte:

“A desigualdade do tratamento deverá, quanto à medida em que surge imposta, ser proporcional, quer às razões que justificam o tratamento desigual – não poderá ser “excessiva”, do ponto de vista do desígnio prosseguido-, quer a medida da diferença verificada entre o grupo dos destinatários da norma diferenciadora e o grupo daqueles que são excluídos dos seus efeitos ou âmbito de aplicação (...).”

Existem diferentes níveis de efetivação do princípio da igualdade (BRITO, 2014, p. 105), entre eles: a igualdade como prevalência da lei, a igualdade perante a lei e a igualdade através da lei. A primeira é a utilização legal de maneira genérica independentemente do conteúdo. A segunda é baseada em uma explicação convincente, com racionalidade, no instante em que vai considerar uma situação igual ou desigual, pois é imprescindível a observância do princípio da dignidade da pessoa humana às categorias suspeitas⁹³. A terceira é para contenção dos excessos das liberdades individuais. A igualdade perante a lei e através da lei condicionam a atuação do legislador na elaboração de leis em duas perspectivas: jurídica e fática.

A igualdade proporcional, desenvolvida no centro da proibição do excesso, ou proibição do arbítrio ou discriminação injustificada, não seria um mecanismo do julgador para a atuação do legislador, o que seria contrário ao princípio da liberdade de conformação do legislador e, por extensão, uma ofensa ao princípio da separação de poderes? Não, desde que na desigualdade seja preenchida com uma justificativa razoável capitaneada por requisitos objetivos, contudo o julgador deverá eximir-se da análise subjetiva do critério de justiça, sob pena de eliminar a discricionariedade do legislador.

Então, há a necessidade de examinar a igualdade como princípio ou regra. Segue trecho da obra:

⁹³Artigo 13, Constituição Portuguesa “Princípio da igualdade 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica, condição social ou orientação sexual”.

A este propósito, cabe começar por salientar que a concepção da igualdade enquanto proibição de arbítrio se apresenta como uma regra: um tratamento diferenciado assente numa razão arbitrária não é admitido. Do mesmo modo, a proibição tendencialmente absoluta de discriminação com base nas categorias suspeitas do artigo 13º, nº 2, da Constituição é também de configurar como uma regra [...] Pelo contrário, a discriminação positiva com base nas aludidas categorias e também a concepção de igualdade geral [...] já seriam consideradas como princípio, segundo a formulação de Alexy. [...] em que se discute a inserção do exame da proporcionalidade na própria estrutura do princípio da igualdade, suscitam-se especiais dificuldades [...].⁹⁴ (BRITO, 2014, p. 126)

Em situações em que o legislador precisa desigualar para atender a igualdade, no intuito de atender um equilíbrio social, econômico, político, etc., não se pode configurar uma situação ilimitada de conveniência do legislador. É preciso que haja limites entre os que são atingidos pela medida e para os que não o são.

3.20 A igualdade, a liberdade e o direito à diferença: A evolução do princípio da igualdade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Os direitos fundamentais possuem uma ligação com o ideal de igualdade, e a liberdade tenciona com a igualdade. Se por um lado, a liberdade radical, exagerada do individualismo ignora a igualdade do exercício de direitos, por outro lado a igualdade desmedida, nominada por Jorge Miranda de igualitária suprime a liberdade política (MIRANDA, 1993, p. 201). O raciocínio do autor é recorrente em sociedades plurais contemporâneas, havendo a necessidade da procura de um equilíbrio entre a igualdade e o direito à diferença como bem comum, além dos interesses de um determinado grupo.

É fato que os direitos são e devem ser os mesmos para todas as pessoas, mas nem todos possuem condições de exercer o direito, por isso é imprescindível que as condições sejam criadas ou recriadas por intermédio da mutação da vida em que as pessoas encontram-se inseridas (MIRANDA, 1993, p. 202).

Para ORTIZ (2010, p. 130-132), entendimento minoritário, em constituições democráticas, é preciso distinguir a igualdade do reconhecimento do direito de ser diferente. Na verdade, o pluralismo ideológico ou o respeito pelas diferenças, nessa linha de raciocínio, não é o mesmo que igualdade, não se resumindo à imposição

das maiorias, mas sim à elaboração de espaços e normas para o exercício de direitos das minorias.

O direito de ser diferente é um direito fundamental e deve ser compreendido não como forma de desestabilização de um sistema jurídico, cultural, etc, mas como meio de dinamizar o ordenamento e que as decisões majoritárias não detenham o poder de negar as liberdades individuais. A igualdade, sob esse ângulo, não é fundamento dos direitos das minorias, mas que as maiorias respeitem as diferenças (ORTIZ, 2010, p. 141).

Segundo a jurista Colombiana Laura Lusma:

A igualdade é um direito que depende da vontade das maiorias, pois são elas que definem o que são iguais. Em relação às minorias, por si só, desde que haja uma causa assegurada constitucionalmente, a maioria possui o dever político de respeitá-las. (ORTIZ, 2010, p. 142).

Continua a autora que, em relação ao ônus da prova, “o princípio da igualdade é mais exigente com as minorias, eis que o diferente deve demonstrar o porquê deve ser tratado de igual maneira, e que haja um convencimento majoritário.” A utilização apenas do direito de ser diferente, por parte da minoria, exige uma valoração menor, pois independe da vontade da maioria, salvo se essa demonstrar um fato modificativo, impeditivo ou extintivo.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, acerca da igualdade, em especial entre os idos de 1950 a 1988 não possuía uma linha argumentativa, justificadora para tratamento diferenciado ou se mostrava “complacente” com os critérios desigualadores sumários escolhidos. Mantinha-se uma situação de desvantagem, de subordinação, ou de senso comum, em uma total “cegueira” aos ditames legislativos e administrativos, sem razão legitimadora para diferenciação (RIOS, 2011, p. 290).

Cita-se como exemplo, o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 2683/57 que tratou do tempo de serviço diferenciado para a aposentadoria das mulheres, com o argumento de que deveria ser aceito, em razão da manutenção da mulher como zeladora do lar e da família, e não como medida compensatória e de resgate da mulher já que sempre foi tratada como um mero objeto, ser inferior, etc. (RIOS, 2011, 292).

No mesmo sentido o Recurso Extraordinário nº 93.112/80, que manteve a constitucionalidade de lei estadual não permitiu às mulheres a possibilidade de exercerem o Cargo de Delegado de Polícia, pois, em nome da igualdade, seria uma função de natureza especial (RIOS, 2011, 293). Percebe-se, na verdade, aqui, uma ruptura ao princípio da igualdade, na medida em que, no caso, a desigualdade fora aventada com o intuito de preservar a subordinação das pessoas do sexo feminino ao “ser mais forte” (homem), e a imutabilidade sem explicações de uma situação discriminatória sem razoabilidade.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa Brasileira (CRFB) de 1998, a jurisprudência pátria passa a reconhecer não somente a igualdade formal, a igualdade material, como também passa a existir a figura do ônus argumentativo na fixação lógica entre o fator de discrimen e a discriminação aventada, pois a isonomia é contrária à desigualdade arbitrária entre pessoas que se encontram em situações idênticas.

Nesse sentido, sem entrar no mérito, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3128-7(2004) acerca do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 1993, pertinente à incidência de contribuição previdenciária de servidores públicos aposentados ou em condições de aposentadoria antes da promulgação da referida emenda, quando o Tribunal Constitucional passou a entender que a figura da diferenciação não pode ser alheatória (RIOS, 2011, 290). Ao contrário, deve ser pautada em argumentos razoáveis e compreensíveis, necessitando haver a identificação de um parâmetro racional para desigualar.

O princípio da igualdade, para uma parte majoritária da doutrina, vai além das dimensões formal e material, porque não basta coibir um tratamento arbitrário e uma exigência de igual paridade, mas também impedir as discriminações em nome do direito da antidiscriminação a grupos denominados de segunda classe de cidadãos, ou a direitos considerados de segundo escalão (RIOS, 2011, 320). A igualdade, como ensina Canotilho (2003, p. 429), precisa ser justa, quer dizer: além da materialidade, deve existir a coibição do arbítrio, haja vista que os indivíduos ou situações iguais não podem ser arbitrariamente tratados.

A igualdade não pode ser confundida com a identidade, pois aquela possui uma pluralidade de objetos referente a pessoas, coisas, ou situações, e esta possui como proteção um só objeto (BELMONTE, 1999, p. 159). Na igualdade, diante da comparação de objetos, deve sobressair o que lhe seja comum. Para isso é preciso

que o critério de diferenciação seja justo para que afirme se pessoas, coisa ou situações estão ou não nas mesmas condições, e que possam acarretar ou não um mesmo tratamento jurídico.

A igualdade está intimamente relacionada com a evolução dos acontecimentos e que, “sua carga ideológica e axiológica não pode permanecer inalterada ao longo do tempo, eis que a igualdade é variável a depender do contexto histórico e social que se encontre” (BELMONTE, 1999, p. 159).

Alguns autores falam em três categorias do princípio da igualdade, são elas: a) proibição do arbítrio: ausência de justificativa ou argumentação sem razoabilidade para diferenciação ou tratamento igual. Muitos criticam a vinculação do princípio da igualdade com a proibição do arbítrio, mas é fato que, este último, é apenas um limitador da discricionariedade e de uma atuação judicial; b) proibição de discriminações: a diferenciação não pode ser pautada no aspecto subjetivo; e c) obrigação de diferenciação: é a concessão de uma efetiva igualdade de chances a todo e qualquer cidadão, em uma nítida tendência de superar as desigualdades reais existentes.

Assim sendo, há discriminações que o princípio da igualdade rejeita, mas existem outras que o mesmo princípio salvaguarda, pois o tratamento diferenciado em situações iguais é contrário à igualdade; mas se as situações são diferentes, o tratamento desigual, é medida *sine qua non* da igualdade. É a chamada discriminação positiva (BELMONTE, 1999, p. 161).

4. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e a aplicação direta da constituição: preparação para o ativismo judicial e a judicialização entre o direito e a política

Por intermédio da jurisdição, chegar-se-á à judicialização da política e ao ativismo judicial, o que sugere sumariamente breves anotações sobre o poder do Estado de dizer o direito legislado em uma operação que, no início, caracterizava-se no mecanicismo, mas, agora, não deixando de fora os valores.

É imprescindível, porém, na nova fase da interpretação e das decisões judiciais a ausência de conotação política, apesar dos temas serem político-constitucionalizados⁹⁵, ou a não ingerência, ou prevalência da vontade pessoal e das idiossincrasias de magistrados na aplicação do direito.

A democracia e o estado de direito quando baseados em exageros dos dois pólos (constituente originário ou derivado e interprete), somente conseguirão transformar a situação negativa em positiva com o auxílio de uma legítima manifestação popular, e de uma imprensa livre e independente, as quais exijam e pressionem pela retomada de um sistema que possui falhas, embora seja o mais aceitável (Estado Democrático de Direitos).

Diante dos ângulos apreciados, uma constatação inexorável é a de que a função judicial é essencial para a efetivação das leis, do direito, visando a pacificação social (AGRA, 2005, p 10). A outra constatação, extremamente polêmica, é a atuação ou não do judiciário nos casos de mora legislativa e de normas constitucionais abrangentes, mesmo diante dos princípios vigentes da indeclinabilidade ou da inafastabilidade do controle jurisdicional, sendo preciso, antes de um julgamento meritório, a presença dos pressupostos processuais de existência e validade, principalmente, a legitimidade de quem irá decidir questões dessa natureza.

⁹⁵ É a visão de Grimm (2006, p. 11-12, grifo nosso): “[...] Sob as condições do direito positivado não é mais possível uma separação entre direito e política no nível da legislação. Nisso também não muda nada a vinculação constitucional da legislação. Pelo contrário, ela parte disso e formula apenas os pressupostos de legitimidade para a determinação política do conteúdo legal. Em contrapartida, tal superação é perfeitamente possível no nível da aplicação do direito. Assim, embora a política programe a aplicação do direito por meio da promulgação de normas gerais, a interpretação e a aplicação das normas no caso concreto subtraem sua influência.

Nas lições de Didier⁹⁶ deve haver na jurisdição a interferência do Estado, através de um terceiro imparcial, na solução dos conflitos, com o objetivo de dizer o direito de maneira definitiva. Assim, acarretará no surgimento de uma norma jurídica concreta que não poderá ser revisada pelos demais poderes.

A jurisdição não pode perder o alcance social do suprimento dos conflitos, como a paz social, e a conscientização das pessoas acerca dos seus direitos, sem que desrespeitem os direitos de outrem, bem como o alcance político em que o Estado ratifica o seu poder e fomenta a participação de todos perante o Poder Judiciário, por exemplo, ação popular, habeas corpus, mandado de segurança, ações coletivas, etc.

O inciso XXXV, do art. 5º da Constituição da República Federativa (CRFB) assegura ser direito fundamental de todo e qualquer jurisdicionado, diante de lesão ou ameaça de lesão a direito, poder exercer o direito de ação. Isso não significa dizer, diante da abstração, que a ação deva ser julgada procedente, mas, peremptoriamente, haverá uma decisão, uma apreciação judicial acerca de uma questão individual ou coletiva.

A decisão do julgador não pode ser suprimida pelo legislativo ou outra autoridade de menor hierarquia, na medida em que o Estado-Juiz, quando acionado, deverá e não poderá exercer a jurisdição (ARAGÃO apud MARINONI, 1999, p.202). No mesmo seguimento da reflexão, pelo princípio da indelegabilidade, o magistrado não tem a possibilidade de alienar sua função judicante a outro terceiro apesar de institutos como a mediação e a arbitragem.

Em sentido análogo é o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁹⁷, ao afirmar que na lacuna da lei o juiz decidirá com base na analogia,

⁹⁶ Sobre a temática diz Didier: “[...] o Poder Judiciário dá a última palavra sobre o conflito. Só os atos jurisdicionais podem adquirir essa definitividade, que recebe o nome de coisa julgada, essa situação jurídica que estabiliza as relações jurídicas de modo definitivo. Essa aptidão é, pensamos, a característica mais marcante da atividade jurisdicional [...]. De acordo com a concepção instrumentalista do processo, a jurisdição tem três fins : o jurídico, o social e o político. O escopo jurídico consiste na atuação da vontade concreta da lei. A jurisdição tem por fim primeiro, portanto, fazer com que se atinjam, em cada caso concreto, as normas de direito substancial [...]. O escopo social consiste em promover o bem comum , com a pacificação, com justiça pela eliminação de conflitos [...]. O escopo político da jurisdição , é aquele pelo qual o Estado busca a afirmação de seu poder, além de incentivar a participação democrática [...]” (DIDIER, 2006, p. 94).

⁹⁷ Art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

nos costumes e nos princípios gerais de direito. No mesmo sentido, o artigo 126 do Código de Processo Civil Brasileiro⁹⁸.

Não existe uma condição de procedibilidade para que o judiciário, quando provocado, possa atuar, a não ser, excepcionalmente, em determinados julgamentos de algumas autoridades que ocorrerão pelo legislativo.⁹⁹ Há, ainda, outras situações em que o constituinte brasileiro condicionou, com o esgotamento das vias administrativas, a participação do judiciário, *verbis gratia*, questões esportivas¹⁰⁰.

Continuando as variantes da problemática, um juiz ainda poderá valer-se, desde que haja previsão legal, da equidade¹⁰¹. Segundo Gonçalves (2005, p. 54): “A equidade não constitui meio supletivo de lacuna da lei, sendo mero recurso auxiliar de aplicação desta [...].”

Assim, a equidade não pode ser entendida como um ideal de justiça a ser perseguido por um magistrado, mas, ao contrário, o juiz deverá aplicar a lei em percepção com os fins sociais a que ela se destina¹⁰², e criar a norma apenas quando a lei der brecha (várias possibilidades) ou for lacunosa, mas não substituir o critério escolhido pela casa de leis pelas suas convicções pessoais de justiça. A equidade, não pode ser substituta da vontade legislativa, porém nada impede sua mitigação para que seja alcançada a justiça do caso concreto.

Neste contexto, o judiciário poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei que restrinja direitos sociais, ou entrar no mérito de uma quizila que envolva direitos sociais em situação de crise econômica? Para isso é preciso respostas a outras indagações: Os direitos sociais são fundamentais ou são normas programáticas? Sendo os direitos sociais fundamentais, eles pertencem ou não ao primeiro escalão de direitos desse *naipe*? Sendo os direitos sociais normas

⁹⁸ Art. 126 do Código de Processo Civil: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.”

⁹⁹ Diz a Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I- processar e julgar o Presidente e o Vice- Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexo com aqueles; II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado Geral da União nos crimes de responsabilidade. (NERY JUNIOR; NERY, 2013, p.522).

¹⁰⁰ “§ 1º, Art. S17, da CRFB: “O Poder Judiciário só admitirá ações relativas a disciplina e às competências desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.” (NERY JUNIOR; NERY, 2013, p.898).

¹⁰¹ Art. 127 do Código de Processo Civil: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.” (BRASIL, 2015).

¹⁰² Art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

programáticas, eles devem ficar ao alvedrio única e exclusivamente do legislador? Diante das celeumas, antes das tentativas de respostas, é preciso explicar, como mais adiante será feito, os institutos da judicialização da política e do ativismo judicial.

Para não deixar as perguntas soltas no texto, doutrinadores, como o professor Coutinho, entendem não ser possível a sindicabilidade dos direitos sociais prestacionais em razão de se tratar de questões políticas, o que ocasiona a ausência de pressupostos processuais e, por isso, não teria que se falar em desrespeito à jurisdição, e sim na necessidade da atuação da função legiferante. Sob essa batuta, nas lições do autor citado, não se estaria a proclamar o retorno do princípio, oriundo do Direito Romano, do *non liquet* em que o pretor deixava de decidir por não saber como julgar.

Como não bastasse o argumento, aqui, apresentado, outros sustentam que os direitos sociais prestacionais necessitam de recursos econômicos dos cofres públicos e da sua capacidade jurídica para dispor, esta última, em questões orçamentárias, impossibilitando os juízes de atuarem por ausência de aptidão funcional (SARLET, 2009, p. 307-308).

É preciso que haja o entendimento, segundo o qual o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional não será desrespeitado quando não houver um julgamento de mérito por parte da autoridade judicial, isso porque é condição *sine qua non* o preenchimento dos pressupostos processuais e das condições da ação¹⁰³.

Entretanto, em relação aos direitos fundamentais, como a matéria encontra-se constitucionalizada, *data vênia*, não é razoável o argumento da ausência de pressupostos processuais ou de condições da ação, sob pena de não se fazer valer a vontade do constituinte originário, como também o mínimo existencial deve ser garantido a todo e qualquer ser humano.

A fase do *laissez – faire*, na qual dentro do Estado Liberal não havia a possibilidade de intervenção estatal na esfera social, a não ser a proteção de direitos individuais dos cidadãos, *v. g.*, na propriedade, bem como na crença do direito criado legitimamente pelo parlamento, e sem a possibilidade dessa mesma criação

¹⁰³ O professor Vinícius é claro ao dizer: “[...] Quem não tem legitimidade ou interesse, ou formula pedido juridicamente impossível, é carecedor de ação e não receberá do Judiciário resposta de acolhimento ou rejeição de sua pretensão [...]. A lei, porém, não pode impor outras restrições que seja estranhas à ordem processual e dificultem o acesso à justiça [...]” (GONÇALVES, 2013, p.33).

por parte do Poder Judiciário. Situação, na atualidade, inexistente em razão da ubiquidade da maior parte das Constituições ocidentais democráticas.

O que precisa ser abordado, nesta parte do estudo, é saber, até que ponto, quais os limites mínimos e máximos do judiciário como protagonista em assuntos antes exclusivos da arena política, sem perder a diretriz atualizada e não ortodoxa da separação de poderes (ACKERMAN, 2009).

É uma tentativa de fixar parâmetros no processo de criação do direito em face da nova linguagem constitucional que não se contenta, única e exclusivamente, com o método de subsunção de regras jurídicas e, como consequência, persegue a reaproximação entre direito e moral ampliando a discricionariedade judicial (princípios), e contrariando o positivismo normativista kelseniano (FELLET et al., 2013, p. 15).

Duas constatações são inegáveis: com o advento do controle de constitucionalidade em relação às leis e aos atos do legislativo ou do executivo, seguindo o paradigma Kelsiano dos Tribunais Constitucionais, ou o modelo norte-americano da jurisdição ordinária, elevou-se o patamar da Constituição a uma supremacia como autêntica norma jurídica, e não mais uma singela proclamação política, o que foi fundamental para a diminuição do arbítrio do poder legislativo.

Ao contrário, a característica negativa está na inflação das matérias constitucionalizadas, acarretando a álea dos representantes populares não serem relevantes na sua atuação, pois o julgador sempre estará pronto para agir, e sem controle por nenhum outro órgão do Estado, a não ser passarem as decisões judiciais pelas críticas, elogios e pressões da sociedade.

Os valores morais sempre existiram, com a ressalva de que somente deveriam ser precisados pelo Estado-Legislação, porém, com a nova filosofia do que seja direito a partir da teoria democrática, o Estado- Judicial não deverá ficar apático em conteúdos valorativos, mas é preciso delimitar até que ponto os tribunais podem decidir questões de natureza moral e política e como encaixar a separação, não mais rígida e clássica, entre os poderes (BARROSO, 2009, p. 10).

O protagonismo judicial, de certa forma, surge com a judicialização da política, citando como exemplo as Constituições brasileira e portuguesa, originando uma elevada constitucionalização de direitos, isso indica que questões de natureza

política, social¹⁰⁴ ou econômica podem ser tuteladas pela instância judicial. É uma situação sem máculas ou abusividade alguma, haja vista que foi essa a vontade do legislador constitucional, logo não tem que se falar em ofensa aos representantes eleitos dos Poderes Legislativo e Executivo, mesmo sendo nítida a transferência de parte do poder político aos integrantes do judiciário.

Volvendo a intrigante relação entre direito e política, durante o passar do tempo, passou por algumas metamorfoses até o formato tradicional da positivação do direito. Nas sociedades antigas o direito nascia das tradições ou das instituições divinas, logicamente não se questionava a justiça ou injustiça do direito, pois era algo imutável, inflexível.

O direito, então, além de não precisar da política para sobreviver, também era preexistente a ela. Como se depreende, na época, não havia a perspectiva de que a vida em sociedade pudesse, com o passar do tempo, ser modificada e as verdades divinas absolutas começassem a trazer dúvidas. Ocorre que, os valores sociais transformaram-se, e o direito não tinha a solução para os conflitos, o que se agravou com a crise religiosa, onde foi colocada em discussão qual seria “a ordem que Deus havia deixado para a humanidade”, tendo acarretado entre os partidos religiosos uma guerra civil (GRIMM, 2006, p. 3-6).

Diante da crise do direito, o homem entendeu que a “chave do labirinto” para tratar de questões sociais que surgiam a todo o momento, e da batalha religiosa seria através da politização do direito, com o poder de legislar, daí passaria o direito a ser algo flexível.

A função de legislar iniciou-se com os monarcas, tendo, sequencialmente, no século XVIII, ocasionado a positivação do direito com as codificações, estas últimas, menos pautadas no divino e mais embasadas no homem por intermédio do direito natural, como também o surgimento do Estado. Aqui, o direito passa a precisar da política, e passa a ser indagado da sua justeza. Em razão dos abusos monarcas, com a vinda da burguesia, viu-se a importância da juridicização da política com, mais uma vez, a sua limitação em relação ao direito, sendo a Constituição o direito positivo¹⁰⁵.

¹⁰⁴ “[...] Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade [...]” (BARROSO, 2009, p. 3).

¹⁰⁵ O jurista Grimm tratando da necessidade de uma Constituição formal e material para servir de guia ao direito asseverou: “[...] A política manteve sua competência de prescrever o direito sobre a

Então poder-se-á afirmar que a Constituição acaba com a política? Não, mas a Constituição cria uma moldura para esta atuação, pois um texto constitucional não pode efetuar uma total juridicização da política, pois é através da política, por exemplo, que deverá acontecer as escolhas, em razão das inúmeras possibilidades, em um Estado social, já que os princípios constitucionais não são imutáveis, sob pena de afronta ao princípio democrático.

sociedade, mas não gozava mais da liberdade dos monarcas absolutistas e era, ela própria, destinatário das condições legais. Por um lado, tratava-se de regulamentações processuais que precisavam ser observadas quando uma decisão política devia ter validade como norma obrigatória para a coletividade. Mas, por outro lado, na forma de direitos constitucionais foram também colocadas exigências de conteúdo para o direito escrito, cuja não-observação implicava sua nulidade. Assim, a solução apresentada pelo direito constitucional não deixou a base do direito positivo [...].” (GRIMM, 2006, p. 9-10).

5. O RAIO “X” DO ATIVISMO JUDICIAL

5.1 Breves aspectos históricos e a similitude das expressões ativismo judicial e jurisdicização da política. Qual é o papel da súmula vinculante no Brasil?

Depois do até aqui exposto, passo ao estudo do termo ativismo judicial que, segundo a experiência norte-americana¹⁰⁶, não possui um conceito uniforme, mas sim expressões ambíguas. Por um lado, é o compromisso com os direitos individuais, e, de outra banda, é o pensamento, a visão singularizada de cada juiz em relação às normas constitucionais. O sistema de controle de constitucionalidade, no caso concreto, mesmo sem previsão constitucional, diante da força do *common Law*, fora construído pela Suprema Corte Americana.

Um fato histórico precisa ser reconhecido: a nomenclatura ativismo judicial originou-se em uma revista americana com o nome de *Fortune* (VALLE, 2009, p. 20), em artigo escrito por *Arthur M. Schlesinger*, datada de janeiro do ano de 1947, sem cunho jurídico que esmiuçou as características dos juízes da Suprema Corte norte-americana entre os ativistas que decidiam de maneira diferente da jurisprudência prevalente.

Neste sentido, encontrava-se, por parte de alguns constitucionalistas, a crítica e uma conotação negativa ao comportamento judicial ativista, e os autolimitadores que mantinham a jurisprudência dominante. Assim, alguns juízes foram denominados de Ativistas Judiciais (*activists*) e outros de passivistas (*self-restraint*), e esta classificação não foi resultado de nenhuma reflexão conceitual (BRANCO, 2011).

Na verdade, o nascedouro, não da expressão, mais dos primeiros sinais do que seria ativismo judicial aconteceu no ano de 1920, na obra de *Édouard Lambert*,

¹⁰⁶ Segundo Vanice acerca da expressão ativismo: “Curiosamente, a cunhagem original do termo não se deveu a um rebuscado discurso judicial ou a um denso artigo acadêmico: a primeira vez que se tem notícia do seu emprego foi na revista americana FORTUNE, voltada não para juristas, mas para o público leigo. No artigo “The Supreme Court: 1947”, o jornalista Arthur Schlesinger Jr. traçou o perfil dos nove juízes da Suprema Corte norte-americana: foram classificados como ativistas judiciais os juízes BLACK, Douglas, Murphy e Rutledge; como campões de autolimitação, os juízes Frankfurter, Jackson e Burton; e os juízes Reed e Vinson, como integrantes de um grupo de centro. Schlesinger Jr, ganhador do Prêmio Pulitzer e responsável por uma obra dedicada à crítica social americana, com ênfase na exploração do liberalismo exercitado por importantes políticos na história daquele país, tinha no ativismo judicial um elemento condicionante de sua análise, ao reconhecer, em uma linha divisória entre juízes ativistas e os de uma autolimitação, um reflexo de tendência liberal ou conservadora na atividade judicante de cada magistrado [...]” (VALLE, 2009, p. 20-21).

quando o mundo começava a debater os perigos de uma conduta judicial que superasse os limítrofes da própria função que, para os juízes norte-americanos, não seria mais uma novidade, pois já possuíam poder político para desconstituírem legislações que não atendiam a vontade constitucional.¹⁰⁷

A grande dúvida, academicamente, nos dias de hoje, é saber se o ativismo judicial, também intitulado “governo dos juízes”, é um instrumento contrário ou a favor de um Estado Democrático, isto é, se visa resguardar os direitos fundamentais, ou se é apenas uma forma do judiciário fazer impor suas vontades, com o argumento de aplicação e proteção de uma Constituição, em prol das escolhas dos representantes eleitos pelo povo. Normalmente, a expressão ativismo é usada de maneira pejorativa, todavia, a depender de como utiliza-se, poderá ser algo positivo, o que seria para alguns um “estadismo” ou “sabedoria salomônica judicial”¹⁰⁸.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, no ano de 2013, no caso *United States X Windsor* não conheceu ser o casamento apenas a união entre um homem e uma mulher, e, portanto, declarou a lei inconstitucional. Segundo Steven D. Smith, o argumento da Suprema Corte foi, apesar de outras justificativas, direcionada no sentido de que o objetivo do Congresso Americano foi o de menosprezar um grupo impopular, agindo, assim, com base na “maldade.” Para o professor citado, não é possível que os juízes da Suprema Corte possam afirmar que os membros do Congresso atuaram com “hipocrisia ou mentira”, tampouco uma grande parcela da população americana. Conclui o mencionado autor, que os integrantes da Suprema Corte, mesmo com a justificativa de tratar a todos com igual respeito, foram eles que não tiveram respeito com os que discordam de suas decisões (SMITH, 2015).

¹⁰⁷ Com propriedade fala a autora nos seguintes termos sobre ativismo judicial: “[...] Os primeiros sinais deste ativismo judicial podem ser vislumbrados em meados do século XIX, no *hallamark case Dred Scott v. Sandford*, de 1857. Mas é durante o período mais conturbado do *New Deal* (1935-37), que opôs a *Supreme Court* à Administração Roosevelt, que a discussão em torno dos alegados excessos cometidos pelos juízes no exercício da sua função assumiu proporções relevantes e alarmantes. A uma atitude de constante sabotagem da legislação social e econômica que procurava implementar, respondeu o Presidente *Roosevelt* com o *Court-packing plan*, que tentou fazer passar, sem sucesso, no Congresso. Com este plano, destinado a alterar a composição da *Supreme Court*, pretendia o Presidente Roosevelt formatar este tribunal superior aos interesses das suas políticas de cariz social. Apesar de perdida a batalha, a guerra contra o “criativismo” da *Supren Court* foi ganha por Roosevelt. Efetivamente, a batalha do *New Deal* fez cair por terra o “mito do judiciário”, chamando a atenção da opinião pública para as circunstâncias de um órgão destituído de legitimidade democrática estar, afinal a fazer política [...]” (URBANO, 2013 p. 88).

¹⁰⁸ “[...] Assim, os conservadores reclamam do ‘ativismo’ quando o Tribunal se intromete no governo para derrubar leis tradicionais de matrimônio ou restrições de aborto; progressistas clamam ‘ativismo’ quando os juízes intervêm para proteger direitos de liberdade de expressão de corporações contra campanhas de regulação de finanças [...]” (SMITH, S. D., 2015, p. 22, tradução nossa).

A posição mais adequada de uma Suprema Corte, em assuntos dessa espécie, não é definir se o Congresso Americano agiu com “ódio ou não”, mas se restrições a direitos fundamentais foram ou não utilizadas de maneira proporcional, seja qual tenha sido a justificativa apresentada pelo legislativo. Essa, sim, deve ser a “razão” da decisão de uma Suprema Corte ou de um Tribunal Constitucional.

Sobre o casamento de pessoas do mesmo sexo, no artigo “O princípio da igualdade e o direito de ser diferente nas uniões homoafetivas”, de minha autoria, houve contrariedade a uma parte da decisão do Supremo Tribunal Federal Brasileiro que autorizou o instituto do “casamento”, por entender, neste ponto, que seria matéria exclusivamente do legislador a definir o “casamento”, ou outra denominação para o enlace de pessoas do mesmo sexo. O que não poderia acontecer, como de fato não ocorreu, seria a mais alta corte brasileira, negar o caráter de entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo.

O ativismo judicial, quando estruturado no subprincípios da proporcionalidade, ou mesmo, diante de uma ponderação racional em caso de omissão legislativa, não pode ser visto como um opróbrio, nem ser taxado de uma filosofia em que magistrados imponham suas opiniões e pontos de vista em desonra à lei ou à falta dela ¹⁰⁹. Exercer o ativismo judicial da maneira aqui colocada, não é permitir aos juízes a escolha de preferências políticas subjetivas, ao invés de imparcialmente aplicar a lei no seu sentido inicial, mas, ao contrário, é preservar a vontade do constituinte originário, a dignidade dos cidadãos. A vontade original da lei, não pode se sobrepor a uma limitação desmedida de direitos fundamentais.

Uma constatação indubitável, com o passar dos anos, é a diminuição da distância do alcance, apesar das diferenças, do termo ativismo no Brasil e nos Estados Unidos, na medida em que, este último adota o sistema da *Common Law*, e aquele o sistema romano-germânico.

No formato do *Common Law* a participação do judiciário é decisiva para a criação do direito através de casos concretos, com a vinculação das decisões judiciais baseada na fórmula do *Stare Decisis*, na qual uma situação análoga a outra

¹⁰⁹ De maneira totalmente contrária ao pensamento exposto no parágrafo, e com aversão, ao menos, de visualizar uma perspectiva positiva do ativismo judicial na seara de uma jurisdição constitucional, é o pensamento de Ribeiro (2015): [...] ‘Ativismo Judicial contra austeridade em Portugal’ eu certamente não tive a intenção de elogiar juízes do Tribunal Constitucional Português, e eu esperava que meus leitores percebessem isso imediatamente. ‘ativismo’ é raramente usado como um termo de aprovação quando se fala sobre julgar – um juiz acusado por ‘ativismo’ é responsável por dano de alguma forma, apesar de não ser claramente algo tão sério quanto extravio da justiça ou corrupção direta.

anterior deverá ser julgada da mesma maneira, ou seja, é a verticalização e horizontalização dos precedentes. Elival assim define como “a capacidade de estabelecer atos disciplinadores de condutas futuras” (RAMOS, 2013, p. 108).

Nessa vertente, hoje, no Brasil, com a Súmula Vinculante, instituto disciplinado pela emenda constitucional nº 45/2004, intitulada de Reforma do Judiciário, conferiu a possibilidade do Supremo Tribunal Federal, diante da reiteração de julgados no mesmo sentido, vincular algumas matérias levadas ao Estado-juiz, no sentido de uniformizar as decisões, o que se estende a administração pública direta e indireta nas esferas federal, estadual e municipal. Para que isso ocorra, além de requisitos formais é imprescindível analisar os aspectos materiais envolvendo reiteração de decisões sobre matéria constitucional e a existência de controvérsia judicial entre órgãos judiciários ou entre eles e os órgãos da Administração Pública¹¹⁰.

É perceptível, em uma análise perfunctória, afirmar ser a súmula vinculante um instrumento peculiar de legislação por parte do poder judiciário que ao mesmo tempo cria e aplica um direito em um caso concreto. Na jurisdição constitucional é possível, diante do controle de constitucionalidade, em casos concretos ou abstratos, criar normas pela interpretação da vontade do Constituinte originário, e isso, apesar da proximidade de conceituação com o termo ativismo judicial, não é a mesma coisa que editar súmulas vinculantes.

O Supremo Tribunal Federal, ao editar uma súmula vinculante, possuirá um grau de liberdade de conformação bem inferior ao do legislador, isso porque os integrantes da Suprema Corte estão vinculados a um entendimento jurisprudencial consolidado, e que, apenas reflexamente poderá ter um sentido normativo geral. Para Manoel Gonçalves, a Suprema Corte, por intermédio das súmulas vinculantes, possuem “uma função paralegislativa” (FERREIRA FILHO, 2008, p. 268).

Independentemente da natureza jurídica da súmula vinculante, ela nada mais é do que a criação de uma norma legal com as características da obrigatoriedade, generalidade, abstratividade e impessoalidade. Assim, diante da situação há ofensa ao princípio da separação de poderes? A matéria constante em

¹¹⁰ Artigo 103-A da Constituição Brasileira “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

súmula vinculante não obriga o Poder Legislativo que poderá criar leis com conteúdos diversos, todavia, o malefício da súmula vinculante é engessar a interpretação judicial constitucional com o passar dos tempos, a não ser que o legislador atue de maneira proativa em cada momento da vida em sociedade.

Um fato mundialmente inegável é a proximidade entre a performance dos julgadores e a dos legisladores, o que merece reportar os ensinamentos de Kelsen (1984, 268):

[...] A função criadora de Direito dos tribunais, que existe em todas as circunstâncias, surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais através de decisões com força de precedentes [...].

É a complexidade em saber se o termo ativismo judicial deve ser visto como algo negativo ou positivo em relação à separação de poderes e à democracia. É inquestionável, no sistema do *common Law*, uma participação ativa, intensa do Poder Judiciário no processo, dificultando o reconhecimento de uma conduta ativista negativa. Diferentemente, durante longos anos, foi o judiciário brasileiro que seguia o modelo do *civil Law*, já que não atuava como legislador positivo, a não ser comunicando o Poder Legislativo das omissões constitucionais¹¹¹.

No modelo adotado pela maioria das Constituições do mundo ocidental é indissociável o direito da política (ativismo judicial) e a política do direito (jurisdicização da política), isto é, decisões políticas, via tribunais, e constituições com pautas extensas, sem deixar passar em branco a figura contemporânea da jurisdicização das relações sociais, onde a sociedade civil está mobilizada para garantia de direitos individuais, coletivos e difusos.

Apesar da similitude com a jurisdicização da política, o ativismo judicial possui peculiaridades, sendo a principal aquela que possibilita ao magistrado

¹¹¹ Exemplificando o Mandado de Injunção 712/PA que tratou da greve dos servidores públicos. Em casos anteriores o STF limitava-se a cientificar o Congresso nacional de que este estava em mora. A partir de 2007 a Suprema Corte passou a adotar uma posição mais concretista, destaque para trechos do voto do Ministro Celso de Mello, o atraso de 19 anos para regulamentar um direito constitucional “traduz incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição Federal [...] A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado, pois nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se revelarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.”

interpretar a Constituição para além do seu sentido original. Uma curiosidade é buscar a compreensão sobre a necessidade de uma interpretação judicial mais abrangente e o seu motivo. Isso ocorre, geralmente, em questões extremamente delicadas, sensíveis e sem um entendimento da sociedade, o que recai na classe política, pois, temerosa com o resultado de eleições futuras e a possibilidade da perda do “poder”, preferem não regulamentar esses assuntos deveras importantes, tendo como resultado uma falta de efetivação de direitos de primeira linhagem, e inevitavelmente acarreta a busca dos cidadãos pela sindicabilidade¹¹².

Ativismo judicial, para Ramos (2014), é a atuação da função jurisdicional para além dos limites estipulado pelas normas postas, ou seja, é um acréscimo, um excesso da competência do Poder Judiciário, e, por isso, em regra, a expressão ativismo não é aceita de bom grado quando utilizada pelo Poder Judiciário, sobretudo, pelo argumento do desrespeito ao princípio constitucional da separação de poderes e da usurpação de funções.

Sobre a judicialização e o ativismo judicial, relata Streck:

[...] Judicialização é contingencial. Num país como o Brasil, é até mesmo inexorável que aconteça essa judicialização (e até em demasia). Mas não se pode confundir aquilo que é próprio de um sistema como o nosso (Constituição analítica, falta de políticas públicas e amplo acesso à Justiça) com o que se chama de ativismo. O que é ativismo? É quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas). No Brasil esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de “princípios”, em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo. Na verdade, parte considerável de nossa judicialização perde-se no emaranhado de ativismos [...]. (STRECK, 2009, p. 15).

Decorre especificamente o ativismo judicial da nova hermenêutica constitucional na interpretação dos princípios e das cláusulas abertas, o que tem acarretado apreciações críticas, muitas vezes injustas, ao Poder Judiciário em virtude da discussão em saber qual é a leitura correta de dispositivo constitucional de cunho aberto, em casos difíceis, diante da omissão, da ação de uma lei ou de

¹¹² “Dialogando com Dominique Rousseau, o professor aponta que, ante a insuficiência da via parlamentar com uma ligação entre os cidadãos e o poder – o que, no caso brasileiro, pode ser corroborado pelo grau de insatisfação da sociedade com os parlamentos e nossa herança patrimonialista, argumentos que leio nas entrelinhas de seu artigo-, colocando a democracia representativa como algo sazonal, as Constituições modernas dão às sociedades uma democracia continua, pois a jurisdição constitucional permite “aos indivíduos exercerem um trabalho político: o controle, fora dos momentos eleitorais, da ação do governantes.” (FELLET et al., 2013).

uma política pública. O magistrado comprometido com o Estado Constitucional de Direito é aquele que, argumentativamente localiza-se entre a lei e o decisionismo.

Qual a técnica a ser utilizada para afirmar que uma decisão judicial é ativista? É pelo controle de constitucionalidade? No modelo de Estado Constitucional de Direito, em uma primeira análise, não, eis que os Poderes Legislativo e Executivo devem respeito e obediência ao Texto Constitucional. O ponto crucial da configuração do ativismo como algo negativo é a reiteração da conduta de um órgão jurisdicional com nítido caráter de desafio aos outros poderes, apenas transformando uma vontade subjetiva de um órgão, em outra vantagem subjetiva de outro órgão (VALLE, 2009, p. 21).

Conclui-se que os três Poderes interpretam a Constituição, realizam um controle recíproco entre eles para coibir o surgimento da arrogância de uma dessas funções ou a origem de “instâncias hegemônicas”¹¹³. A abrangência interpretativa não pode deixar de atender os valores e os objetivos constitucionais, e, diante dessa verdade, surge o questionamento: entre os poderes, quando não houver consenso em razão da interpretação de uma norma constitucional, qual vontade deverá vingar? Frise-se que nem toda matéria deve ser levada e decidida pelo judiciário, mas quando houver a necessidade da atuação de um tribunal, essa última vontade deve prevalecer.

5.2. A capacidade institucional e o efeito sistêmico: O ativismo judicial e a judicialização da política. Pode-se falar em criação do direito?

Entre a dança interpretativa dos poderes estatais é preciso atenção a dois aspectos: as capacidades institucionais e os efeitos sistêmicos, aquela com atenção a qual poder está mais apto, em assuntos de uma maior complexidade técnica ou científica, não necessariamente o judiciário, mais sim as instâncias políticas, embasadas em pareceres de profissionais técnicos da área, a proferirem decisões com eficiência, um maior acerto, e, portanto, proporcional. Nessa situação, a interferência do judiciário é maléfica, mesmo sendo o legitimado da última palavra.

Partindo para os efeitos sistêmicos, o magistrado deverá agir com cautela e prudência no ato de decidir, justamente por ele ter sido preparado para assegurar

¹¹³ Expressão citada pelo Ministro Celso de Melo, Supremo Tribunal Federal, Diário da Justiça da União, 12 de maio de 2000, MS nº 23.452/RJ.

uma justiça no caso concreto, com a nomenclatura de microjustiça (BARCELLOS, 2007, p. 34).

Dessa maneira, um juiz nem sempre é embasado em informações ou em conhecimentos para mensurar as conseqüências, em processos singulares, de suas decisões. Como exemplo, a dificuldade do Poder Judiciário possuir detalhes sobre a situação econômica real de um ente público, correndo-se o risco da escolha judicial ser temerária e prejudicial à determinada política pública ou a determinada legislação e, conseqüentemente, a toda coletividade.

É preciso que o Estado-Juiz, por falta de capacidade institucional, não chegue ao ponto de desorganizar a atividade administrativa com a afetação na distribuição dos recursos públicos (BARROSO, 2014). Embora seja evidente que, no modelo atual democrático, a autoridade judicial deverá interferir no resguardo de direitos fundamentais, porém isso não impede, em algumas situações criteriosas, o judiciário de auto limitar-se e de não exercer o poder por falta de aptidão técnica.

Assim sendo, em relação ao efeito sistêmico e a capacidade institucional o Poder Judiciário, regra geral, respeitará as escolhas e valorações das casas políticas especializadas, com a ressalva de que as atuações, destas últimas, possuam razoabilidade e obedeçam ao procedimento adequado. Em não sendo assim, não haveria sentido na criação de um Estado Constitucional de Direitos, o que, nas lições de Barroso (2009, p. 19): “Deferência não significa abdicação de competência.”¹¹⁴

A terminologia ativismo judicial não pode ser confundida, segundo doutrina abalizada, com a criação judicial do direito, isso porque é da competência do julgador transformar um direito legislado em direito interpretado e aplicado (COELHO, 2010, p. 3). O problema é quando o texto constitucional possui uma norma com conteúdo jurídico indeterminado, com interpretações diversificadas e em que há excessos.

¹¹⁴ “O Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça.” (BARROSO, 2009, p. 19).

Em virtude do até aqui expendido, constata-se ser a judicialização da política o mecanismo em que uma parcela de questões de repercussão política ou social poderá ser decidida por órgãos do Poder Judiciário, e não pelos Poderes Legislativo e Executivo, por vontade da Constituição e não do Poder Judiciário. Na judicialização envolve legitimamente uma “troca de bastão” do legislador para o julgador, com uma nítida alteração na forma de argumentação e no modo de atuação da sociedade.

Conforme Barroso, *litteris*:

[...] A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado da vontade política [...] o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo [...]. (BARROSO, 2009, p. 3).

O ativismo judicial é mais intenso e extremamente perigoso, quanto da maior probabilidade de desrespeitar os limites de um poder sobre o outro, tendo em vista o aumento do “raio de ação” de juízes e tribunais, com o fim de assegurar os desejos constitucionais em assuntos que não foram expressamente definidos na Constituição ou pelo legislador infraconstitucional, tendo a expressão ativismo a pecha de ser pejorativa. É o que Urbano denomina da extração de direitos das “zonas de penumbra” da Constituição Federal (URBANO, 2011).

Na direção contrária ao ativismo, encontra-se a não atuação do Estado-juiz, e, como conseqüência, a sua não invasão generalizada na competência dos demais poderes. Assim, as questões constitucionais, aparentemente sem solução, naquele momento, permanecerão à espera das instâncias genuinamente políticas¹¹⁵. Esse acúmulo do judiciário é identificado, na teoria constitucional, como dificuldade contramajoritária (BICKEL, 1986, p. 16).

¹¹⁵ Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário [...] (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas [...]. 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 [...].” (BARROSO, 2009, p. 7).

É surreal imaginar que uma nação torne-se um Estado social em demasia e não sofra graves consequências econômicas, bem como, em razão da pluralidade da sociedade e sua implosão, o Estado-Legislator e o Estado-Gestor não acompanham e regulamentam em tempo hábil as transformações da sociedade no caminho da pacificação social. Diante da situação, nas democracias contemporâneas, com uma quantidade volumosa de litígios, surge a figura do juiz (XIMENES, 2012) como o único guardião de promessas tanto para o sujeito como para a comunidade política.

Entre o ativismo judicial e a judicialização da política está a atualidade do debate constitucional em todas as partes do mundo¹¹⁶, principalmente no que concerne à relação entre o poder judicial, a legitimidade democrática e as instâncias tradicionais políticas. Pergunta-se: Toda interpretação judicial pode ser considerada ativista? Como se verá mais adiante, nem toda interpretação, ou, para alguns, a “criação do direito”, é ativista.

No que tange ao ativismo judicial, no início do trabalho, houve a citação de alguns casos ocorridos nos Estados Unidos, e a constatação foi à alternância de formas de ativismo com a autocontenção judicial.

Em relação ao ativismo, dividiu-se em dois instantes distintos: o primeiro, conservador e sem a preocupação com os direitos fundamentais, mas favorável às liberdades contratuais e às liberdades econômicas; o segundo, liberal e focado nos valores majoritários e progressistas do mundo contemporâneo¹¹⁷.

A autocontenção judicial baseou-se na presunção de constitucionalidade das leis, e, principalmente, no judiciário evitar a expansão de direitos assegurados na Constituição, além de não interferir na proteção de direitos não assegurados expressamente na lei Maior (ZOLLER, 1994, p. 168).

Na relação entre estado de direito, democracia, ativismo judicial e da judicialização da política, sintetizou Sanchis:

¹¹⁶ Em relação ao alcance global do ativismo: “Apesar de inicialmente sediado nos EUA, o debate acerca do ‘ativismo judicial’ ou do ‘governo de juizes’ (porventura as expressões mais comuns) acabaria por transpor as fronteiras deste país, universalizando-se, e até os auto-contidos tribunais constitucionais alemão e português já fizeram a sua incursão em ‘terrenos legislativos’.” (URBANO, 2011, p. 10).

¹¹⁷ Segue lições da autora portuguesa sobre o ativismo: “Resta dizer que um traço comum ao ativismo conservador e ao ativismo liberal é o de que em ambos os casos o ativismo constitui na afirmação de direitos que não estavam constitucionalmente consagrados, pelo menos de forma expressa [...]” (URBANO, 2013, p. 93).

“[...] mais princípios que regras; mais ponderação do que subsunção; omnipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em vez de espaços vazios em favor da opção legislativa ou regulamentar; onipotência judicial em vez de autonomia do legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, por vezes tendencialmente contraditórios, em vez de uma homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas [...]” (SANCHIS, 2003, p. 131).

O que fica perceptível, trazendo para os dias atuais, é que as decisões judiciais emanada dos Tribunais Constitucionais ou das Supremas Cortes podem ser, em determinados momentos, ativistas ou autocontidas. O mais complexo é compreender a possibilidade de na mesma decisão judicial as condutas dos juízes serem, simultaneamente, ativistas e autocontidas.

No caso luso, algumas leis que restringiram direitos sociais de servidores público, durante a crise econômica, foram declaradas inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional, daí os ministros atuaram de maneira ativista em relação aos direitos sociais, e auto contidos em razão das liberdades civis.

Apesar da afirmação acima, ser ativista não é igual a ser liberal; e ser conservador, não é o mesmo que autocontenção. Assim, uma decisão judicial que diz o direito a uma situação não expressamente prevista na Constituição pode ser conservadora na defesa das liberdades contratuais e interesses econômicos, ou liberal na proteção de liberdades individuais e direitos de defesa clássicos. Por fim, não pode ocorrer é o ativismo aristocrático, onde sempre vigorará a vontade política daqueles que indicaram os integrantes da Suprema Corte ou de um Tribunal Constitucional.

Na relação entre ativismo judicial e autocontenção, por dever acadêmico, enfatizo a Teoria do Minimalismo Judicial, desenvolvida por Thayer¹¹⁸, avessa ao controle judicial de constitucionalidade, com a seguinte ponderação:

Essas opções teóricas são rejeitadas pelos críticos que as consideram como meio para aumentar o poder dos juízes, em detrimento de órgãos eleitos pelo voto popular e estão mais preparados para tomar decisões em temas políticos ou de alta complexidade técnica. O texto constitucional é aberto e vago (baixa densidade normativa). Isso equivale, segundo os críticos, à decisão de encarregar o legislador e o Executivo da concretização de normas abstratas de maneira discricionária. Essa decisão do constituinte limita a amplitude e a profundidade do controle judicial, pois em muitos casos faltam critérios constitucionais objetivos para invalidar a

¹¹⁸ Professor de direito em Havard, a Teoria Minimalista encontra-se em um trabalho publicado em 1893, intitulado “Origem e finalidade da doutrina Americana do direito constitucional.”

opção do legislador. Essa é a tese central do minimalismo judicial. (DÍMOULIS, p. 465).

A teoria minimalista, por obviedade, conduzem juristas a defenderem a tese da auto contenção do judiciário, haja vista que os Poderes Legislativo e Executivo possuem legitimidade para dar a última palavra em sede de interpretação constitucional.

Consoante o expandido, volta-se ao princípio da proporcionalidade, e com isso o magistrado não deve ser passivista e manter-se inerte em flagrante lesão à Constituição, tampouco ativista, sem um substrato consistente, com a intervenção exagerada em assuntos políticos. Essa teoria (minimalista) não tem vazão no nosso ordenamento jurídico que é embasado pelo instituto do controle de constitucionalidade.

A grande dificuldade do Estado-Juiz está, essencialmente no âmbito social, especificamente na área da saúde, educação, etc. Neste sentido, são os ensinamentos do Desembargador Nalini (2013, p. 386): “O Ativismo pode ser um fator preocupante, quando o juiz tende a fazer justiça no varejo e a produzir injustiça no atacado.”

A judicialização da política é advinda do constitucionalismo dirigente, surgido após a segunda guerra e da crise de representatividade, tendo como conseqüência o aumento da litigiosidade. O ativismo judicial, por outro lado, é um decisionismo jurídico que pode ser legítimo ou ilegítimo.

O ativismo judicial ocorre nas situações em que se aplica, de primeira, a Constituição em temáticas não definidas expressamente pelo constituinte, e, ao mesmo tempo, sem a espera da atuação do legislador ou do executor diante das zonas de silêncio, sob a batuta da imprescindibilidade e da normatização da realização dos valores constitucionais (BARROSO, 2009, p. 6).

Questiona-se: É o ativismo judicial uma forma de criação de direito novo¹¹⁹ ou um modelo de interpretação? O ativismo judicial é salutar para a democracia? A

¹¹⁹ No julgamento do Supremo Tribunal Federal referente ao caso específico da perda do mandato por desfiliação partidária houve, segundo Elival, uma nova criação de direito: “[...] De modo até mais contundente do que na jurisprudência examinada no item anterior, a construção empreendida pelo Supremo Tribunal Federal para, sob determinados pressupostos, impor ao parlamentar eleito pelo sistema proporcional a perda de mandato em caso de desfiliação partidária configura um dos episódios mais característicos de ativismo judiciário de toda a história daquela Excelsa Corte. O rigor científico exige que se aparte, no exame da atuação do STF, tanto aqui como em qualquer outro exercício supostamente ativista, a discussão sobre o fim que se pretendeu atingir, invariavelmente dignos de serem prestigiados, porém mediante a indispensável intermediação normativa. A afirmação

interferência do Poder Judiciário, quando do ativismo judicial, atingindo o raio de alcance dos demais poderes é legítima? A resposta, seja ela qual for, poderá chegar a “um beco sem saídas.”

Em não havendo previsão constitucional explícita, e sendo a omissão do legislador ordinário ou do gestor, da época, baseadas nas tradições e costumes de um povo, o ativismo judicial precisa ser evitado em atenção ao princípio democrático da separação dos poderes. Entretanto, a interpretação judicial e a criação do direito se completam, ou seja, um juiz quando interpreta uma lei infraconstitucional ou constitucional estará de certa forma criando um direito, apesar de não poder ele (intérprete) agir de maneira plena e irrestrita¹²⁰. A “criação judicial”, nos termos aqui apresentada, é legítima.

O problema surge, no momento em que a passagem do tempo impiedosamente avança, e a geração do futuro transforma-se em atual, mas a Constituição continua a mesma, estagnada, e o legislador permanece inerte. Aqui, é inaceitável que uma sociedade não veja seus direitos reconhecidos, por obra de uma maioria essencialmente política de índole tendenciosa, discriminatória e corrompida.

O caso que envolve gerações, e como a jurisdição constitucional poderá atuar é bastante delicado por dois motivos: o primeiro é saber se uma geração, quando da promulgação de uma Constituição, pode impor os seus desejos a uma outra geração (ELSTER, 2009, p. 124); o segundo é ser o Estado-Judicial capaz de aferir se determinada situação posta passa por um conflito intergeracional.

Na última citação, em constatando o conflito entre gerações, haverá uma nítida atuação de um poder originalmente não político em situações constitucionais não expressas na Constituição, por intermédio da interpretação ou pela criação de

de um princípio constitucional não pode servir de pretexto argumentativo ao Poder Judiciário para impor normatização que ultrapasse os lindes de sua competência, antes executória do que criadora de normas disciplinadoras de conduta. [...]” (RAMOS, 2014, p. 249-250, grifo nosso).

¹²⁰ É esse o sentido do texto: “[...] não existe clara oposição entre interpretação e criação do direito, torna-se contudo necessário fazer uma distinção, como dissemos acima, para evitar sérios equívocos. De fato, o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha -, não deve ser confundido com a afirmação da total liberdade do intérprete. Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais, quanto substanciais [...]” (CAPPELLETTI, 1993, p. 33)

um direito novo. A Constituição Brasileira de 1988 e a Constituição Português de 1976 passam por conflitos intergeracionais?

A cultura baseada em crenças, tradições, costumes e “preconceitos”, em momentos históricos iniciais, é compreensível e conduz a atuação dos poderes legislativo e executivo, contudo essa situação não pode eterniza-se e, por obviedade, impedir o legislador ou o administrador de promoverem as ações necessárias em prol de toda a comunidade, a uma pelo aparecimento de situações novas com a evolução da sociedade; e a duas pelo fato da opinião pública majoritária – povo, detentor do poder –. Neste último caso, mesmo sendo o medidor da atuação de representantes populares, muitas vezes, é alavancada por fatores emocionais, por paixões, ligados a uma propaganda ideológica, política ou econômica, e não pela racionalidade (CAETANO, 2014, p. 381).

Partindo da premissa de que o Poder Legislativo e o Poder Executivo não acompanham a evolução intergeracional de uma sociedade e, como consequência lógica, deixa a mercê direitos fundamentais, surge a figura da jurisdição constitucional e da teoria da maioria de um Tribunal Constitucional ou de uma Suprema Corte que, a depender dos critérios de escolha, do perfil e da índole dos seus componentes, pode ou não ser paradigma para adentrar mais profundamente na zona de atuação dos outros dois poderes.

Assim sendo, a interpretação judicial mais abrangente dos valores e fins constitucionais nem sempre será o melhor caminho para um Estado Democrático de Direito, mas também não quer dizer que seja o pior ou não possa ser utilizada. Como, então, legitimar a figura dos juízes constitucionais em sede de ativismo judicial sem que haja rompimento com o princípio da separação de poderes?

Algumas situações que incentivam o ativismo: magistrados que asseguram ou alargam a Constituição de acordo com a realidade, sendo ela do povo (URBANO, 2013, p. 97-98); a participação de terceiros interessados no processo judicial, também conhecidos como *Amicus Curiae*; inúmeras demandas ajuizadas e o juiz atuando com uma legitimidade democrática indireta, passando a assegurar direitos fundamentais ao povo; decisão judicial contrária a uma opção política dos demais poderes é enveredada na argumentação jurídica, mesmo discutindo um assunto político; minorias excluídas e insatisfeitas no sistema de democracia representativa valendo-se do Poder Judiciário; etc.

Há quem defenda a figura do juiz constitucional decidindo questões políticas, mas também judicial, pelo fato de ser possível, posteriormente, uma nova legislação regulamentando a matéria de maneira diversa. Essa justificativa é contraproducente, eis que pode haver um controle de constitucionalidade e voltar a prevalecer a medida judicial anterior (DWORKIN, 2001, p. 18).

A única certeza, por ora, é que diante das normas jurídicas abertas, quando de uma interpretação judicial haverá a criação de um direito, não tendo com conceituar de maneira diferente as decisões judiciais com a contribuição criativa e a figura interpretativa. A dúvida é se essa situação é boa ou ruim (CAPPELLETTI, 1993, p. 33).

O que está configurado no mundo atual do direito sobre o ativismo judicial são grupos doutrinários e jurisprudenciais antagônicos. Para os ativistas não é possível ao judiciário, desde que devidamente interpelado, manter-se inerte diante de uma letargia, de uma influência clientelista, de uma incompetência administrativa dos outros poderes que ocasionará em inúmeras lesões a direitos fundamentais, na medida em que, por obediência ao princípio da igualdade, todos os poderes constituídos têm o dever de assegurar e efetivar a Constituição. Para ser democracia não basta o nome, o conceito, é preciso a inexistência de vícios.

Os que propalam a autocontenção judicial, de prima, vêem uma afronta ao princípio da separação de poderes com juízes tirânicos que julgam, legislam e administram politicamente quando deveriam concretizar, por intermédio da interpretação, as escolhas dos representantes populares.

Em assim sendo, não passa, sequer de longe, a figura do magistrado como legislador positivo diante de tamanha inconstitucionalidade, juntando-se ao fato que os aplicadores, intérpretes do direito, não passam pelo crivo dos eleitores e não existe controle de suas decisões, a não ser pela consciência da autocontenção.

O ativismo judicial, portanto, recebe o contraponto da autocontenção judicial que coíbe o judiciário, através de seus integrantes, de terem ingerência nos poderes eleitos pelo voto popular (BARROSO, 2009, p. 7). Por essa fronteira, não é possível que a Constituição de maneira direta e sem o caso estar devidamente estabelecido no seu texto possa ser assegurada por juízes, em virtude da problemática ser política.

Situação melindrosa ocorre em normas constitucionais valorativas abertas, de conteúdo jurídico indeterminado, é que o Poder Judiciário, quando de uma

atuação, no ato da interpretação precisará dizer o direito, mas não poderá livremente criar o direito. É o que se intitula de dificuldade contramajoritária (BICKEL, 1986, p. 16).

O professor Andrade, complementando a tese crítica do ativismo, menciona uma visão extensiva da separação de poderes, com a impossibilidade do Poder Judiciário modificar a Constituição sem que haja processo de reforma ou de revisão constitucional, nos seguintes termos: “a separação de poderes não existe apenas entre os poderes constituídos: há também, de outro modo, uma divisão de poderes entre o poder constituinte e os poderes constituídos [...]” (ANDRADE, 1995, p. 80).

É o pensamento da corrente do originalismo propalada por Ely (1973, p. 88): “Os juízes devem ter em conta tão-somente as normas que decorrem explicitamente da constituição ou (que estão) pelo menos claramente implícitas no seu texto [...].”

Na premissa deste último autor (Hart), o mínimo de dúvida que passar pela mente de um juiz sobre se o alcance da interpretação foge do narrado por ele é sinal que precisa aguardar pela atuação do poder constituinte originário ou pela competência reformadora. De outra forma, na mudança do texto constitucional haveria uma prevalência das convicções sociais, econômicas, etc, dos tribunais em relação aos Poderes Legislativo e Executivo.

Coelho (2010), fazendo uma diferenciação com a Suprema Corte, entende que o Tribunal Constitucional poderá criar o direito e, portanto, perfeitamente possível o ativismo judicial. O fundamento do autor é que os Tribunais Constitucionais não integram nenhum dos poderes consagrados em uma Constituição, mas, de forma independente, possui a missão de controlar a constitucionalidade dos atos normativos emanados dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Logo, os poderes tradicionais não podem furtar-se ao estatuído em uma Constituição, sendo o Tribunal Constitucional uma espécie de garantidor.

É de bom alvitre mencionar que a discricionariedade dos ministros de um Tribunal Constitucional não pode ser absoluta ou ilimitada ou disfarçada, até porque já é arbitrariedade, e eles também têm o dever de obediência à Constituição.

Fazendo um contraponto a Cappelletti, apesar dos ministros de um Tribunal Constitucional serem, em regra, escolhidos pelo Chefe do Executivo com a anuência do legislativo e possuem uma representatividade popular reflexa, esse fator, caso não haja estrita obediência à Constituição, não é suficiente para que possa criar o

direito livremente, sem controles, na medida em que incidirá nos mesmos equívocos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

A perspectiva de esperar a atuação do Estado-Legislador e do Estado-Administração, no plano do ideal, é irretocável pelo fato de presumir que eles sempre respeitarão os direitos fundamentais, seja garantindo-os, seja restringindo-os a depender da situação e do balanceamento. Por isso, a decisão final ficará a cargo da representação popular, conforme a teoria da autoridade, contudo não é o que se vê na prática, principalmente, nos países em desenvolvimento.

Nos tempos hodiernos não se pode mais fugir da constatação do princípio da força normativa da constituição, e, em sendo o poder político eleito desidioso, injustificadamente, ou atuante com arbitrariedade legislativa, deixando ao relento valores fundamentais, o que deverá acontecer? Segundo Dworkin, como os trunfos em um jogo de cartas, a maioria eleita, além de observar o procedimento, a forma, precisará ater-se ao aspecto substancial das normas constitucionais por serem os direitos fundamentais trunfos contra a maioria (NOVAIS, 2006, p. 79).

Nesse cabo de guerra ativista e de autocontenção deverá prevalecer, primeiramente, uma ponderação justificada ou mesmo uma omissão coerente com a Constituição pelas instâncias políticas originárias, senão os tribunais deverão manifestar-se com proporcionalidade e bom senso. É que, não sendo causa de espanto e muito comumente acontece, a possibilidade de haver uma omissão ou ação de representantes eleitos democraticamente contrárias à Constituição.

De igual maneira, sendo plenamente plausível, a conduta de julgadores que, apesar de invocarem a Constituição, atuam ou omitem-se de maneira dissimulada, mediante escancarada subversão dos fatos em nome da aparente e imaginária proteção a direitos fundamentais.

Chega-se a fase, fazendo uma analogia ao jogo de sinuca, em que o “jogador”, em “sinuca de bico”, tem a “bola da vez” protegida atrás de outras bolas de forma que fica impedido de acertá-la, quer dizer: é quando os direitos fundamentais, inerentes a toda e qualquer pessoa, não sejam verdadeiramente considerados pelas maiorias dos órgãos legislativos ou dos órgãos judiciais, daí, metaforicamente falando, os direitos fundamentais seriam a “bola da vez” que nunca chegará à caçapa, e o “jogador da vez” é o titular desses direitos. Os interesses próprios, casuísticos ou de grupos que comandam as maiorias (“jogador

subseqüente”) estão representados pelas bolas que tolhem o acerto na bola principal (direitos fundamentais).

Está claro que o titular de direitos fundamentais, “jogador da vez”, em “sinuca de bico”, não conseguirá jogar pelo fato das bolas secundárias (interesses endógenos das maiorias) não permitirem. Assim, o “jogador subseqüente”, integrante das maiorias, estará imune ao dever de legislar, administrar ou aplicar o direito de acordo com uma Constituição normativa. Nesta hora, o “jogador da vez”, desconsiderando as normas do jogo de sinuca, e considerando a regra constitucional, estará autorizado a retirar as “bolas secundárias” do local em que se encontram para que ele deixe a condição de “sinuca de bico”, e, assim, os direitos fundamentais sejam resguardados no conteúdo material de leis e de decisões administrativas e judiciais.

Diante disso, surge uma constatação angustiante face a ausência, por ora, de respostas em razão da desconstrução do modelo democrático arraigado em uma visão moderna da separação de poderes, a partir do momento em que os direitos fundamentais consagrados e nascidos, a cada dimensão para toda e qualquer pessoa, muitas vezes, são deixados a um segundo plano pelas maiorias.

O que é perceptível, diante da deslegitimação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário é saber a quem e como incumbirá a tutela real dos direitos fundamentais. Muito provavelmente, neste trabalho, essa perspectiva não será atingida, já que o foco é discutir a atuação do judiciário no campo dos direito sociais em tempo de crise econômica.

Por isso, o aplicador-interprete do direito é o encarregado de “criar o direito” com limites, não podendo haver confusão entre o ativismo e a interpretação judicial, de outra maneira estará configurada uma lesão ao princípio da separação de poderes. Nem sempre o ativismo judicial¹²¹ é um instituto arbitrário e contrário ao Estado Democrático de Direito, pois ele pode ser fundamental para garantir valores fundamentais.

¹²¹ O ativismo judicial não deve ser visto exclusivamente no sentido pejorativo ou negativo. A título de justificativa, entendemos que ativismo não é sinônimo de judicialização da política. Segundo doutrina abalizada: “[...] Daí porque as críticas aduzidas a uma possível intromissão do judiciário, a qual se convencionou chamar de ativismo judicial, judicialização da política, dentre outras expressões, não podem ser aceitas, pois na realidade deve-se compreender de forma bem natural, já que com o surgimento das Constituições escritas e a necessidade de respeito às mesmas, em países eminentemente democráticos- como o nosso- a ampliação da função jurisdicional nada mais é do que um corolário dessa conjuntura e não uma indevida cumulação de funções [...]” (SAMPAIO JUNIOR, 2013, p. 406).

De mais a mais, como antes comentado, a Constituição possivelmente trará no seu bojo normas jurídicas abertas, ou questões não tratadas pelo legislador ordinário por não ser ele capaz de, ao mesmo tempo, regulamentar no formato lógico-formal todas as complexidades inerentes a vida em sociedade. Nada obsta, desde que observadas as ressalvas apresentadas, a atuação do Poder Judiciário através da interpretação conforme os princípios constitucionais. Isoladamente, a interpretação literal não pode prevalecer sobre os valores normativos inerentes a cada situação colocada em discussão.

A reflexão a qual deve ser feita, em razão da avalanche de normas constitucionais abertas, é saber se os órgãos jurisdicionais não estariam a sufocar toda a esfera de atuação dos representantes eleitos pelo povo (poder constituinte derivado reformador), com o fundamento da constitucionalização ou judicialização, e, em sendo assim, dever-se-ia aguardar o interregno temporal do legislador, utilizando-se o cidadão da força do voto.

A delicadeza desse raciocínio, presentemente, está interligado com a figura do tempo que já foi tratado nesta dissertação, no instante em que é preciso ter a percepção de saber até onde um direito de grandiosa importância pode esperar o legislador comum ou mesmo o surgimento de um novo Estado Democrático de Direito. Por outro ângulo, mas que calhará na mesma vala, é a previsão nas Constituições Democráticas de aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais.

Fazendo uma junção do até aqui tratado, fica perceptível que a judicialização da política é um gênero, e o ativismo judicial uma espécie, porém com características bem definidas, ou seja, a primeira é a política invadindo o direito em atenção a constituições extensas; o segundo é o direito invadindo a política com a emanção de decisões políticas através dos tribunais.

A terminologia e as conseqüências da judicialização da política e da jurisdicização das relações sociais, para parcela de juristas, surgiu com uma conotação negativa representando um tipo de colonização do mundo da vida pelo direito (VALLINDER, 1995). É preciso entender que, além dos fatos negativos, ocorreram, igualmente, fatos positivos. Na judicialização da política a situação vista como negativa é a transferência de poderes decisórios do eixo legislativo-executivo para o Poder Judiciário. Referente à jurisdicização das relações sociais o marco de

negação é o crescimento da tutela judiciária na resolução de conflitos sociais. Nos dois casos haverá a perda da soberania popular.

Pelo ângulo positivo, a judicialização da política é o preenchimento de lacunas do poder com garantia da ordem constitucional e limitação dos casuísmos do legislativo e do executivo. Na jurisdicização das relações sociais é a mobilização da sociedade civil para garantia de direitos individuais, coletivos e difusos.

Nos dois casos acima está-se na presença da necessidade de uma instituição da “representação generalizada” em razão de um paradigma democrático que vê o cidadão apenas, minimamente, participando do processo político como mecanismo de escolha de representantes, o que vem acarretando um declínio da relevância do Poder legislativo e da política partidária e a concepção de um juiz virtuoso em busca da justiça e de uma lei condizente com a Constituição.

5.3 O Estado de coisa inconstitucional e a sua incidência

As determinações do Poder Judiciário, diante do Estado de Coisa Inconstitucional, não poderão ser vislumbradas como uma usurpação das funções inerentes aos demais poderes estatais, justamente pelo fato das decisões judiciais serem baseadas em uma ação estrutural e coordenada, ou seja, deverá haver uma iteração entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Neste sentido, preleciona, com maestria, Marmeistein, *verbis*:

Esse processo de diálogo institucional é o que se pode extrair de mais valioso do modelo colombiano. A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional é, antes de mais nada, uma forma de chamar atenção para o problema de fundo, de reforçar o papel de cada um dos poderes e de exigir a realização de ações concretas para a solução do problema. Entendida nestes termos, o ECI não implica, necessariamente, uma usurpação judicial dos poderes administrativos ou legislativos. Pelo contrário. A ideia é fazer com que os responsáveis assumam as rédeas de suas atribuições e adotem as medidas, dentro de sua esfera de competência, para solucionar o problema. Para isso, ao declarar o estado de coisas inconstitucional e identificar uma grave e sistemática violação de direitos provocada por falhas estruturais da atuação estatal, a primeira medida adotada pelo órgão judicial é comunicar as autoridades relevantes o quadro geral da situação. Depois, convoca-se os órgãos diretamente responsáveis para que elaborem um plano de solução, fixando-se um prazo para a apresentação e conclusão desse plano. Nesse processo, também são indicados órgãos de monitoramento e fiscalização que devem relatar ao Judiciário as medidas que estariam sendo adotadas. (MARMEISTEIN, 2015).



Fonte: <http://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci- apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>

Lado outro, a figura ativista no Estado de Coisa Inconstitucional é cautelosa e não gera a expectativa de que toda e qualquer omissão social será dirimida pela justiça, eis que é uma situação de excepcionalidade e dependente de um diálogo, uma ação coordenada entre os Poderes do Estado.

O estado de coisas Inconstitucional tem sua fonte em julgados, no ano de 1997, da Corte Constitucional Colombiana em face de violação, por parte do poder público, genérica e com continuidade a direitos fundamentais de pessoas em situação de risco. Através da declaração do estado de coisas Inconstitucional, a citada Corte ordenou que todas as autoridades relacionadas ao desrespeito de direitos fundamentais, em prazo módico, deixassem o quadro de inconstitucionalidade em razão da ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentária das instâncias políticas.

Nas lições de Dirley o estado de coisas inconstitucional é uma espécie de Ativismo Judicial Estrutural por interferir nas funções executivas e legislativas, com um viés orçamental, mas com a peculiaridade da interação entre os poderes para sanar a lesão a direitos fundamentais. (CUNHA JUNIOR, 2016)

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, no dia 09 de setembro de 2015, deferiu parcialmente o requerimento de medidas cautelares oriundo na Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental nº 347/DF (STF, 2015), ajuizada em razão da crise do sistema carcerário brasileiro, em nítido reconhecimento do estado de

coisas inconstitucional inerente ao sistema penitenciário brasileiro diante das excessivas, gerais e contínuas lesões de direitos fundamentais dos encarcerados.

No Brasil, em 15 (quinze) anos foram editadas pelo Chefe do Poder Executivo – Presidente da República - mais de mil medidas provisórias com força de lei sem carecer de uma atuação prévia do Congresso Nacional, e isso dá uma média de 50 (cinquenta) medidas provisórias anualmente. Na mesma toada, mesmo sem contar as medidas provisórias, o maior número de leis aprovadas no Congresso Nacional é de iniciativa do Executivo.

Segue abaixo alguns dados estatísticos *verbis*:

Quadro 1: Medidas Provisórias no Brasil do Governo de José Sarney ao Governo de Dilma Rousseff

Governo	Número de MPs
José Sarney	107
Fernando Collor	98
Itamar Franco	74
Fernando Henrique	419
Lula	419
Dilma Rousseff	96 (até jun/13)
Dilma Rousseff	45 (Jul/Dez 2013 - 2014)
Dilma Rousseff	44 (2015 até 27 Jan 2016)

Fonte: http://www.relacoesintitucionais.gov.br/sobre/assuntos_parlamentares/medidas-provisorias/; Baracho Junior e Lima (2012);¹²²

Diante do quadro, denota-se uma excessiva influência do poder Executivo no Legislativo. Exemplo claro, no Brasil, foi o programa Mais Médicos, onde apesar de uma lei ordinária reconhecer a profissão de médico e exigir para o exercício da profissão a inscrição no Conselho Regional de Medicina, uma medida provisória de nº 621/2013 simplesmente excepcionou a lei acima e autorizou que o Ministério da Saúde tenha a atribuição de registrar provisoriamente os médicos formados no exterior e, ainda, a possibilidade de dispensar o teste para revalidação do diploma médico.

¹²² Os dados de Medidas Provisórias acima expostos, até jun de 2013, foram relatados por Baracho Junior e Lima (2012), na obra Medidas Provisórias no Brasil. As informações relatadas no mesmo quadro, ao que concerne ao final do primeiro mandato e início do segundo mandato da Presidente Dilma Rousseff foram coletados no sítio eletrônico da Secretaria Relações Institucionais.

Quadro 2: Número de Leis Ordinárias de 2002-2014

AUTOR		
ANOS	PODER EXECUTIVO	PODER LEGISLATIVO
2002	180	50
2003	141	48
2004	225	19
2005	128	45
2006	122	45
2007	143	51
2008	156	88
2009	130	137
2010	94	88
2011	104	82
2012	80	88
2013	98	57
2014	53	63

Fonte: Coordenação de Relacionamento, Pesquisa e Informação/CEDI informa.cedi@camara.leg.br solicitação de informações protocolo nº D9E6103469940.

Quadro 3: Julgamentos jurídicos-políticos proferidos pela 2ª Vara das Fazendas e Registros Públicos da Comarca de Araguaína-Tocantins.

Data do Protocolo	Número do Processo	Partes	Objeto da Ação	Andamento
10/09/2010	5000889-23.2010.827.2706 - casa do albergado (2010.0010.4614-2/0)	MP/TO x Estado do Tocantins	Construir e aparelhar a casa de albergado de Araguaína	Indeferido liminar
9/05/2012	2012.6.1068-7 (criar centro de referência mulher (5011072-82.2012.827.2706)	MP/TO x estado do Tocantins	Criar um centro de referência de atendimento	Proferida liminar - confirmada pelo tribunal

			integral e multidisciplinar para mulheres	no entanto, não foi cumprida ainda
6/10/2013	5008560-92.2013.827.2706 (Saúde - Clínica São Francisco)	MP/TO x Município Araguaína, Estado do Tocantins e clínica de repouso são francisco	Tratamento especializado para portadores de doenças mentais	TAC homologado - cumprido em parte
10/04/2013	5015918-11.2013.827.2706	MP/TO x Estado do Tocantins	Adequar a unidade penal barra da grota	Sem pedido de liminar - ag. sentença
12/01/2014	0017858-62.2014.827.2706	MP x ISDG e Município Araguaína	Declarar nulidade absoluta de todos os atos de procedimento administrativo e ou de qualificação de os, em especial, que qualificou o ISDG-instituto sulamericano de gestão (ISDG) como organização social	Sentenciado em 27/01/2016 - proferido liminar - cumprida integralmente
3/06/2008	5021047-94.2013.827.2706 (civil pública)	MP x Município de santa fé do Araguaína	Lixão santa fé	TAC homologado - cumprido em parte
5/02/2011	5000774-02.2010.827.2706 (civil pública)	MP X Município de Araguaína e estado do Tocantins	CAPS AD III	Concluso - sem liminar - mas com resultado efetivo ante providências preliminares dessa vara - audiência art. 125 cpc

6/04/2012	2010.0010.1446-1 (civil pública)	MP x Estado do Tocantins	Aeroporto	TAC homologado - cumprido integralmente
7/11/2012	5000439-85.2007.8272706 (antigo 2007.0009.1563-5)	MP x Estado do Tocantins	SSP/TO - delegados	Sentenciado - cumprida em parte
9/03/2013	2008.0003.9589-3 - Civil pública e improbidade		Concurso Aragoimas	Sentenciado - cumprida
12/07/2007	5000555-91.2007.827.2706 (2007.10.6694-1 (ApensoRepresentação nº 2009.0010.4348-4)	MP/TO x Estado do Tocantins	TFD	Sentenciado em 19/12/2014 - cumprido em parte
6/10/2014	0008375-08.2014.827.2706 (Civil Pública - Professores)	MP/TO x Município de Araguaína	Nomear os professores concursados para os cadastros de reservas do Município de Araguaína	Ag.prov. MP - liminar cumprida integralmente
9/03/2015	0014520-46.2015.827.2706 (Civil Pública - Urologia)	MP x Estado do Tocantins	Consulta com urologista, aquisição de equipamento relacionados a urologia e realização de biopsia de próstata	Não foi proferida liminar - mas teve resultado efetivo ante providências preliminares dessa vara - audiência art. 125 CPC
7/09/2015	0009872-23.2015.827.2706 (Civil Pública - Oncologia)	MP x Estado do Tocantins	Adequação estrutural da unidade de oncologia	Não foi proferida liminar - mas teve resultado efetivo ante providências preliminares dessa vara - audiência art. 125 CPC
8/03/2015	0011768-04.2015.827.2706 (Civil Pública - Aumento Número PM)	MP x Estado do Tocantins	Providenciar a lotação de pelo menos 289 policiais militares	Indeferido Liminar

8/03/2013	5012864-37.2013.827.2706 (civil pública - HDT)	MP X Estado do Tocantins	Obrigação de elaborar um plano de transição garantindo a continuidade dos serviços do hdt	Deferida Liminar Em Parte - Cumprindo
8/07/2015	0012693-97.2015.827.2706 (Civil Pública - Reforma Delegacia Muricilândia)	MP X Estado do Tocantins	Reforma no prédio da delegacia de Muricilândia e Outras Providências	Deferida Liminar Em Parte - Cumprindo

5.4. A discricionariedade do legislador e a política contramajoritária do Poder Judiciário

O subjetivismo/discricionariedade do julgador não pode ultrapassar as raiais, as possibilidades de escolhas entre direitos e princípios constitucionais explícitos e implícitos, e isso somente ocorre em razão do legislador, em muitas ocasiões, valer-se de uma discricionariedade descomprometida e em descompasso com direitos e valores reputados essenciais e indispensáveis aos homens, e que são inerentes em um Estado Democrático de Direito.

Na havendo atuação do legislador, constata-se que um magistrado com formação cristã, por exemplo, não pode, simplesmente, decidir uma causa proibindo a retirada de crucifixos de tribunais, escolas públicas, etc, com base, na liberdade religiosa, na medida em que a laicidade é assegurada em grande parte dos Estados Ocidentais, e o fator da maioria da população ser cristã não deve imperar sobre a neutralidade das instituições públicas, e a igual dignidade à pluralidade, sob pena de um subjetivismo arbitrário ¹²³.

¹²³ No Brasil, Segundo Átala: “Por outro lado, é sabido que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ já decidiu que o uso de símbolos religiosos em órgãos da justiça não fere o princípio de laicidade do Estado. Entretanto, é preciso esclarecer que a questão não está resolvida. Isso porque o CNJ deixou a cargo dos juízes a decisão acerca da permanência de crucifixos nas paredes de suas salas de audiência. No Supremo Tribunal Federal, dois ministros já se manifestaram contra a manutenção de crucifixo localizado no plenário: Celso de Mello e Marco Aurélio. Significa dizer que as salas de audiência e Tribunais não são locais de culto, assim como nenhum outro órgão estatal. De fato, a Cruz afigura-se, desde sempre, um símbolo religioso específico da fé cristã, não podendo dissociar-se desse seu significado, o que afronta a opção constitucional pelo Estado laico que já se esperava ver consolidada [...]” No aspecto mundial continua o autor: “[...] No plano internacional, recentemente a Itália foi condenada pela Corte Européia de Direitos Humanos por ostentar crucifixos em Escolas

A lei francesa de 11 de abril de 2011, em sentido oposto, proibiu o uso de véu islâmico integral em espaços públicos, com as seguintes justificativas: a preservação da liberdade e do direito da mulher, a manutenção do Estado Laico e a segurança nacional (terrorismo) ¹²⁴. O caso, por suposta “inconstitucionalidade” da lei francesa foi levado à Corte Européia de Direitos Humanos que, em diversos julgados e por motivos variados, está mantendo a proibição constante na legislação francesa. O único argumento razoável para não rechaçar essa lei é a demonstração cabal de riscos para a segurança coletiva, fora isso é um desrespeito à liberdade religiosa, e, conseqüentemente, a lei é inconstitucional.

Como se depreende, em tese, os casos supracitados devem advir de uma legislação, entretanto, em ocorrendo uma sindicabilidade, nada impede que o juiz constitucional decida em razão da omissão injustificada do legislador democrático em pleno século XXI, ou de uma discricionariedade de legisladores capitaneada por uma maioria sem materialidade, e sem atenção a um setor muito bem definido e conhecido como competência negativa, local em que os direitos fundamentais não podem ser desconsiderados ou excepcionados sem uma justificativa coerente com a própria Constituição (NOVAIS, 2003, p. 606).

Surge, então, certo desconforto entre a jurisdição constitucional, direitos fundamentais, e a maioria política, o que nas palavras de Bickel (1986) ficou eternizada como *dificuldade* contramajoritária, no instante em que um órgão não eleito resguarda direitos fundamentais contrariando uma maioria representativa escolhida pelo voto popular (SANCHIS, 2003).

A situação, ora tratada, não pode ser vista como impeditiva dos poderes representativos ou da própria sociedade civil pelo fato de impossibilitar os representantes e o próprio povo de escolherem as diretrizes das gerações atuais e futuras. Em sentido antagônico, é uma garantia conferida à sociedade de ver

Públicas no caso *Loutso v. Italy*. Já na Alemanha o Tribunal Constitucional decidiu que a coerção de participar de uma lide sob a cruz, contrariando as convicções religiosas ou ideológicas do litigante, caracteriza uma intervenção na liberdade de crença do mesmo, que acabou de enxergar ali uma identificação do Estado com a fé cristã. E em outra oportunidade, o Tribunal alemão decidiu que “a colocação de cruzes nas salas de aula ultrapassa os limites aceitáveis, pois a cruz não pode ser separada de sua específica referência ao conteúdo religioso da fé cristã’ [...]” (ROESLER, 2010).

¹²⁴ “[...] A corte julgou que os motivos apresentados pelas escolas eram razoáveis. Em um dos casos, as meninas não tiravam o véu para fazer aula de educação física e a escola considerou que o traje era perigoso na prática de esporte. No outro caso, os meninos com turbantes foram banidos com base numa lei que impede o uso de qualquer símbolo religioso ostensivo. [...] A proibição dos trajes religiosos nas escolas públicas é justificável em prol do secularismo [...] A restrição aos trajes chancelada pelo Tribunal europeu não se aplica, no entanto, aos espaços públicos abertos [...]” (PINHEIRO, 2012).

respeitada seus direitos fundamentais no formato de uma representação generalizada, e não na perda da soberania popular.

Esse subjetivismo, ancorado na discricionariedade judicial entre direitos e princípios constitucionais; entre liberdades individuais e interesse de restrição de direito fundamental não é contrário à democracia, e sim uma complementaridade, desde que não percebido pelas maiorias políticas. É o que corrobora a importância do controle de constitucionalidade em países que adotam a jurisdição constitucional. Logicamente, em um Estado democrático de direitos não é novidade que a democracia e os direitos fundamentais, umbilicalmente, precisam um dos outros para a manutenção de uma sobrevivência sem máculas, e não de conviverem em um estado de paradoxos.

O raciocínio é simples: se por um lado as maiorias eleitas não devem, sem uma justificativa plausível, tomar decisões que põe em riscos direitos fundamentais; por outro lado a força de resistência destes não pode ser encarada de maneira absoluta, já que isso implicará em uma negação ao poder democrático. Por fim, em havendo excessos dos legisladores na democracia estará presente a figura do controle de constitucionalidade; se o excesso for da interpretação judicial em razão dos direitos fundamentais, a presença será do ativismo judicial numa concepção negativista¹²⁵.

Assim, com o não reconhecimento dessas situações, o que deveria ser complementaridade passa a ser uma tensão, um conflito do constitucionalismo moderno permeado por Constituições que trazem no seu bojo a organização, o funcionamento do Estado e os direitos fundamentais de toda e qualquer pessoa.

Em sentido divergente é o pensamento de Waldron (2005, 251), no instante em que não vislumbra uma tensão, um conflito ou uma complementaridade ente direitos fundamentais e o princípio democrático, e sim um desacordo acerca do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais entre a maioria não eleita e a minoria eleita, ou entre a maioria representativa e um Tribunal Constitucional ou uma Suprema Corte.

¹²⁵ Sobre ativismo judicial: “[...] Quando essa disfunção sistêmica ocorre, estamos diante de um fenômeno conhecido na doutrina como ativismo judicial. Nesse sentido, embora o ativismo possa filosoficamente encerrar diversas definições, o entendemos como um comportamento de certos juízes que chamam para si a solução de matérias que tradicionalmente estariam afetas aos poderes executivo e legislativo e que, como consequência, acabam contraindo não só o princípio da maioria, mas também o da separação de poderes [...]” (PEREIRA, 2011, p. 328-329)

Voltando ao subjetivismo/discrecionalidade judicial, o mesmo é entendido como distorcido, quando se prestar a servir a interesses pessoais, de “poder de barganha”¹²⁶, de grupos políticos, religiosos, ou por “gratidão”, *verbis gratia*, Ministros de Tribunais Constitucionais ou da Suprema Corte nomeados, como meio de expansão e proteção política, por exemplo, declarando a constitucionalidade de leis que afetem severamente direitos sociais, não pela força de princípios constitucionais que podem servir para limitar direitos fundamentais em face do interesse público, mas, implicitamente, pelas “convicções” e sentimentos citados no início do parágrafo.

De igual maneira ocorre, no momento em que decisões judiciais são maquiadas com princípios constitucionais e textos impregnados de “chavões” jurídicos, com o fito de resguardar interesses escusos e sem nenhum comprometimento com os ditames de uma Constituição democrática e seu povo. É

¹²⁶ A revista brasileira VEJA, um periódico brasileiro semanal e extremamente respeitada pelos seus editoriais, na edição 2422, do dia 22 de abril de 2015, em uma matéria intitulada de “O Jurista que tem Lado”, apresentou a seguinte manifestação: “[...] A toga do STF já foi vestida por gente com credenciais formais bem menos ilustres. A imponente fachada acadêmica de Fachin esconde uma militância tão aberrante esquerdista que assustou até o ex-presidente Lula, quando ele se recusou a indicar o jurista para o Supremo. Fachin foi colaborador da Associação Brasileira de Reforma Agrária, entidade que, na década de 80, teve como conselheiro o líder do MST João Pedro Stedile. Nas eleições de 2010, Fachin apareceu na propaganda eleitoral do PT apresentando-se como porta-voz de juristas “que tomaram lado” – no caso em favor da candidata Dilma Roussef. A formação acadêmica impecável e a reputação de legalista de Fachin conflitam com a prática política heterodoxa e o alinhamento partidário automático com o PT. Mas, até aqui, nada de muito novo. Como gosta de lembrar Carlos Ayres Britto, ex-presidente do STF, que foi militante petista antes de ascender à corte, “o peso da instituição prevalece sobre as idiosincrasias ideológicas ou de outra natureza dos novatos.” Com as notórias exceções conhecidas pelos brasileiros no julgamento do mensalão, tem sido assim, e, até agora, o completo aparelhamento do STF foi evitado. Mas a pergunta que não quer calar é: “Até quando?.” O preceito da independência e harmonia entre os poderes parecia, até a semana passada, estar sendo seguido. O presidente do Senado, Renan Calheiros (PMDB-AL), havia antes abandonado a costumeira diplomacia em relação ao Palácio do Planalto para sentenciar que um indicado para o STF “com a digital do PT” certamente seria rejeitado pelo plenário. Como o Executivo não quer passar pelo vexame de ter um indicado seu reprovado – o que aconteceu pela última vez em 1894 – muitos chegaram a imaginar que o nome de Fachin seria substituído pelo de outro jurista. Deu-se, então, a transformação do balé clássico institucional em uma coreografia menos rígida. Dilma formalizou a indicação de Fachin no Senado, Renan saudou a decisão do Executivo, comprometeu-se a nomear um relator para o processo ainda nesta semana e marcou a sabatina para o dia 29. Tudo no ritmo do atabaque que acompanha os tradicionais rituais de acasalamento político por interesse em Brasília. Atribuiu-se a celebração do acordo a Aloísio Mercadante, ministro da Casa Civil. Segundo relato de políticos em posição de saber o que ocorreu, Renan teria sido tranqüilizado por Mercadante de que o Planalto(leia-se: o próprio Mercadante) atuaria junto ao Supremo Tribunal Federal para evitar que a corte analisasse um processo que há oito anos lhe causa enormes dores de cabeça. Em 2007, VEJA revelou que uma empreiteira pagava pensão alimentícia para um filho do senador. O caso foi investigado e, em janeiro de 2013, a Procuradoria – Geral da República denunciou Renan ao STF. Até agora a denúncia cujo relator é o ministro Ricardo Lewandowski, não foi aceita. O Código Penal e o de conduta dos parlamentares se agitam só de imaginar que se deve a uma negociação subalterna a aparente mudança de posição de Renan em relação á rejeição de qualquer candidato ao STF “com a digital do PT” [...].”

uma situação rotineira, especialmente, em nações em que é reinante a transparência no trato com a coisa pública¹²⁷.

Desta forma, haverá a destruição da ideia de trunfos (DWORKIN, 1977), e alimentará a reapreciação da temática de constitucionalidade duvidosa pelo próprio parlamento, e não pela jurisdição constitucional. Situação dificultosa é quando a esperança de um povo é frustrada nos dois pólos (legislativo e judiciário).

O assunto interpretação será melhor compreendido em capítulo próprio deste trabalho, onde chegará, no campo da maioria eleita e da maioria nomeada, na temática de direitos sociais em tempo de crise econômica. Na primeira situação o desacordo que circunda a maioria deve ser visto na perspectiva do respeito e da ponderação entre direitos fundamentais, e não pela imposição do número com subordinação ao procedimento (WALDRON, 2005). No segundo caso, a maioria deve atuar para garantir a aplicação e a obediência do legislador aos direitos constitucionais da mais elevada estirpe.

Qual será em um Estado de Direitos com princípios democráticos o modelo mais adequado? O constitucionalismo mitigado ou o círculo envolto dos Tribunais Constitucionais ou das Supremas Cortes? Esta dissertação tentará responder essa pergunta através dos diversos paradigmas interpretativos e das doutrinas mais abalizadas.

A partir do instante em que passou a haver na Europa, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, diante do açoitamento de valores essenciais à figura humana, uma discussão acerca da figura do Tribunal Constitucional, tomando por base o pensamento estadunidense da *judicial review*, juristas do naipe de Hans Kelsen, favorável à justiça constitucional, e Carl Schmitt, contrário ao Tribunal Constitucional, divergiram acerca de quem deveria ser o legitimado para resguardar as promessas contidas em uma constituição. (BARROSO, 2009, p. 14,15)

Assim, o argumento utilizado por Schmitt foi no sentido de que a figura de um Tribunal Constitucional iria transformar a pretensão de judicialização da política em politização da justiça. Diferentemente, a ideia predominante foi a do jurista austríaco Kelsen, precursor do controle de constitucionalidade abstrato, fórmula essa a qual vem sendo utilizada, até os dias atuais, na maioria dos países democráticos do mundo.

Os limites da atuação de um Tribunal Constitucional ou de uma Suprema Corte, quando de sua interpretação judicial e do respeito que deve haver ao princípio da separação de poderes em uma visão evolutiva da organização e da interdependência, não melindrará à democracia. A jurisprudência de vários países, em especial a brasileira, passou de uma autocontenção para um modelo mais invasivo em competências originárias do legislativo e do executivo.

Um fato não pode ser negado: o Tribunal Constitucional possui competência e legitimidade para dar a última palavra em matéria da observância constitucional de ações e omissões dos poderes constituídos que possuem uma discricionariedade regrada. No Brasil¹²⁸, a responsabilidade, em matéria constitucional, é do Supremo Tribunal Federal.

5.5 As legitimidades da jurisdição constitucional e as dimensões do ativismo judicial

Delineou-se que a atuação judicial é pautada em um ângulo de criação e que, na atualidade, essa constatação encontra-se ampliada, sobretudo, em virtude das normas constitucionais e leis infraconstitucionais abertas. É uma modificação dinâmica da vida em sociedade e os seus anseios pela normatização dos acontecimentos, mais os elementos valorativos inseridos nos sistemas constitucionais da atualidade, tendo acarretado o instituto do ativismo judicial com uma análise direcionada aos aspectos políticos inerentes à sociedade, sem perder de vista os limites da legitimidade de atuação da justiça através das decisões e a vontade da população (AGRA, 2003).

Uma das críticas ao ativismo judicial, no Brasil, ao Supremo Tribunal Federal, o que pode se estender a outros Tribunais Constitucionais e Supremas Cortes reside na pouca discussão da matéria entre os seus integrantes, sendo as decisões, primeiramente, tomadas de maneira individualizada e posteriormente discutidas no plenário, mas como se nota, antes mesmo dos ministros deliberarem, isoladamente, já decidiram e dificilmente mudará no colegiado sua posição.

Nesta situação, a legitimidade democrática do órgão judicial/constitucional é capenga, sem vitalidade, daí para mudar a realidade é importante a criação de um

¹²⁸ Art. 102. “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]”

modelo trifásico de decisão (MENDES, 2012, p. 59) pela corte com um formato deliberativo, ou seja, uma interlocução entre o judiciário e a sociedade; entre os próprios julgadores; e, ao final, o julgamento escrito deliberativo.

Na jurisdição constitucional é preciso averiguar, até para um escoreito cumprimento do que seja democracia, a sua estrutura de legitimidade para ver o alcance do ativismo judicial. A legitimidade objetiva ou de função é a atribuição das instituições respectivas ligadas aos fins para as quais foram criadas. A legitimidade de origem é relacionada à forma de composição e investidura dos membros em seus cargos. A legitimidade de exercício é como o órgão competente atua e de que maneira utiliza seus procedimentos (VILLALÓN, 1995, p. 86).

Neste momento, ater-se-á à legitimidade objetiva referente à função desempenhada, o funcionamento adequado ou não dos diferentes órgãos e, por conclusão, de distintos centros de poder. Assim, o Poder Legislativo deverá expressar a vontade de todos os componentes da sociedade, o Poder Executivo deverá executar as normas promulgadas pelo Poder Legislativo, e o Poder Judiciário interpretará e aplicará o direito, com o escopo de que todos possam contribuir para o devido funcionamento de uma democracia

Até, aqui, não existe nenhuma novidade, porém é preciso vislumbrar que a Suprema Corte ou o Tribunal Constitucional pelo controle de constitucionalidade em abstrato, ou um juiz singular, este, no caso do controle difuso, poderão, no exercício da legitimidade objetiva, assegurar a efetivação da supremacia da Constituição em favor da democracia.

Na visão de Zaffaroni (1995) a legitimidade objetiva ou de função é de grande serviço para que haja sequência e segurança em um Estado Democrático de Direito ou em uma democracia constitucional, sendo condição urgente a figura de um órgão legitimado e competente, com capacidade de fiscalizar as previsões constitucionais. Existe um rol de direitos fundamentais que caminha com o conceito de democracia em verdadeira obrigação *propter rem* e, por logicidade, devem ser assegurados.

O que se pode discutir é a quantidade excessiva de direitos fundamentais fixados pelo constituinte em determinadas Constituições, como a brasileira, diminuindo sensivelmente a atuação do legislador ordinário, mas que esses direitos precisam ser resguardados não há discussão.

A legitimidade de origem é vinculada a composição dos agentes

encarregados de exercerem a jurisdição constitucional, tema já estudado, mas com grandes reflexos na legitimidade ou não de uma interpretação judicial, no momento em que se deve discutir qual a melhor maneira de ingressar, permanecer e sair de um Tribunal Constitucional ou de uma Suprema Corte. É preferível o mandato previamente determinado ou a vitaliciedade, a título de respeito à democracia? (VILALLÓN, 1995, p. 87-88).

Na legitimidade de exercício a decisão judicial precisa seguir os procedimentos jurídicos, com base na vontade normativa da Constituição e mais: fundamentação, argumentação e racionalização, como antes alinhavado. É inadmissível a posição doutrinária daqueles que dizem que a escolha política da casa legislativa ou a escolha executiva de políticas públicas, por parte de Prefeitos, Governadores e Presidente da República não careçam das mesmas atenções de uma decisão judicial, pois todos os poderes devem obediência à Lei Maior. Obviamente, o formato e a semântica de uma decisão judicial é diferente de um voto proferido por um parlamentar sobre determinada matéria de relevo, ou do modo da escolha de uma política pública pelo gestor, todavia, todos, não podem afastar-se da norma constitucional.

Perfunctoriamente, o ativismo judicial é dividido pela doutrina em dois gêneros: o em sentido forte, *hard activism*, e o em sentido fraco, *soft activism*. No primeiro existe a prevalência de argumentos políticos, filosóficos, sociológicos ou econômicos sem a mediação de norma legal ou constitucional. Na segunda espécie há a força imperativa de argumentos propriamente legais ou nas fontes formais do direito, é a atividade judicial recorrendo à Constituição, ao legislador ordinário, ou ao Poder Executivo.

O criativismo judicial, nas palavras de Urbano, pode se manifestar através das seguintes formas: “[...] (1) “criativismo” tradicional, ortodoxo ou *soft*; (2) “criativismo” *borderline*; (3) “criativismo” patológico, heterodoxo ou *hard* (URBANO, 1976, p. 20, 21).

No “criativismo” tradicional, através do controle de constitucionalidade, não sendo vinculado à aplicação subsuntiva das normas está relacionado ao juiz-legislador negativo de Kelsen que, mesmo assim, estaria a criar um direito, no instante em que declara a inconstitucionalidade, pois automaticamente institui uma lei de sinal trocado.

No direito estadunidense, como a *judicial review*, este tipo de criativismo possui outro alcance, isto é, haverá uma tensão não necessariamente entre os Poderes Judiciário e Legislativo, mas dentro do próprio Poder Judiciário. Explica-se: um possível conflito, com o controle de constitucionalidade, entre Tribunais Constitucionais e a Suprema Corte com o juiz-legislador em razão do controle difuso.

Nada impede, ainda, que se encaixe nesse modelo de “criativismo” judicial o princípio da interpretação conforme a constituição em que não haverá redução de texto, todavia o judiciário dirá quais as interpretações que são constitucionais acerca das normas.

No “criativismo” *borderline* o magistrado situa-se na zona fronteira entre a declaração ou não de inconstitucionalidade, traçando uma linha de orientação a ser seguida pelo legislador que, por sua vez, elaborará outra norma de acordo com o determinado na decisão judicial. Neste caso, há a necessidade de respeito entre a discricionariedade do legislador ordinário e a supremacia da constituição. Ora, tecnicamente, não é o julgador diretamente “criando” a norma, mas que, na prática, dá no mesmo, isso porque a *novel* legislação precisa atender ao que fora determinado em sede de decisão judicial.

As duas primeiras formas de ativismos judiciais, com algumas restrições de poucos, são aceitas. A situação mais complicada de harmonizar é no campo do “criativismo” patológico, pois a atuação judicial é incisiva, no momento que o juiz cria a norma em virtude do vazio deixado pelo legislador ou valendo-se de princípios constitucionais abstratos produz um novo direito. É a figura do juiz positivo que não se contenta, somente, a retirar uma norma do sistema ou a influenciar a atuação legiferante, acarretando um impasse de competência.

Para uma parte da doutrina esse “ativismo” judicial mais forte nem sempre é vislumbrado como algo negativo, por terem os magistrados, caso provocados, a iniciativa para decidirem as matérias inseridas nesse tipo de ativismo. Desse modo, não estariam a governar por ausência de iniciativa, e sim criariam o direito pela exigência constitucional.

De maneira mais singela, o povo, através dos constituintes, entendeu que os juízes devem resguardar os direitos fundamentais de toda e qualquer pessoa, receber e analisar os pedidos das minorias representativas, a escolha de ministros do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República com sabatina no

Congresso nacional, etc., em uma nítida legitimidade democrática indireta (PFERSMAN; TROPER, 2007, p. 41). Seguindo a toada haverá a possibilidade da participação de terceiros no auxílio da tomada de decisão – *Amicus Curiae*, ampliando, em um estado de direito, a legitimidade democrática¹²⁹.

É, justamente, a figura outrora discutida da legitimidade funcional da jurisdição constitucional na tarefa de interpretar e garantir o Texto Magno em substituição ao mecanicismo ou silogismo da era franco-montesquiana (BRONDEL; FOULQUIER; HEUSCHLING, 2001). Em razão desse fato é possível a atuação judicial sem ser contrária ao Estado Democrático de Direito.

A legitimidade democrática, ou de outras espécies, dos juízes constitucionais no *hard activism* possui a peculiaridade de se entender quem faz o controle da criação de um Poder Judiciário atuante como co-legisladores judiciais e co-constituintes¹³⁰. Assim, é de natureza incontestável o elevado poder conferido aos juízes.

A última palavra, no controle judicial, a depender da ação e das omissões dos poderes eleitos, é do Poder Judiciário, desde que observe o princípio da proporcionalidade na análise de princípios outros que serão mencionados, como: segurança jurídica e confiança, para que a jurisdição constitucional não deslumbre na armadilha do abuso de poder com o desrespeito à Constituição.

Partindo para as distintas dimensões do ativismo judicial, Marshal (2002) especifica as seguintes: ativismo contramajoritário, ativismo não originalista, ativismo de precedentes, ativismo jurisdicional ou formal, ativismo material ou criativo, ativismo remedial e ativismo partidário ou partisan.

No primeiro, existe uma relutância dos tribunais em aceitar indistintamente todo e qualquer tipo de decisão advinda de poderes democraticamente eleitos. É o Poder Judiciário, como legislador negativo, fortalecendo a jurisdição constitucional, desde que as leis não sejam de constitucionalidade defensável, e uma opção discricionária legítima da casa de leis. É o Judiciário criando, emendando ou rejeitando leis.

¹²⁹ Diz Urbano: “[...] A segunda via consiste em sustentar que a legitimidade democrática não configura o único tipo de legitimidade possível num Estado de Direito. Num estado que, para além de democrático, é um Estado de Direito, outros valores se impõem como os da justiça, da igualdade, da imparcialidade, etc. [...]” (URBANO, 1976, p. 27)

¹³⁰ Na visão de Stern a jurisdição constitucional é utilizada como: “[...] legislador subsidiário na modificação constitucional”. (STERN, 2001, p. 53).

No segundo, há uma caracterização pelo não reconhecimento de qualquer originalismo na interpretação judicial, sendo as concepções mais estritas do texto legal e as considerações sobre intenção do legislador completamente abandonadas. Em contraponto, no entender dos originalistas essa é uma função do Legislativo, enquanto ao Poder Judiciário caberá declarar a constitucionalidade ou não das leis de acordo com a intenção original do texto constitucional e de suas emendas, pois o judiciário não deverá assegurar direitos não expressos na Constituição.

No terceiro, o qual consiste na rejeição aos precedentes anteriormente estabelecidos. No quarto, a premissa principal é a resistência das Supremas Cortes e dos Tribunais Constitucionais em aceitarem os limites legalmente estabelecidos para sua atuação. É o que Marshall (2002 *apud* VALLE 2012, p. 39) propugna como sendo: “[...] recusa de os tribunais se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seus poderes [...].”

No quinto há a utilização da hermenêutica concretista e do princípio da proibição da proteção insuficiente de *Konrad Hesse* como forma de criação de novos direitos ou afirmação jurídica de direitos morais. É fundamentado em conceitos de pós-positivismo e do neoconstitucionalismo.

No sexto o Poder Judiciário impõe obrigações positivas aos poderes eleitos. É marcado pelo uso do poder judicial para impor atuações positivas dos outros poderes governamentais ou controlá-las como etapa de um corretivo judicialmente imposto.

No sétimo, consiste no uso do poder judicial para atingir objetivos específicos de um determinado partido ou segmento social. Nas palavras de Valle (2012, p. 39): “[...] o ativismo partidário encontra seu paralelo na definição de ativismo como julgamento visando a obter resultado preestabelecido [...].”

Em razão da reflexão apresentada não é possível afirmar, cabalmente, que um caráter ativista seja sempre a medida acerada ou errônea diante de todas as possibilidades jurídicas prováveis, especialmente em situações difíceis (MARSHALL, 2002).

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal através de seus ministros tendem a um “ativismo”, mas de caráter jurisdicional. Isto é: uma metodologia concebida a partir das mais relevantes decisões, mirando, primordialmente, não na concretização de direitos, mas na extensão de sua competência institucional. É o que a doutrina chama de ativismo jurisdicional, no momento em que, por exemplo, o STF,

modulando efeitos, concede o caráter *erga omnes* em matéria de controle difuso por intermédio de Recurso Extraordinário.

Apesar disso, este trabalho, ater-se-á no ativismo contramajoritário e no criativo com o reestabelecimento, por parte do Poder judiciário, dos direitos fundamentais, desde que não atue com arbitrariedade. A título ilustrativo do ativismo jurisdicional, no Brasil, podemos citar os casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal de “Mira Estrela”¹³¹ e a “progressão de regime nos crimes hediondos”¹³², quando se aplicou a teoria transcendente dos motivos determinantes da sentença (*ratio decidendi*) ao controle difuso de constitucionalidade, com a possibilidade da corte mais alta da justiça brasileira, sem aguardar decisão do Senado federal, conceder efeitos *erga omnes* em julgamentos envolvendo casos concretos, *inter parts*¹³³.

¹³¹ RE 197.917/SP, Rel. Min Maurício Corrêa, j. 06.06.2002, Pleno, DJ de 07.05.2014, p. 8. CF., ainda, *Inf. 398/STF*, ADI 3.345 e 3.365.

¹³² HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 23.02.2006 (inf. 418/STF)

¹³³ Conforme o ministro Gilmar: “[...] possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica ‘reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.’ (MENDES, 2004, p. 55-56).

6. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Em situações nas quais o Poder Judiciário é acionado será imprescindível a construção de uma norma jurídica para o fim de assegurar os direitos materiais requeridos, desde que em consonância com os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos através do processo hermenêutico que coloca a Constituição no patamar mais elevado do sistema normativo. Assim, ter-se-á o devido respeito, ao tema estudado, da democracia na acepção material, com o surgimento da norma em razão da interpretação do texto.

Pensando na interpretação judicial, no ângulo da capacidade criativa do aplicador da lei, é o magistério de Pereira:

[...] A teoria da interpretação constitucional passou por intensa evolução a partir da segunda metade do século XX. Diversos fatores históricos impulsionaram uma participação mais ativa do Poder Judiciário no processo de produção jurídica, tornando anacrônica a hermenêutica jurídica tradicional, a qual concebia a interpretação das leis como mera revelação da vontade legislativa. Na atualidade, o Direito tem sido entendido como uma “obra coletiva”, iniciada pelo constituinte, mediada pelo legislador e concluída pelo Juiz, que, conciliando as normas jurídicas com a realidade, confere soluções aos problemas concretos... A interpretação constitucional compreende um processo de construção. Porém adotar essa tese não implica afirmar que atividade criativa do intérprete seja ilimitada ou desprovida de parâmetros. Esta permanece vinculada à Constituição, à experiência jurídica e às regras de linguagem. É também imprescindível que a interpretação seja dotada de coerência, objetividade e capacidade de persuasão... O reconhecimento de que a interpretação constitucional tem uma irrefragável dimensão criativa e que as insuficiências do sistema normativo autorizam o juiz a, por vezes, buscar a solução além do texto não importa em legitimar o arbítrio ou o subjetivismo [...]. (PEREIRA, 2005, p. 499-500).

Em que pese o Poder Judiciário ter o dever de respeitar as funções das instâncias políticas tradicionais, ao mesmo tempo em que pode o Estado-juiz, na atualidade, exercer, no caso concreto, uma atividade criativa sem inovação no ordenamento jurídico, mas que possa atender aos interesses em discussão na caminhada dos valores constitucionais.

Nos dizeres de Marinoni a importância da atuação judicial não serve, apenas, para o surgimento da norma jurídica para o caso concreto, como também a função do Juiz Constitucional em um Estado Democrático de Direitos, *litteris*:

A construção dessa norma jurídica não significa criação de norma individual para regular o caso concreto ou criação de norma geral, nos moldes

anteriormente vistos. A norma jurídica cristalizada mediante a conformação da lei e da legislação ou do balanceamento dos direitos fundamentais pode ser dita uma norma jurídica criada diante das peculiaridades do caso concreto, mas está longe de ser uma simples norma individual voltada a concretizar a norma geral, ou mesmo de representar a criação de um direito... O juiz, ao atuar dessa forma, não apenas cumpre a tarefa que lhe foi atribuída no constitucionalismo contemporâneo, como também, diante da transformação do próprio conceito de direito, apenas o aplica. Ou seja, no Estado Constitucional não há qualquer motivo para a doutrina enxergar aí uma exceção à função de aplicação do direito, como se a aplicação do direito ou a atuação jurisdicional não estivesse subordinada aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais [...]. (MARINONI, 2006, p. 101-102).

Percebe-se que o juiz desenvolve, dentre outras, uma função valorativa direcionada, no caso concreto, na efetivação material do direito tutelado em cada situação específica. É o juiz cumprindo uma atividade política em dois viés: como integrante de um dos poderes do estado, e por aplicarem normas jurídicas igualmente políticas (TAVARES, 1998, p. 52-53).

Sem perder de vista que, entre as autoridades políticas, o Poder Judiciário, na figura do magistrado, possui uma menor legitimidade democrática, sendo o modelo interpretativo da Carta Magna mais aberto,¹³⁴ porém não deixando ao relento às funções típicas dos demais poderes, desde que estes não atentem contra a carga valorativa constitucional.

Lado outro, o caráter da interpretação judicial, mesmo com uma abrangência ampla, não poderá interferir no mérito das escolhas do Legislativo e do Executivo, justamente por caberem a estes a oportunidade e a conveniência para confeccionarem leis e políticas públicas.

Nos dizeres de Cappelletti é a impossibilidade do “direito livre”¹³⁵, possuindo as decisões judiciais vinculação, sob pena da constituição de atos judiciais

¹³⁴ Na relação entre a interpretação jurisdicional constitucional e a democracia, o professor Paulo Bonavides, citando o mestre Peter Haberle, afirmou: “A interpretação concretista, por sua flexibilidade, pluralismo e abertura, mantém escancarados as janelas para o futuro e para as mudanças mediante as quais a Constituição se conserva estável da rota do progresso e das transformações incoercíveis, sem padecer abalos estruturais, como os decorrentes de uma ação revolucionária atualizadora. Mas para chegar a tanto faz-se mister uma ideologia: a ideologia democrática, sustentáculo do método interpretativo da Constituição aberta, concebido por Haberle, e que serve de base portanto a uma hermenêutica de variação e mudança.” (BONAVIDES, 2000, p. 515).

¹³⁵ “Por isso, deve ser firmamente precisado que os limites substanciais não são completamente privados de eficácia: criatividade jurisprudencial, mesmo em sua forma mais acentuada, não significa necessariamente “direito livre”, no sentido de direito arbitrariamente criado pelo Juiz no caso concreto. [...]” (CAPPELLETTI, 1999, p. 26-27).

contrários à democracia, essencialmente despóticos¹³⁶, e, caracterizador, com o manto da concretização das esperanças constitucionais, de um subjetivismo judicial camuflado de jurisdição, de interpretação constitucional. Para que a jurisdição constitucional possa ser aceita como democrática é preciso ir além do procedimentalismo, na qual a vontade popular é ampla e irrestrita¹³⁷, e ampliar o substancialismo.

Esse novo ângulo de jurisdição, a constitucional, deve trilhar os ensinamentos de Haberle (1997), no que diz respeito a uma amplitude da interpretação. É a abertura das portas para que outros atores, além dos componentes do Poder Judiciário, possam apresentar uma interpretação das normas contidas na Carta Magna, isso porque é preciso que todos aqueles, em uma sociedade pluralista, que vivam a realidade da Constituição possam interpretá-la.¹³⁸

No Brasil, pode-se constatar a utilização da teoria supra, com a reforma constitucional que ampliou o rol de legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade que, no início, somente era cabível ao Procurador Geral da República, como também: através do controle difuso com a participação dos integrantes da sociedade que podem acionar a justiça acerca da constitucionalidade de leis; a judicialização da política para assegurar a respeitabilidade dos direitos fundamentais e o judiciário examinando questões políticas, mas é imprescindível que não decida, na acepção negativa das expressões, por critérios políticos ou pela politização da justiça¹³⁹.

¹³⁶ “Uma jurisdição constitucional deve se conformar com seu papel secundário, embora relevante, em uma democracia. Cabe aos representantes eleitos pelo povo a primazia na formulação das políticas públicas, o que eles fazem principalmente por meio de atos legislativos. As intervenções da jurisdição constitucional demandam a demonstração de que a interpretação judicial da Constituição é mais acertada do que a interpretação subjacente ao ato legislativo controlado.” (MORO, 2004 apud FREIRE JUNIOR, 2005, p. 119).

¹³⁷ “[...] Logo, se a democracia for definida exclusivamente como um processo de tomada de decisão, no qual deve ser ampla a influência da vontade popular, então a jurisdição constitucional dificilmente poderá ser considerada instituição democrática [...]” (MORO, 2004, p. 115).

¹³⁸ Haberle, enumera os seguintes intérpretes de uma Carta Magna: “[...] (1) os que exercem função estatal: Tribunal Constitucional e demais órgãos do Judiciário, assim como o Legislativo e o Executivo;(2) as partes no processo judicial, legislativo e administrativo: autor, réu, recorrente, testemunha, parecerista, associações; partidos políticos, dentre outros; (3) os grandes estimuladores do espaço público democrático e pluralista; mídia (imprensa, rádio e televisão), jornalistas, leitores, igrejas, teatros, editoras, escolas, pedagogos, etc; (4) a doutrina constitucional, por tematizar a participação de todos os demais intérpretes [...]” (HABERLE, 1997, p. 19-23).

¹³⁹ Segundo Santos: “[...] Ou seja, a atuação ostensiva do Poder Judiciário passa a ter papel de controle de poder e, ao exercer o controle de constitucionalidade, acaba até mesmo por negar efeito à norma produzida pelo Poder Executivo e Poder Legislativo. Por consequência, não se pode negar que a judicialização da política amplia a análise pelo Poder Judiciário de questões políticas, não significando necessariamente que os juízes decidam por critério políticos [...]” (SANTOS, 2003).

Para tanto, a interpretação judicial não tem como ser desatrelada de todos os outros interessados que, direta ou indiretamente, também se valem da interpretação aberta, podendo-se encaixar o poder de influência das minorias insatisfeitas e a participação popular, ainda que de maneira informal,¹⁴⁰ oferecendo possibilidades para o Poder Judiciário, diante do processo hermenêutico, escolher a melhor solução entre os direitos pleiteados e os valores constitucionais, reforçando o processo democrático. Isso se estende aos poderes legislativo e executivo, e a própria sociedade quando se manifesta em temas políticos de grande repercussão, independente do que será definido por juristas, juízes, legisladores e gestores¹⁴¹.

A interpretação constitucional é importante não somente pela possibilidade de ser aplicada diretamente às problemáticas das relações sociais. Posteriormente servirá de balizas ao controle de constitucionalidade, e como instrumento norteador de todo ordenamento infraconstitucional, posto que a Constituição vem aumentando o ímpeto do exercício da cidadania, através de reivindicações, entre os membros de uma sociedade e em diversos contextos da existência humana.

Em tempos de cleptocracia, com influência devastadora em países subdesenvolvidos, protagonistas do poder político, valendo-se da corrupção e do tráfico de influência, tentam interferir nas Supremas Cortes e nos Tribunais Constitucionais. É preciso que haja a maturidade de entender que o sistema de alguns países, na prática, não é o democrático, e sim travestido dos nobres princípios democráticos em prol de grupos bem definidos, com a missão da perpetuação do poder de uns em desfavor do interesse público.

Uma questão que deve ser colocada em discussão, na base da filosofia do direito, é a seguinte: um comportamento é correto pelo simples fato de ter sido fixado pelo legislador, pelo julgador, pelo executor, ou porque estas autoridades o

¹⁴⁰ No brilhantismo de Gilmar Mendes, citando o notável Haberle: [...] Em plena compatibilidade com essa orientação, Haberle não só defende a existência de instrumentos de defesa da minoria, como também propõe uma abertura hermenêutica que possibilite a essa minoria o oferecimento de “alternativas” para a interpretação constitucional. Haberle esforça-se para demonstrar que a interpretação constitucional não é- nem deve ser- um evento exclusivamente estatal. Tanto o cidadão que interpõe um recurso constitucional quanto o partido político que impugna uma decisão legislativa são interpretes da Constituição. Por outro lado, é a inserção da corte no espaço pluralista – ressalta Haberle – que evita distorções que poderiam advir da independência do juiz [...]” (MENDES, 1999, p. 347).

¹⁴¹ “Quando cidadãos debatem temas controvertidos, como as quotas raciais, o aborto ou a legalização da maconha, e invocam em seus argumentos princípios constitucionais, como a igualdade, a liberdade ou o direito à vida, eles também interpretam a Constituição. Portanto, a interpretação constitucional não é domínio exclusivo dos juristas, nem, muito menos, dos juízes [...]” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 392).

ordenam por serem corretos? Deve haver uma cisão do direito da norma jurídica, e, dessa forma, o direito não deve ficar vinculado ao sistema normativo¹⁴² e juspositivista¹⁴³.

É preciso uma singela análise entre os períodos da interpretação judicial, a começar pelo formato legalista antes comentado, pautado na subsunção. Assim a consequência jurídica está predefinida no texto legal ou constitucional em uma nítida operação lógico – formal. A crítica principal a esse positivismo formalista foi resumir a interpretação, por obra da segurança jurídica e da teoria inflexível, rígida da separação de poderes, ao determinado literalmente nos enunciados, como se o direito pudesse ser comparado à matemática, uma ciência exata. Prevalencia a idéia de Rousseau, da lei geral e abstrata representando a vontade geral de um povo, não deixando espaço para a criação judicial do direito.

Nesta fase a negação da dimensão política na interpretação judicial seria fechar “os olhos” à própria realidade, e o pior, em algumas passagens da história, com a manutenção de estados de exceção. Surgiu, assim, a necessidade de uma “jurisprudência de interesses” (LARENZ, 2001, p. 70-85) que não se preocupava apenas com o formato da norma, mas com a proteção dos interesses materiais posteriores à normatização, ou seja, com o mundo real, especialmente, na lacuna do ordenamento jurídico¹⁴⁴. O equívoco destas teorias, apesar da interpenetração, foi não saber distinguir questões políticas, de questões jurídicas, pois os órgãos

¹⁴² O normativismo de Castanheira Neves: “[...] é aquela perspectiva que compreende o direito como um autonomamente objectivo e sistemático ‘conjunto de normas’” As normas, numa visão normativista: “o categorial originarium constituinte da juridicidade do direito e também o ponto de partida para além do qual nada mais há a interrogar. Pensar juridicamente será pensar mediante normas. [...] E é entendendo a normatividade jurídica deste modo- o direito constitui-se essencialmente, manifesta-se prioritariamente e pensa-se exclusivamente em normas – que o pensamento jurídico é rigorosamente normativista. [...] Essa é, poderá dizer-se, a sua categoria substancial – o direito seria substancialmente norma ou um complexo de normas. [...]” (NEVES, 2012, p. 38).

¹⁴³ “[...] O mundo aprendeu da pior forma possível que o legislador, mesmo representando a vontade da maioria, pode ser tão opressor quando o pior dos tiranos. Percebeu-se, de modo bastante visível, que pode haver uma longa diferença entre aquilo que o direito positivo estabelece e aquilo que, do ponto de vista ético, deve ser o correto. O Estado de Direito, por si só, sem um componente ético que lhe dê substrato, não é suficiente para impedir o arbítrio institucionalizado [...]” (MARMELESTEIN, 2010, p. 14).

¹⁴⁴ Para teoria mais radical sobre o formalismo, disse o seguinte: “[...] Outras correntes do pensamento jurídico iam ainda mais longe, rompendo radicalmente com o formalismo e adotando posições diametralmente opostas às suas. Chegava-se, algumas vezes, a negar até a existência de qualquer vinculação do intérprete ou do juiz de direito posto, legitimando-se plenamente a busca da solução tida pelo julgador como a mais correta para cada caso. Foi o caso da Escola de Livre Pesquisa do Direito, de François Geny, na França, e do movimento do Direito Livre, de Eugen Ehrlich e Herman Kantorowicz. Foi também o caso, nos Estados-Unidos, do realismo jurídico- a mais influente das teorias não – formalistas sobre a interpretação do início do século XX. [...]” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 394-395).

jurisdicionais mesmo decidindo assuntos políticos devem sofrer limites, além de mitigar a segurança jurídica e a legitimidade democrática.

A sociedade ver nascer o pós-positivismo e têm como os principais defensores os juristas Dworkin (2002) e Alexy (1997), os quais entendiam que deveria acontecer uma aplicação direta e imediata das normas constitucionais, bem como as legislações sejam interpretadas em relação aos valores constitucionais e ao princípio da proporcionalidade. Houve, assim, uma ampliação do conceito de norma que passou a abranger não apenas as regras, mas os princípios com uma aproximação do direito e o sentimento de justiça.

É verdade que ninguém possa garantir que nem toda lei seja justa, mas, por outro turno, qual é a garantia que toda decisão judicial é baseada na justeza? Por meio do critério da ética, dos padrões morais. Isto não significa que em Estados Democráticos de Direitos o critério da normatização possa ser desconsiderado, mas deverá haver uma aplicabilidade, por parte de juízes, de normas éticas quando a solução legislativa for indeterminada ou insuficiente.

É o chamado “positivismo incluído” (ETCHEVERRY, 2006) que defende, nos sistemas jurídicos, como critério de validade, a existência de normas morais substantivas, o que para outros doutrinadores é o “positivismo fingido”, (DWORKIN, 2007, p. 207) com tráfego. Na verdade, é um liame entre o direito e a ética, no modelo de um jusnaturalismo em que normas da sociedade com eticidade precedem às normas jurídicas.

É palpável a diferença com o positivismo lógico que vê a ética relativizada com algo pessoal, um gosto subjetivo, ou uma mera “misteriosa intuição intelectual” que variara de indivíduo para indivíduo, sobre o que é certo ou errado, a depender do meio social de vivência (AYER, 1936, p. 104-112). Neste positivismo, encontram-se os defensores da letra “fria da lei”, apesar de não significar, necessariamente, a configuração do direito e da justiça, por serem reconhecidos os padrões universais mínimos e racionais da ética, por exemplo, não é possível aceitar a corrupção contra a coisa pública como uma conduta ética.

Transitando pela ética passaremos pelo pensamento Kelsiano da autodeterminação, da autorresponsabilidade e do ser humano não poder ser tratado como objeto pelo desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana de alcance doméstico, internacional e transnacional. É a possibilidade de cada pessoa escolher os seus caminhos, desde que se responsabilize pelos seus atos. O maior

problema dessa teoria é não conseguir resolver a situação de conflito entre a autonomia privada e a coisificação do indivíduo¹⁴⁵.

Na ética utilitarista, iniciada por Bentham, no período de 1748 a 1832, tinha por fim maximizar a felicidade com a produção do prazer e que evite a dor não apenas ao cidadão, como também ao legislador. Assim, na última situação, o Poder Legislativo, como argumento moral, deverá elaborar leis que alcance a felicidade da comunidade em geral, o bem-estar coletivo. Exemplificando: na toada desta corrente em havendo muitos mendigos em uma cidade eles poderiam ser retirados das ruas e transferidos para locais distantes, pois, assim, haveria uma maior sensação de felicidade. A dificuldade de aceitação nos moldes apresentados, dessa teoria, é a falta de respeito aos direitos individuais (SANDEL, 2014, p. 48-62).

No afã de aperfeiçoar o utilitarismo, Stuart Mill, entre os anos de 1806 e 1873, afirmou que toda e qualquer pessoa deveria procurar a felicidade, por longo prazo, fazendo o que quiser, mas com a ressalva de não gerar mal a outrem, contudo os críticos dizem que o citado autor fez uma distorção da teoria utilitarista (SANDEL, 2014, p. 63-68).

É na ética racionalista, a busca da verdade pela razão¹⁴⁶, com o adendo de que as ações éticas precisam ser examinadas com imparcialidade e igualdade, ou seja: usar da argumentação racional nas escolhas; saber as conseqüências favoráveis e desfavoráveis de uma decisão; apreciar todos os argumentos possíveis aventados antes de decidir; etc. Esta teoria aproxima-se do princípio da proporcionalidade, o qual deve ser utilizado para medir o grau de legitimidade de

¹⁴⁵ Um caso emblemático foi o de arremesso de anões, nos seguintes termos: “[...] na França, na cidade de Morsang-sur-Orge [...] algumas casas noturnas (bares e boates) estavam oferecendo aos seus clientes como prática de lazer o arremesso de anões. Em novembro de 1991, o Ministério do Interior da França [...] de forma a proibir tais eventos com base no artigo 3º da Convenção Européia para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. [...] Contudo, no caso específico dos anões, o prefeito proibiu a prática fundamentando que a mesma violava o respeito à dignidade da pessoa humana [...] Os proprietários de uma das casas noturnas e um dos anões que era lançado [...] recorreram da decisão [...] que a mesma era necessária para a sobrevivência do anão [...] Na decisão que julgou o mérito da questão, entendeu o Conselho de Estado que a dignidade da pessoa humana é um componente de ordem pública, e, assim, o prefeito teria agido corretamente quando proibiu a prática das casas noturnas. [...] insatisfeito com a decisão da corte francesa, levou o caso à análise da Comissão de Direitos Humanos da ONU, alegando que a decisão francesa seria discriminatória e que violava o seu direito ao trabalho. [...] o órgão das Nações Unidas, julgando o recurso interposto por Manuel Wackenheimer, decidiu que não havia qualquer discriminação por parte do Estado Francês na proibição do arremesso de anões, não tendo, desta maneira, o recorrente sofrido qualquer violação. [...] a decisão prestigiou a dignidade de todos os seres humanos [...]” (CHIESSE, 2014, p. 529-546).

¹⁴⁶ “[...] a moralidade é, antes de mais nada e acima de tudo, uma questão de aconselhamento racional. Em qualquer circunstância dada, ação moralmente correta é aquela a favor do qual existirem melhores razões. [...]” (RACHELS, 2004, p.28).

uma lei infraconstitucional ou de um ato administrativo que restrinjam direitos fundamentais. A teoria servirá de trave para análise de casos difíceis.

A ética de Rawls está atrelada à teoria da justiça, na qual pessoas racionais sem terem o conhecimento de quais posições adotarão no futuro, coibindo a autobenefício e prejuízos para outrem, vão estipular as regras disciplinadoras da vida no seio da sociedade. É perceptível o elo com o princípio da diferença, no momento em que pessoas, por se encontrarem em patamar de inferioridade, devem ser tratadas de maneira diferente, e aí serem respeitados os seus direitos.

Apesar de algumas críticas, as normas éticas analisadas em conjunto devem, através do sistema político, transformarem-se em direito, tendo como protagonistas principais de modificação: a sociedade, o legislativo e o judiciário¹⁴⁷. É a busca incessante, a todo o momento, de ampliar o rol daqueles (povo) que devem ser respeitados e considerados.

O risco da situação é não haver a ética nas escolhas legislativas, ou o judiciário interferir com a justificativa constante de ser a produção legislativa contaminada, indo na contramão dos princípios da segurança jurídica e da presunção de validade da lei.

Em uma lei clara e racional/proporcionalidade, o poder judiciário atuará de maneira mecânica e sem interpretações sobre o caráter ético da norma, e isso não é demérito, a não ser o cumprimento natural de uma democracia acompanhada de direitos fundamentais. Diferentemente de outros casos:

a. No texto legal dúbio o intérprete deverá se valer, conjuntamente, do processo hermenêutico tradicional, em especial, o gramatical ou literal; o histórico; o

¹⁴⁷ “[...] A transformação da ética em direito se inicia, naturalmente, na sociedade. Os valores éticos são construídos a partir de um debate plural que se estabelece nos diversos grupos sociais dentro daquilo que se conhece como ‘mercado de ideias’, para usar uma expressão consagrada por Stuart Mill [...] Desde a consolidação do Estado Democrático de Direito, a via legislativa se tornou o meio mais conhecido de transformação da ética em direito. [...] Uma das principais conseqüências de um regime democrático é a aceitação do princípio majoritário. Por esse princípio, a vontade da maioria da população deve ser respeitada sempre que possível. Ou seja, o povo deve tomar suas decisões políticas através de um amplo debate de opiniões, onde sejam levados em conta todos os interesses em jogo, merecendo prevalecer, em regra, a vontade majoritária [...] Por se tratar de um processo político, no qual, obviamente, as ideologias e os interesses partidários são o principal combustível, o debate nem sempre se desenvolve dentro da chamada ética do discurso. Algumas vezes, há conchavos, ameaças, concessões espúrias, traições, joguetes, corrupção, enfim: o resultado do processo legislativo nem sempre reflete a decisão mais racional. Muitas vezes o que vale é a força política, e a força política nem sempre está preocupada com a ética. [...] O juiz é portanto, um solucionador de problemas. Dizer o que é o direito é, antes de mais nada, dizer qual é a conduta eticamente desejável, e a solução judicial tem que ter em mira esse aspecto. Dentro desse contexto, o juiz deve ser como um “agente moral consciente[...]” (MARMELSTEIN, 2010, p. 24)

teleológico; e o sistemático, daí o magistrado não poderá interpretar uma lei ou ato normativo desprovida de qualquer argumentação.

b. Na antinomia de normas¹⁴⁸ utiliza-se, sucessivamente, dos métodos hierárquico, cronológico e da especialidade. Diante da peculiaridade exige-se uma interpretação judicial mais complexa e que foge à regra geral, isto é, a ética deverá ser capitaneada em suas diversas correntes já estudadas através da opção valorativa da proporcionalidade¹⁴⁹.

c. No dirimir normativo vago por vontade do legislador, em razão de não ser capaz de atingir as inúmeras relações sociais da vida em sociedade, confere que o juiz decida através de princípios jurídicos abertos ou conceitos jurídicos indeterminados pelo princípio da força normativa da Constituição.

A interpretação judicial precisa ser equilibrada, no sentido de ocorrer independentemente da pré-compreensão do julgador¹⁵⁰ sobre assuntos a serem decididos. Entretanto, voluntária ou involuntariamente, outros fatores da sociedade na qual o intérprete vive, p. ex, cultura, tradição, preconceitos, etc.¹⁵¹ incidirão. Por isso, um julgamento baseado exclusivamente na pré-compreensão, sem a aplicação das diversas práticas interpretativas, poderá ser desastroso.

Assim, é fundamental, ainda, que o intérprete tenha prévia ciência sobre vários aspectos, *verbis gratia*, o texto legal, o resultado efetivo da decisão, etc., e, dessa maneira, mais seguramente, possua a confirmação ou não do seu pré-julgamento¹⁵², o que evitará arbitrariedades.

¹⁴⁸ “[...] a indeterminação do ato jurídico a pôr pode finalmente ser também a conseqüência do fato de duas normas que pretendem valer simultaneamente - porque, v. g., estão contidas numa e mesma lei - se contradizem total ou parcialmente [...]” (KELSEN, 1984, p. 381).

¹⁴⁹ A autora fala em ponderação, o que já tratamos em relação à diferença e similitude com a proporcionalidade, mais que é relevante a citação de trecho da sua obra sobre ponderação “[...] técnica de decisão jurídica empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais. [...]” (BARCELLOS, 2006, p. 18).

¹⁵⁰ Favorável somente a uma pré-compreensão como solução ao instituto da interpretação constitucional, sem necessidade de seguir os modelos de interpretação, é o professor Streck (2009) na sua obra: Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas.

¹⁵¹ “[...] o intérprete não pode captar o sentido da norma desde um ponto [...] situado fora da existência histórica, e sim unicamente a partir da concreta situação histórica em que se encontra, cuja plasmação conformou seus hábitos mentais, condicionando os seus conhecimentos e os seus preconceitos [...]” (HESSE, 1983 apud BARROSO, 2001, p. 7).

¹⁵² Nas lições de Gadamer (1999, p. 405): “[...] Aquele que não quer compreender não pode se entregar, já desde o início, à causalidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar a mais obstinada e conseqüentemente possível a opinião de um texto [...]. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto [...]”

O julgamento pré-concebido no centro de uma sociedade multicultural, com valores prévios considerados imprescindíveis, apesar da opressão axiológica de muitos, e com a plena liberdade do intérprete é temerária, e sem razão de ser para justificar a atuação do Poder Judiciário em detrimento dos demais poderes por afronta aos princípios democráticos.

A pré-compreensão faz parte da hermenêutica constitucional, sem perder de vista os outros paradigmas interpretativos, é que, pela teoria constitucional, o intérprete, diante da evolução da sociedade, deve sopesar as críticas e virtudes das tradições e costumes, bem como proceder a autocrítica em relação às convicções pessoais (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013).

Outras fases da interpretação judicial e que orientará nos limites da atuação do Poder Judiciário:

a. Tópica: No processo de interpretação o objetivo principal é o problema concreto trazido ao Judiciário e que deverá ser decidido com uma argumentação jurídica razoável, daí o cerne do intérprete deixa de ser o sistema jurídico, a norma.

O modelo da tópica é de grande importância na fase atual do direito constitucional em razão da figura de normas constitucionais indeterminadas e das dificuldades resolutivas em situações concretas, desde que seja uma tópica restringida, ou seja, o julgador não pode estar livre absolutamente para decidir o caso conforme a sua vontade, sob pena de colocar em desprestígio o princípio da força normativa da Constituição e voltar ao conceito de Constituição como um documento sem obrigatoriedade. É o mesmo que dizer: o intérprete não é obrigado a seguir os ditames constitucionais¹⁵³.

Nos termos da doutrina de Canaris, a tópica deve ser usada como complementação do sistema normativo sistemático (CANARIS, 2002, p. 269, 289) para que haja uma interpretação justa e razoável do caso concreto, mas sem ultrapassar o constante de um texto legal ou constitucional especificado¹⁵⁴. Além da respeitabilidade do texto é preciso que o mesmo esteja em consonância com o seu

¹⁵³ “[...] a interpretação é uma atividade normativamente vinculada, constituindo a *constitutio scripta* um limite ineliminável que não admite o sacrifício da norma em prol da prioridade do problema [...]” (CANOTILHO, 2000, p. 1033).

¹⁵⁴ O Supremo Tribunal Federal, em sede de mandado de Segurança, decidiu que a comprovação de 03 (três) anos de prática jurídica, com previsão constitucional em virtude do poder constituinte derivado reformador, para a posse no cargo de Procurador da República seria dispensada, caso o candidato demonstrasse que exercia a função de Promotor de Justiça. MS nº 26.690. Rel. Min. Eros Grau. DJE, 18/12/08.

tempo em determinado momento histórico, pois, senão, não será socialmente eficaz e sem comprometimento com a realidade social, o que já pincelamos em outra oportunidade do trabalho (HESSE, 1991, p. 24).

b. Interpretação como efetividade constitucional: O intérprete da Lei Maior precisa atuar de maneira que possibilite a concretização das prescrições normativas, porém seguindo uma interpretação que, na prática, analise a realidade. É o caso da argüição, junto ao Poder Judiciário, do princípio da reserva do possível em matéria de direitos prestacionais, o que denota um pragmatismo, eis que o intérprete deve avaliar e escolher as melhores conseqüências práticas da sua decisão para que não cause prejuízos a toda sociedade. Por óbvio, nada impede, mesmo escolhendo a melhor interpretação, que haja prejuízos à sociedade, e, por esse motivo, a Constituição, a Lei ou ato normativo não deverão ser interpretados em desconformidade com o interesse público, salvo se o princípio da proporcionalidade pender para direitos individuais.

Podemos exemplificar a situação supracitada na triste passagem da história brasileira, na década dos anos 90, com a primeira eleição democrática para o cargo de Presidente da República, saindo vitorioso do pleito Fernando Collor de Melo que, posteriormente, foi destituído do cargo pelo *impeachment*.

Ocorre que, após assumir o cargo, com o “Plano Collor”, através da Medida Provisória nº 168/90, e, na conversão na Lei nº 8024/90 fez a retenção, o confisco do dinheiro dos cidadãos brasileiros investido na caderneta de poupança, tendo ensejado uma ação direta de inconstitucionalidade com pedido cautelar para a liberação do dinheiro¹⁵⁵, o qual foi indeferido pela Suprema Corte com a justificativa de evitar inúmeros transtornos à cambaleante economia brasileira.

A decisão acima não foi adequada, pelo fato de não observar outros princípios constitucionais implícitos e explícitos, dentre eles, a dignidade da pessoa humana, a segurança jurídica, a confiança, a proporcionalidade, principalmente em um país em que o dinheiro público é constantemente gerenciado de maneira errônea. A teoria aplicada fora à utilitarista que relativizou direitos fundamentais em prol do interesse coletivo para assegurar, no caso, a falsa sensação de felicidade e bem-estar a um maior número de pessoas sem, contudo, ater-se ao ser humano como fim em si mesmo e não sendo um mero objeto como defendeu Kant.

¹⁵⁵ ADI-MC nº 534/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento em 27 de junho de 1991. Diário da Justiça em 08 de abril de 1994.

Um intérprete, na verdade, não pode fazer prevalecer a sua vontade pessoal em relação ao texto constitucional, bem como deverá observar as conseqüências práticas de sua decisão, no momento em que a interpretação precisa ater-se aos valores assegurados na Constituição. Reforço a diretriz de que o julgador, principalmente em questões extrajurídicas, não pode deixar de avaliar a interpretação constitucional e a sua capacidade institucional.

Chega-se à conclusão da grande parte dos temas constitucionalizados serem dilemas morais, o que acarreta uma aproximação entre o direito e a moral com a eternização da expressão “leitura moral da Constituição” (DWORKIN, 1999), isto é, determinadas decisões judiciais levarão em conta argumentos morais, citando como exemplo o julgamento, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal, da união homoafetiva. Está-se a falar na teoria da ordem de valores que foi criticada em razão de possibilitar uma ditadura judicial, o que, a meu ver, não deve prosperar face o princípio da proporcionalidade (HABERMAS, 1997, p. 321).

Sobre a moral é preciso, na análise, certa cautela para que o intérprete não se afaste dos valores da sociedade, bem como o exegeta, em uma sociedade plural e discriminatória, não permaneça estático aos valores comunitários. Caso contrário, não teria razão de ser da insurgência do constitucionalismo democrático, sem se esquecer dos cuidados necessários com o decisionismo judicial e a ruptura da competência originária dos poderes eleitos¹⁵⁶.

Todas as possibilidades do processo hermenêutico expostas são oriundas de princípios como da unidade da Constituição em que a interpretação baseia-se em

¹⁵⁶ “[...] As tradições e a moralidade positiva não devem ser descartadas, mas tampouco devem ser reverenciadas incondicionalmente, mas sim lidas sob a sua “melhor luz.” Em outras palavras, a argumentação moral na interpretação constitucional deve se voltar à promoção do ideário do constitucionalismo igualitário e democrático, mas sem desprezar a identidade histórico-cultural do povo. [...] É verdade que a aceitação de maior permeabilidade da interpretação constitucional a juízos morais envolve riscos. O maior deles é o de se permitir que, por essa via, os juízes imponham os seus próprios valores aos poderes eleitos e ao povo, convertendo a democracia num governo elitista, de “sábios de toga.” Há algumas maneiras de minimizar esses riscos, das quais duas merecem destaque. A primeira, já discutida acima, é não conceber a hermenêutica constitucional como um espaço privilegiado do Supremo Tribunal Federal, recusando-se a idéia de monopólio interpretativo judicial, e mesmo a sua versão mais branda, de “monopólio da última palavra.” Nessa perspectiva, a interpretação constitucional é concebida, sim, como uma empreitada moral, mas nela estão também engajados, além dos juízes, a sociedade civil, os demais poderes do Estado, os movimentos sociais e a academia, em permanente diálogo, controlando-se reciprocamente e aprendendo, uns com os outros, nas suas interações. O segundo instrumento é metodológico. Deve-se cobrar cada vez maior rigor metodológico na interpretação constitucional feita pelo Poder Judiciário, para evitar [...] a invocação meramente retórica e não fundamentada de valores e princípios vagos, para evitar que a abertura à argumentação moral se converta numa boa desculpa para o “oba-oba” constitucional, escondido sob uma fachada politicamente correta. [...]” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, 431-432).

todo o conjunto normativo constitucional. Assim, não é suficiente vislumbrar apenas uma apreciação singularizada da Lei Maior, senão todo o contexto na qual a norma deve ser dita (HESSE, 1998, 65), pois não existe hierarquia formal entre as normas constitucionais interpretadas do poder constituinte originário, apesar de haver a hierarquia material no sentido de algumas normas serem mais importantes, o que acarretará uma ponderação (HESSE, 1998, p. 65).

Na força normativa da Constituição há uma substituição de um documento apenas de inspiração ao legislador para uma norma jurídica, e, por isso, deve prevalecer a interpretação judicial que dê maior efetividade a uma Constituição, citando como exemplos o parágrafo 1º, do art.5º; parágrafo 2º, do art. 103; e inciso LXXI, do art. 5º, todos, da CRFB (aplicabilidade imediata de direitos e garantias fundamentais, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção).

É valiosa a citação, nesta parte do trabalho, do princípio da interpretação conforme a Constituição para declarar parcialmente a inconstitucionalidade sem redução de texto, em países como Brasil, Portugal, Alemanha, etc., para invalidar algumas interpretações judiciais não condizentes com o Texto Normativo. (MENDES et al., 2015, p. 1370). O raciocínio aplica-se não só ao Poder Judiciário, como aos demais poderes estatais.

Na perspectiva do princípio da presunção de constitucionalidade de leis ou atos normativos é presente uma certa autocontenção judicial em atenção aos princípios democráticos e da separação de poderes, pois os espaços de livre conformação das escolhas dos órgãos eleitos popularmente possuem presunção relativa (*iuris tantum*).

Dessa forma, somente através de relevantes argumentos, de cabal inconstitucionalidade de uma lei é que pode ser a mesma declarada inconstitucional, sendo a dúvida em favor do legislador (THAYER, 1893). Um exemplo desse princípio no Brasil é constatado com a cláusula de reserva de plenário, com previsão no art. 97, da CRFB, isso porque a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, por parte de órgão especial ou tribunal, precisa ser por maioria absoluta de votantes.

7. O ALCANCE DA EXPRESSÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS

7.1. A Classificação dos Direitos Fundamentais

Sarlet (2009, p. 280) salienta que os direitos fundamentais devem ser classificados em: a. direitos de defesa (liberdade, igualdade, garantias e parte dos direitos sociais), e b. direitos prestacionais (direitos sociais).

No direito de defesa deve haver uma abstenção do Estado, não podendo atentar contra a liberdade individual, configurando uma aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Aqui, portanto, o Estado está obrigado a um não fazer, ficando mais fácil o controle judicial, uma sindicabilidade quando o ente estatal faz uma intervenção indevida.

No início, os direitos fundamentais eram, na essência, tipicamente individuais ou individualistas (MIRANDA, 2012, p. 113). A partir das Constituições Liberais, passa-se a visualizar a importância da tutela de direitos fundamentais de maneira difusa e institucional (liberdade sindical e de greve). É a clássica divisão da proteção de direitos fundamentais das pessoas como seres individuais e direitos das pessoas inseridas em instituições.

Os direitos fundamentais, portanto, podem ser exercidos individualmente, coletivamente e de maneira mista. No primeiro caso, através das liberdades de consciência, direitos sociais, etc. (MIRANDA, 2012, p. 120) Na segunda situação, por intermédio da liberdade de reunião e manifestação, direito à greve e ao sufrágio. No último caso, tem-se a liberdade de religião e de culto, a liberdade de propaganda eleitoral, etc.

Os direitos fundamentais possuem uma dupla perspectiva de natureza objetiva e subjetiva. Segundo Sarlet, o caráter objetivo, com a Lei Fundamental de 1949, a Corte Federal Constitucional, no caso Luth, proferiu a seguinte decisão:

[...] os direitos fundamentais não se limitam a função precípua de serem direitos subjetivos de defesa individuais contra ato do poder público, mas que, além disso, constituam decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, executivos e judiciários [...] (SARLET, 2009, p. 143).

Como se percebe, os poderes estatais devem promover ações que visem assegurar os direitos fundamentais, não bastando a sua inação na esfera individual e de liberdade de cada pessoa. Os direitos fundamentais devem atingir não só o indivíduo, na tutela de seus direitos, mas o todo com valores e fins a serem seguidos pelo Estado, daí nem sempre o interesse individual prevalecerá sobre o coletivo e vice-versa, o que dependerá da situação em concreto.

Diante da situação, implicará a possibilidade de um indivíduo ou grupo de pessoas provocarem o Poder Judiciário, quando de uma lesão ou omissão a um direito fundamental, não ficando atrelados á vontade superior do legislador, é que acabará o condicionamento do direito à lei, passando o juiz a utilizar-se da hermenêutica e a supremacia da Constituição.

7.2. O direito prestacional social, sua eficácia e a natureza jusfundamental

A Constituição Federal Brasileira de 1988, no Título II, trata dos direitos e garantias fundamentais que, por sua vez, são divididos em 05(cinco) capítulos: I. Dos direitos e deveres individuais e coletivos. II. Dos direitos sociais. III. Da nacionalidade. IV. Dos direitos políticos e V. Dos partidos políticos.

Reza o parágrafo primeiro, do artigo 5º, da CRFB, com influência do artigo 18/1157 da Constituição Portuguesa de 1976: “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” A norma em debate é polêmica, isso porque não se chegou a um denominador comum acerca do seu alcance, ou seja, se é aplicável, no direito pátrio, a todos os direitos fundamentais ou não, já que há uma corrente de pensamento que exclui desse contexto os direitos sociais prestacionais, políticos, de nacionalidade, etc.

Em uma leitura desatenta, acredita-se que pela posição topográfica do parágrafo primeiro do art. 5º, da Lei Maior, os direitos fundamentais abrangeriam tão somente os direitos individuais e coletivos, o que não é condizente com a própria redação do citado parágrafo que não especifica quais os direitos fundamentais, significando dizer: o mais importante no reconhecimento de um direito fundamental é visualizar o seu núcleo essencial, inviabilizando, assim, uma interpretação restritiva.

¹⁵⁷ Artigo 18º da Constituição da República Portuguesa: “1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007).

Apesar das inúmeras classificações acerca dos variados tipos de normas constitucionais, Sarlet (2009, p. 261) faz uma crítica pertinente, no sentido de que as normas definidoras de direitos fundamentais devem ser reconhecidas no aspecto da técnica de positivação, e não no critério de posição jurídica.

Com isso, os dispositivos da Constituição que estejam no título dos direitos e garantias fundamentais, bem como em tratados de direitos humanos e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos¹⁵⁸ dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais e podem ter natureza jusfundamental.

É de observar que todos os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, caso contrário, não teriam razão de existir, mas nem todas as normas constitucionais, diante da sua essência, os possuem (SARLET, 2009, p. 268). Há a necessidade dos órgãos estatais de maximizar esses direitos por intermédio dos poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário, pois uma norma constitucional deve ser pautada em uma densificação constitucional. Ainda que minimamente, sua concretização, diante de uma Lei Maior, deve ser efetivada. É o chamado critério de determinabilidade (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 374).

Desse modo, Estados em que impera a figura de uma Constituição rígida e de uma justiça constitucional, não há como petrificar os direitos fundamentais como sendo taxativos, pois é possível haver a incidência desses direitos em capítulos diversos, e fora do catálogo constitucional. Deve, assim, haver direitos com conteúdo de fundamentalidade, essencialidade, importância, em uma concepção material aberta, e não de cunho meramente formal.

No presente estudo, mister se faz a análise da eficácia dos direitos fundamentais, pois, apesar de haver uma programaticidade em algumas normas constitucionais, elas são dotadas de um mínimo de eficácia e aplicabilidade diante da força normativa da Constituição Federal.

Segundo Barroso (1996, p. 113), na Constituição Federal Brasileira de 1988, há três tipos normativos:

¹⁵⁸ Artigo 5º, parágrafo terceiro da CRFB: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

a. Normas de Organização definidoras de competência, por exemplo, quando tratam de processos e procedimentos, normas de competência, etc. Há uma disciplina da estrutura básica do Estado.

b. Normas definidoras de direitos, em especial, os direitos fundamentais de 1ª dimensão, onde o Estado deve abster-se de atuar e o cidadão possui o direito de defesa contra a intromissão estatal indevida.

c. Normas Programáticas que traçam metas a serem atingidas pelo Estado.

Situação mais dificultosa, em um primeiro momento, ocorre em relação aos direitos sociais prestacionais como a saúde, o pagamento integral, na data apazada, dos salários e benefícios constitucionais como o 13º salário e o 1/3 (um terço) de férias, a partir do momento em que necessitam, para que haja uma concretização, de uma atuação dos entes políticos.

A questão da saúde, hoje, está atenuada, diante de existirem leis e políticas públicas em diversas áreas, bem como há dispositivos da CRFB que vinculam a aplicação de recursos públicos à saúde, acarretando um direito público subjetivo, com uma aplicabilidade imediata, nos termos da alínea 'e', inciso VII, artigo 34, c/c inciso II, parágrafo terceiro, artigo 198, e parágrafo terceiro, todos, da CRFB159, porém não se sabe a destinação exata que é dada aos seus recursos, no instante em que há uma grave crise no sistema de saúde brasileiro que tende a se agravar pelos problemas financeiros vivenciados pelo Brasil.

Sobre o tema, Canotilho e Moreira (1991, p. 130):

Somente em alguns casos é que os direitos sociais conferem aos cidadãos (a todos e a cada um) um direito imediato a uma prestação efetiva, sendo necessário que tal decorra expressamente do texto constitucional. É o que sucede designadamente no caso do direito à saúde (art. 64).

¹⁵⁹ Artigo 34 da CRFB: “A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: [...] e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.” E artigo 198, parágrafo terceiro, do mesmo diploma legal: “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...] § 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: I - os percentuais de que trata o § 2º; II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.”

Seguindo a trilha dos direitos sociais fundamentais, no campo dos direitos de defesa (liberdades sociais), como neste trabalho será melhor esclarecido, não há nenhum entrave na sua aplicação *prima facie*.

Nos tempos atuais, as normas programáticas devem ser dotadas de eficácia vinculante e obrigatória, pois a Constituição não pode ser entendida como um documento eminentemente político, mas também jurídico normativo.

Em outra classificação, como ensina Rui Fonseca (informação verbal)¹⁶⁰, as normas constitucionais podem ser perceptíveis e programáticas. As perceptíveis dividem-se em exeqüíveis e não exeqüíveis. Como o próprio nome sugere as exeqüíveis são aquelas exigidas de plano, não precisando da atuação do legislador; já as não exeqüíveis necessitam da interferência do Poder Legislativo.

Em relação às programáticas há uma peculiaridade, pois além da condição *sine qua non* no sentido de um agir do legislador, soma-se o fato de averiguar a disponibilidade econômica do Estado no sentido da possibilidade de criação e implementação de direitos fundamentais, em especial, os sociais prestacionais. Aqui, não é apenas uma meta, sem prazo determinado, para ser alcançada, ao contrário, deve a norma programática respeitar o princípio da progressividade e a questão orçamentária.

As normas definidoras de direitos fundamentais na modalidade sociais prestacionais, em tese, pela própria redação do texto constitucional, possuem um cunho programático *sui generis*, nada impedindo uma aplicação imediata mínima, desde que haja inação injustificada do Estado, como também possibilidades fáticas e jurídicas, em especial, de disponibilidade financeira e alocação prioritária de recursos pelos destinatários legitimados, sem perder a proporcionalidade entre a necessidade e a possibilidade. É o que o professor Alexy (1997, p. 86) chamou de mandados de otimização.

Em se reconhecendo a necessidade premente absoluta de regulamentação legislativa, os direitos fundamentais equiparar-se-iam a qualquer outro direito de menor profundidade axiológica, o que, como leciona Ferreira Filho “permaneçam letra morta no Texto da Constituição” (FERREIRA FILHO, 2012, p. 343) ou, segundo Reis Novais, direitos fundamentais fracos por derivarem da lei (NOVAIS, 2010, p. 65).

¹⁶⁰ Informação obtida em aula, do dia 04 de dezembro de 2012 na Escola da Magistratura do Estado de Pernambuco. (informação verbal)

Como se vê, os direitos prestacionais sociais, regra geral, comumente são dependentes do legislador e das políticas públicas, diferentemente dos direitos fundamentais de defesa que são auto-aplicáveis. Entretanto, em não havendo nos direitos sociais prestacionais proporcionalidade nas omissões ou escolhas do Estado-Legislador ou do Estado-Administrador, o mínimo deve ser assegurado ou sopesado pelo Poder Judiciário.

No constitucionalismo da efetividade deve-se aplicar diretamente a Constituição diante de uma realidade social, sem que seja preciso, regra geral, a participação legislativa, em virtude da necessidade de concretização do texto constitucional. É o movimento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da Constituição Portuguesa, ambas, após experiências autoritárias, em especial, com a mudança de pensamento de Canotilho sobre a Constituição dirigente e a discussão da vinculação do legislador aos fins constitucionais.

Antes de determinar a “morte” da Constituição dirigente, Canotilho explicou a matéria da seguinte maneira:

O tema a abordar na presente investigação é, fundamentalmente, o problema das relações entre a constituição e a lei. O título – Constituição dirigente e vinculação do legislador – aponta já para o núcleo essencial do debate a empreender: o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais. [...] a constituição [...] tem a função de propor um programa racional e um plano de realização da sociedade; a lei fundamental [...] tem a função de garantir os princípios jurídicos ou regras de jogo da sociedade estabelecida. (CANOTILHO, 1994, p. 11)

Assim, os direitos sociais fundamentais, em países com graves problemas estruturais e econômicos, continuam a possuir uma carga dirigente e os legisladores ordinários devem complementar, cumprir o texto Constitucional em prol de prestações estatais positivas e negativas. A teoria da Constituição dirigente não foi abandonada pelo professor Canotilho¹⁶¹, todavia, apenas, a sua aplicabilidade, a sua utilidade dependerá da realidade política e social de um Estado. Com o crescimento econômico e social de cada nação, a Constituição não precisa ser um instrumento de revoluções sociais pelo fato do Estado alcançar os objetivos constitucionais propostos, com as promessas de uma Constituição sendo efetivadas.

¹⁶¹ (CANOTILHO, 1994, p. 39-41)

7.3 As Dimensões Objetivas e Subjetivas dos Direitos Fundamentais e a Eficácia

O Estado, em relação aos direitos fundamentais, na sua dimensão objetiva, possui o dever de respeito, proteção e promoção, daí os Poderes da República devem assegurar esses direitos, e, por consequência, diante da desídia dos poderes Legislativo e Executivo, o Judiciário atuará subsidiariamente.

A dimensão principal e o domínio típico dos direitos sociais a prestações, no que concerne ao seu conteúdo (ANDRADE, 2006, p. 386) dependem, substancialmente, de opções políticas do legislador, em função do pluralismo ideológico ou por força de limitações jurídicas e de fato.

Os direitos sociais a prestações podem ser considerados, a depender do tipo de ordenamento jurídico, mais especificadamente, como normas programáticas ou como direitos subjetivos públicos. Segundo Vieira Andrade as normas que definem direitos sociais na Constituição Portuguesa são “normas impositivas de legislação” (ANDRADE, 2006, p. 387), motivo pelo qual o titular desses direitos não poder exigí-los diretamente.

Nessa perspectiva, não significa dizer que o legislador não possua o dever de elaborar leis em matéria dessa natureza, pois é proibido o não fazer do Poder Legislativo. Assim, os direitos sociais não são, nessa linha de pensamento, normas meramente proclamatórias, tampouco acarretam direitos subjetivos diretos, mas que vinculam os poderes públicos.

Os direitos sociais previstos constitucionalmente trazem conteúdos mínimos aos seus beneficiários que devem ser complementados, por essa parte da doutrina, pela intervenção do legislador ordinário que, como é sabido, fará à opção política e/ou técnica acerca do conteúdo do direito, não podendo o Poder Judiciário intervir, salvo quando houver uma violação ou omissão arbitrária do legislador.

Em regra, os direitos, liberdades e garantias, diferentemente dos direitos sociais, possuem conteúdo em nível constitucional, independentemente de atuação legislativa posterior (ANDRADE, 2006, p. 392). É o que Canotilho (2003, p. 481), com a discordância de Vieira Andrade, em relação aos direitos sociais, denomina de “grau zero de garantia.”

O professor Vieira Andrade chama os direitos sociais de prestações por pretensões jurídicas, isso porque têm por escopo a satisfação de interesses

particulares que, em princípio, não caracterizam direitos públicos subjetivos, mas que dependem de uma legislação, portanto, não são direitos fundamentais constitucionais (ANDRADE, 2006, p. 391).

Na visão de Ingo Sarlet sobre a possibilidade de direitos subjetivos a prestações em face de normas de cunho programático, não há qualquer impedimento, já que todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, por isso, com aplicação direta da Constituição, na medida de sua eficácia, mas isso não significa a inviabilização de programaticidade em direitos fundamentais sociais prestacionais (SARLET, 2009, 294).

O professor Mello (1981, p. 245) foi categórico ao mencionar que o conteúdo dos direitos sociais não é óbice para a sua efetivação pelo Judiciário, desde que a Norma Constitucional especifique as condutas necessárias para que se assegure o bem jurídico previsto.

O saudoso Bastos (2004), em uma linha moderada, sustenta que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, sobretudo se a Constituição não especificar que a matéria seja regulada por lei, ou quando a norma de direito constitucional não tiver o mínimo de aplicabilidade.

Em relação aos direitos sociais prestacionais, mesmos para os que defendem a sua aplicabilidade originária, como direito fundamental, não havendo leis ou sendo as mesmas insuficientes, não deverá haver intervenção de um julgador ou de um administrador diante da conformação política, a não ser quando esteja em causa um conteúdo mínimo de preceitos constitucionais violado de maneira evidente (ANDRADE, 2006, p. 398).

Nessa perspectiva do estudo, a impossibilidade de aplicabilidade de plano em relação aos direitos sociais por ausência de imposição constitucional suficiente não os coloca, todavia, à vontade do legislador, eis que a liberdade de conformação e atuação legislativa não é ilimitada.

O que se observa, na verdade, é em imposições constitucionais (ANDRADE, 2006, p. 400) e não em normas programáticas, no sentido de que o legislador, além de estar obrigado a atuar, encontra-se vinculado constitucionalmente as metas materiais que expressamente ou por via interpretativa decorram da Constituição que impõe tarefas específicas.

O legislador, nessa perspectiva, está obrigado a garantir a concretização mínima do direito social, enquanto direito individual (ANDRADE, 2006, p. 401), ou

seja, o conteúdo mínimo dos direitos sociais fundamentais pode considerar-se, em regra, sindicável. Não se pode renegar, então, as questões financeiras quando da concretização de direitos sociais prestacionais, com a exceção do pagamento integral do salário, na data fixada em lei, dos servidores públicos, pelo fato de tratar-se de verba de natureza alimentícia.

Sob o perigo de uma desestabilização política, nenhuma Constituição que prevê direitos sociais pode regulamentar á exaustão toda a matéria, pois uma Lei Maior, como quadro normativo aberto (ANDRADE, 2006, p. 410), deve conceder a oportunidade de alternativas de escolhas democráticas, caso contrário haverá um estágio de inconstitucionalidade permanente, na medida em que uma Constituição nunca estará sendo cumprida integralmente.

A proteção jurídica dos direitos sociais não possui a mesma intensidade que os direitos, liberdades e garantias, porque é imprescindível uma atuação proativa estatal, como também, na maioria das vezes, dependem da conformação do legislador e da disponibilidade econômica. Isso não significa que os direitos sociais sejam, no meu sentir, uma norma sem aplicabilidade direta alguma. Deve-se assegurar a cada indivíduo um conteúdo mínimo de solidariedade social (ANDRADE, 2006, p. 412), no instante em que o legislador não pode macular, com discriminações arbitrárias, o princípio da igualdade.

Reis Novais (2010, p. 253) afirma que os direitos sociais são fundamentais, com reconhecimento expresso na Constituição Portuguesa, todavia é preciso entender que esses direitos possuem peculiaridades em relação aos direitos de liberdade, situação que será melhor esclarecida no decorrer deste trabalho.

Os direitos a prestações em sentido estrito, na linha de Alexy nada mais são do que direitos de pessoas em relação ao Estado, a uma situação que o indivíduo, caso dispusesse de condição econômica suficiente e de uma maior oferta poderia, também, valer-se da iniciativa privada. Trata-se, então, de direitos fundamentais sociais, como por exemplo, o direito à saúde (ALEXY, 2012, p. 499).

De outro modo, há quem entenda, ainda, que pelo simples fato de haver uma transformação constante na seara socioeconômica dos direitos sociais, seria impossível a Constituição Federal prever, com exatidão, o conteúdo desses direitos, sob pena de existir um permanente conflito (SARLET, 2009, p. 289).

Em relação ao parágrafo supra, no mesmo sentido, o professor Reis Novais (2012, p. 108) afirma que a ausência de determinabilidade, em um Texto

Constitucional, não é lacunosidade equivocada do legislador constituinte, tendo em vista que a essência desses direitos está relacionada a fatores mutáveis, e que o Estado não controla, por isso não são diretamente aplicáveis, necessitando de atuação legislativa ou, em uma determinada pretensão, seja, minimamente, exigível judicialmente.

Miranda (2012, p. 104-105) suscita que os direitos de liberdade têm um conteúdo estabelecido no campo das normas constitucionais, enquanto que os direitos sociais possuem na sua substância uma determinabilidade, em maior ou menor peso, por obra do legislador infraconstitucional, portanto normas programáticas.

Uma norma programática, quando do ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão não poderá ser analisada somente à luz da ausência ou não de lei ou de políticas públicas, mas, sobretudo, se há disponibilidade financeira estatal. Contudo, referindo-se a um direito fundamental, esse deve ser plenamente reconhecido ou, em caso de escassez de recurso, garanta-se o mínimo existencial, sendo, neste último caso, a última palavra do Poder Judiciário.

As normas programáticas são pautadas pela pouca intensidade normativa, na medida em que estabelecem programas a serem efetivados pelo Estado, ou que, em escalas menores ou maiores, carecem de uma atuação legislativa. Enfim, as normas constitucionalmente programáticas, como definida por Sarlet (2009, p. 292), possuem alguma eficácia, com algum efeito jurídico, isso posto não devem ser consideradas tão somente como proclamações políticas e de ideologia.

Apesar do legislador nas normas programática ter o dever de realizar as tarefas e programas inseridos na Constituição (CANOTILHO, 1988, p. 165), não deve haver vinculação de que a regulamentação só é referente ao conteúdo da norma, isso porque nos direitos negativos existem uma gama de casos prevista vagamente na Lei Maior, contudo é, por intermédio da interpretação, aplicados diretamente pelo judiciário. Nos direitos sociais prestacionais há uma peculiaridade, qual seja, além da disponibilidade financeira, deve-se observar a implementação e o cumprimento de políticas públicas.

Indaga-se: Mesmo com o reconhecimento dos direitos sociais como fundamentais, eles somente existem se forem garantidos por leis e políticas públicas? Para a maioria da doutrina os direitos sociais serão exequíveis após

intervenção do legislador ordinário. É, portanto, o mesmo que “grau zero de garantia” (CANOTILHO, 2003, p. 481).

E a base do pensamento daqueles que defendem a ausência de eficácia imediata dos direitos sociais prestacionais encontra-se na figura da reserva do possível, da existência ou não de pecúnia nos cofres públicos. Diante dessa conclusão, no sentido de assegurar, de plano, um direito fundamental, surge a ideia do mínimo social (CANOTILHO, 2003, p. 481), com parâmetro no princípio da dignidade da pessoa humana e no livre desenvolvimento da personalidade.

Os direitos sociais, na verdade, são fundamentais e, como ensina Novais (2010, 105), *prima facie*, podem, na perspectiva da ponderação, ser considerados ou desconsiderados de acordo com o grau de colisão com outros bens. É claro que o limite financeiro não pode ser relegado, e, como já mencionado, a conclusão é a de que a “primeira voz” é a do legislativo, mas não significa ausência de intervenção judicial. Por isso, a reserva do possível não é intransponível.

Voltando ao pensamento de Sarlet (2006, p. 13), em situações emergenciais, há a configuração de um direito público subjetivo à saúde, caso contrário configuraria um comprometimento irreversível ou um sacrifício de outros bens essenciais, *verbis gratia*, tratando-se de saúde, a própria vida.

O que não pode é haver um direito fundamental inutilizado ou sucateado por descaso da atuação estatal com o único argumento, segundo a qual, o dever de regulamentação e implementação é do legislador e gestor, como pressuposto de existência para o reconhecimento judicial.

É possível, em normas programáticas, reconhecer a um indivíduo um direito público subjetivo originariamente (direto da Constituição), sem intervenção legislativa (direito derivado), em razão de uma prestação material como a saúde? No mínimo, como aqui discutido, acarreta um direito subjetivo individual ou coletivo negativo de exigir que o Estado não intervenha contrariamente à Constituição na garantia de um direito fundamental prestacional.

A Constituição brasileira, com suas normas programáticas, demonstra a amplitude do seu texto, contudo essa concepção não vem mais guardando guarida entre os constitucionalistas, justamente pelo princípio da força normativa da Constituição, e seus valores não podem ser uma faculdade do poder público em realizá-los ou não, mas um compromisso atual de que os poderes estatais assumam a responsabilidade de efetivarem o que fora escolhido pelo próprio povo.

Em matéria de direitos sociais positivos existem duas correntes, a primeira que afirma não haver necessidade de lei para se exigir do Estado esse direito, e a outra que considera o direito social como relativo, subordinado a uma legislação e a políticas públicas prévias. O fato é que há, assim, uma complexidade para ajustar o cumprimento de um direito fundamental em uma conjectura de escassez de recursos, de limites orçamentários, e de recursos não orçamentários, o que acarreta a importância na alocação desses elementos.

Para Luis Pereira Coutinho (informação verbal) ¹⁶², acerca da incidência originária de direitos sociais prestacionais por determinação judicial, não seria o caso de negar a jurisdição, mas do Poder Judiciário não atuar por ausência de pressupostos processuais, sendo a competência do Poder Legislativo. Além do que, para outros autores (SARLET, 2009, p. 307-308), complementando essa linha jurídica, os direitos sociais prestacionais fundamentais dependem de recursos financeiros do Estado e da sua capacidade jurídica para dispor, esta última, em questões orçamentárias, impossibilitando os juízes de atuarem por ausência de aptidão funcional.

Voltando a questão do mínimo para sobrevivência digna de um ser humano é valiosa a menção de Sarlet (2009, p. 317) ao professor Alemão Otto Bachof, nos seguintes termos: “Na doutrina, o primeiro nome ilustre a sustentar a possibilidade de reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof [...] um mínimo de segurança social.”

No Brasil, diferentemente da Alemanha, os direitos sociais estão previstos constitucionalmente e, em especial, acerca da saúde, já existem leis regulamentando a matéria. Assim, não seria o caso de se falar em direito subjetivo originário, mas derivado, todavia diante da escassez o Poder Judiciário deverá assegurar o mínimo. E mesmo que o direito à saúde (fundamental) estivesse sem previsão legal, o Judiciário não poderia se imiscuir de assegurar o mínimo necessário tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito a vida.

O direito ao mínimo na exigência de um direito prestacional não é algo petrificado, e depende da situação concreta envolvendo os indivíduos nos aspectos

¹⁶² Informação recebida em Aula do dia 13 de março de 2013, na Escola da Magistratura do Estado de Pernambuco. (informação verbal)

sociais, econômicos e culturais, o que, na sua essência, evita que o Estado deixe de efetivar direitos fundamentais ainda que minimamente. É o que Caliendo (2008, p. 200) chamou de cláusula de barreira.

Dessa maneira, nos termos do mínimo, do estritamente necessário, em relação à saúde, está-se diante de um direito público subjetivo individual, independentemente dos argumentos da reserva do possível e da incompetência do Poder Judiciário acerca das escolhas e destinação dos recursos em virtude do bem constitucional maior que é a vida.

O Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer a saúde como direito subjetivo (e fundamental) exigíveis em juízo e não mais como direito expresso em norma programática (SARLET, 2009, p. 328). Por essa proposição, os poderes executivo, legislativo e judiciário devem escolher em relação à saúde, à educação, etc, os meios necessários para que, minimamente, a vida seja protegida com dignidade, e mesmo que haja apenas um meio este deve ser aplicado (CANOTILHO, 2004, p. 32).

A dificuldade no problema do estudo é saber o que é mínimo existencial, como também mesmo que seja reconhecido o mínimo em uma demanda individual que trata de direitos sociais prestacionais, como a saúde, não deixará de haver uma interferência no orçamento. Por isso, a importância de que haja, na atualidade, uma gestão participativa e democrática do orçamento público.

Outra situação dificultosa é compreender que o mínimo necessário na saúde, em uma demanda individual, diante da justiça distributiva, em situações similares, trará altos custos ao erário, tendo o julgador que sopesar todos esses fatores. Assim, mesmo a demanda coletiva sendo politicamente a mais pertinente, não significa dizer que é inviável à ação singular em razão do mínimo existencial ou da ponderação entre princípios, pois está-se a falar em direitos fundamentais.

A justificativa do respeito aos primados da democracia e separação de poderes somente tem razão de ser, quando os objetivos de uma república estejam sendo cumpridos pelos poderes públicos, referendados nos princípios da confiança e da boa-fé objetiva.

8. A RESERVA DO POSSÍVEL

8.1 Momento Histórico

A origem do referido princípio advém da Alemanha no ano de 1972, em uma decisão do Tribunal Constitucional Federal daquele país, conhecida como *Numerus Clausus*, que limitou o número de vagas em universidades públicas diante de um elevado número de candidatos, com base no que, por parte do indivíduo, seria razoavelmente exigível da sociedade (NOVAIS, 2010, p. 90), em duplo aspecto: a condição material do titular do direito e a previsão orçamentária, esta última, da competência do legislativo, na qual se ventilavam escolhas na alocação de recursos, sob pena de ferir o princípio democrático da separação de poderes. Assim, não bastaria ser somente razoável, mas, acima de tudo, financeiramente possível (CANOTILHO, 2004, p. 190).

Canotilho (1998, p. 439) pondera que: um direito social sob reserva dos cofres cheios equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. É preciso que haja uma delimitação do que é reserva do possível na Alemanha, e do que seja em países de terceiro mundo ou em desenvolvimento como o Brasil.

A Alemanha, além de possuir uma economia, relações sociais, culturais estáveis e melhor distribuídas, já há muito tempo assegura direitos sociais não previstos na Constituição de maneira adequada nos campos da saúde, educação básica, habitação, segurança pública, etc. A reserva do possível é a última *ratio* da Administração Pública em questões de uma relevância menor, diferentemente de Estados em que as necessidades vitais, básicas da sociedade não são asseguradas.

A diferença na aplicabilidade da cláusula da reserva do possível em países de primeiro e terceiro mundo ou em desenvolvimento é abissal, no instante em que não se tem como igualar, nas decisões dos tribunais, a situação de um indivíduo que, no primeiro caso, deseja estudar em universidade pública (ANDRADE, 2008, p. 114-115); e, no último caso, busca a manutenção da própria vida.

Nos direitos prestacionais é preciso que a reserva do possível, nos aspectos fáticos e jurídicos (SARMENTO, 2008, p. 569), seja observada, isto é, que exista disponibilidade financeira necessária para a satisfação do direito e que haja autorização orçamentária para o Estado arcar com tais custos. Entretanto, o mínimo

social ou existencial fará um contraponto que definirá a possibilidade do reconhecimento ou não de uma sindicabilidade individual, o que significa não poder ser dirimida na regra Dworkiana do tudo ou nada (DWORKIN, 1978, p. 24, 26).

8.2 Aspectos da Reserva do Possível no Brasil e Escolhas Trágicas

No Brasil, em que os direitos sociais fundamentais, previstos na Carta Magna, estão engatinhando, e a maioria da população com acesso a pouca saúde, somando-se ao elevado nível de descaso dos Poderes Executivo e Legislativo por ausência de vontade política, não é lógico que se interprete como os mesmos rigores de nações mais evoluídas o princípio da reserva do possível. Com isso, as decisões de alocação de recursos e políticas públicas não devem ficar ao alvedrio dos poderes essencialmente políticos.

A grande problemática, atualmente, como se percebe, é a de que a aplicação imediata dos direitos fundamentais sociais prestacionais vincular-se-á ao princípio da reserva do possível, eis que o Estado deverá arcar com gastos para implementação de políticas públicas. E, como os recursos são limitados e as necessidades ilimitadas, o Poder Público precisará fazer “escolhas trágicas” no sentido de atender ao interesse público, priorizando umas (políticas públicas) em detrimento de outras.

Diante da conjectura, os limites não são somente econômicos, mas, v.g., de pessoal, de órgãos humanos, de leitos, de profissionais especializados, de equipamentos, etc. Amaral (2010, p. 75), citando John F. Kilner aduz que “em outras palavras, critérios de seleção de pacientes são desesperadamente necessários hoje em todos os lugares e continuarão a sê-lo no futuro.”

Assim sendo, no instante em que o Estado define o quantum vai disponibilizar na área da saúde e a quem atenderá, automaticamente, implicará em escolhas trágicas (AMARAL, 2010, p. 81), o que é originário da escassez natural. Como ensina Reis Novais, citando Rawls, acerca dos direitos sociais e atuação do Estado em uma situação de escassez moderada de recursos há sempre esse condicionamento inevitável (NOVAIS, 2010, p. 89).

A cláusula da reserva do possível possui duas características: a fática que diz respeito à ausência de recursos financeiros, humanos e de infraestrutura para a efetivação do direito, e a jurídica relacionada à legalidade orçamentária (BORGES,

2008, p. 88). Nas lições de Sarlet, o princípio da reserva do possível divide-se em duas dimensões, uma de natureza fática (aquilo que o Estado economicamente pode dispor), e outra de natureza jurídica (competência dos destinatários para decidir sobre a alocação de recursos) (FIGUEIREDO, 2007, p. 132). Por ser questão de matriz constitucional, o poder político como regra, desde que atue com razoabilidade e proporcionalidade, deve definir as dimensões da reserva do possível.

Outro fator dificultoso na concretização de um direito fundamental social por interferência de uma justiciabilidade é referente ao princípio da isonomia (BORGES, 2008, p. 88), pelo fato de uma decisão judicial não poder limitar os direitos fundamentais de outros cidadãos que também esperam do Poder Público um mesmo tratamento.

No que pertine à limitação jurídica da reserva do possível acerca das escolhas das políticas públicas por parte do executivo/legislativo podem sofrer o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, caso ocorram abusos, e isso não significa afronta à separação de poderes ou à soberania popular. O Estado tem que obedecer, na elaboração do orçamento, as tarefas, os encargos constitucionais (BORGES, 2008, p. 90) estabelecidos, havendo portanto uma mitigação na discricionariedade legislativa e executiva para que não ocorra uma arbitrariedade.

A cláusula da reserva do possível não pode ser considerada como uma regra “do tudo ou nada” (ALEXY, 2012, p. 85) e sim um princípio, como um mandamento de otimização (algo que deve ser efetuado no maior peso possível, com observância às possibilidades jurídicas e fáticas existentes), uma vez que o judiciário, excepcionalmente, diante de uma ponderação, poderá ordenar, por exemplo, a transferência de verba orçamentária para alocar em rubrica que atenda valores maiores dos cidadãos. Assim, os operadores do direito devem observar a classificação da norma jurídica em princípios e regras (DWOEKIN, 1978, p. 22).

O Estado não pode se eximir, porém deve haver por parte dos poderes políticos uma atuação com priorização progressiva nas definições das previsões orçamentárias em matéria de direitos sociais prestacionais. Não sendo suficiente o argumento estatal de escassez de recursos ou de que se investiu apenas o que seria possível, é que o Estado deve demonstrar uma atuação com critério nas escolhas mais fundamentais, até porque a responsabilidade pelo ônus da prova é

sua e não do hipossuficiente. Em situação de normalidade, em um Estado Social, como leciona Novais (2010, p. 115) a escassez nunca é absoluta.

Quer-se dizer: diminuem-se os gastos com o que é supérfluo, não essencial e investe-se maciçamente em direitos fundamentais essenciais, dentre eles: saúde, educação, segurança pública, pagamento salarial dos servidores, sob pena do judiciário intervir para assegurar, ao menos, o mínimo existencial, não no aspecto do direito fundamental social, mas no campo da dignidade da pessoa humana. A reserva do possível, a não ser em uma situação de total escassez de recursos, não pode prevalecer sobre o mínimo existencial.

Como é perceptível, o poder político deverá fazer escolhas, o que não conseguirá, por conseguinte, abarcar a todas as necessidades sociais fundamentais, mas, ao menos, levar em conta o desenvolvimento econômico e as finanças estatais.

8.3. A maioria parlamentar e a reserva do possível

A reserva do financeiramente possível, no Brasil, com a Carta Magna de 1988, não pode ser vista como um obstáculo intransponível à concretização dos direitos fundamentais, mormente porque, direitos fundamentais não podem ser deixados à mercê de uma maioria parlamentar (NOVAIS, 2010, p. 91). A natureza maior dos direitos fundamentais é justamente limitar o poder do legislador (MENDES, 2011, p. 564), assegurando determinados direitos individuais e coletivos, quando houver uma excessiva restrição ou uma deficitária proteção nos direitos jusfundamentais em detrimento da maioria do parlamento.

A tutela jurisdicional dos direitos sociais implica em que o Poder Judiciário ordene a concretização de um direito social com previsão constitucional. A dificuldade é saber precisar o limite da intervenção judicial ou se deve havê-la, eis que, nesse caso, há uma necessidade da implementação de políticas públicas (envolvem gastos) pelo Estado, e que, em tese, a proteção de um direito estatal deve ficar sob a batuta da ação do Estado.

A grande preocupação na concretização pelo Poder Judiciário é em relação aos gastos públicos, pois quando se obriga que o Estado utilize recursos em determinado direito social, a Administração Pública não terá condições de arcar, em

algumas situações, com o atendimento da decisão judicial, na efetivação de outros direitos fundamentais que foram considerados mais importantes para a sociedade.

Como se depreende, há a possibilidade de intervenção do judiciário na garantia desses direitos, mas sem esquecer da limitabilidade dos recursos. Além do que, o Poder Público é quem tem o ônus argumentativo de explicitar o porquê não investiu em determinada área de interesse coletivo do Estado em prol de outra, por exemplo, gastos excessivos com publicidade e festas, como é comum no Brasil, e investimentos insuficientes na saúde básica, na educação pública, na segurança pública, no pagamento salarial e outras garantias constitucionais dos servidores, etc., com um claro comportamento governamental desviante.

9. OS DIREITOS DE LIBERDADE, OS DIREITOS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL

Há diferenças entre direitos civis e políticos e econômicos e sociais? Sim, mas não podemos cunhar os primeiros simplesmente como não prestacionais e os segundos como prestacionais, é que, ambos podem ser caracterizados cumulativamente como negativos e positivos (COURTIS, 2011, p. 33), por isso o alcance das distinções ultrapassam o conteúdo, e atingem o grau de relevância que as prestações têm para um e outro tipo de direitos(a relevância do fazer para os direitos prestacionais tem um alcance maior, como é o não fazer para os direitos não prestacionais e vice-versa). É a ausência de obrigações negativas e positivas puras¹⁶³.

Pensando na liberdade de expressão e imprensa como direito civil e político, também pode ser visto como um direito social, pois o Estado não poderá proibir a liberdade de informação a toda e qualquer pessoa. De outra banda, o direito à saúde além de ser prestado pelo Estado, terá ele a obrigação de não piorar o citado serviço; de não impedir o acesso à educação de alguém, etc.

O argumento, outrora mencionado, é por causa da natureza dúplice (positivas e negativas) dos direitos sociais, econômico, civis e políticos. Obviamente, nas obrigações estatais de fazer ou de dar é preciso, quando não envolver uma regulação do estado para o desempenho de uma atividade, certo capital por parte do estado, porém nada impede que o ente estatal procure parcerias, sujeitos igualmente responsáveis (COURTIS, 2011, p. 42), para diminuir os gastos.

Independentemente de alguns direitos sociais e econômicos estarem consagrados em Constituições, como a brasileira e a portuguesa, e figurando em tratados internacionais não é o bastante para sua observância, sendo fator decisivo que o Poder Judiciário possa atuar para fazer valer tais direitos, ao menos, resguardando o mínimo necessário, na medida em que proclamar um direito subjetivo é uma coisa, e outra bem diferente é o seu cumprimento e acesso a toda população. Neste último caso, a justiça, a exigibilidade judicial é primordial não apenas aos direitos civis e políticos, mas aos direitos econômicos e sociais.

¹⁶³ Segundo Contreras (1994, p. 21): “Não existem, em resumo, obrigações ‘negativas’ puras (ou melhor direitos que comportem exclusivamente obrigações negativas) [...]”

Na problemática dos direitos sociais é preciso saber se o Poder Judiciário tem a condição necessária de planejar políticas públicas através de uma situação posta na justiça; se o Estado-Juiz possui meios coercitivos para que haja uma execução de sua sentença que obrigue o Estado executor a assegurar um direito social omitido ou não prestado a uma terceira pessoa; e se a concessão pela justiça de um direito social a uma pessoa determinada, aquela que provocou a atuação judicial, não desencadearia desigualdades para as pessoas que não participaram do julgamento.

Os questionamentos acima são intrigantes, porém o Estado não é o salvador da pátria que cumprirá e assegurará isoladamente todos os direitos sociais, isso porque nada impede que alguns serviços dessa natureza, com a regulamentação do Estado, sejam prestados com a co-participação de particulares que investirão no mercado, por exemplo, na saúde, na educação, etc., por intermédio de autorizações, permissões ou licenças possam atuar.

As sentenças judiciais em matérias dessa natureza, caso descumpridas, podem acarretar o pagamento de multa por intermédio do Estado, a possibilidade de uma ação direta interventiva contra o ente federativo inadimplente, além de ser uma forma de pressionar o Estado a fazer uma agenda política dos assuntos decididos pela justiça, o que, diante de uma violação, possibilita à judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Nesse sentido é o ensinamento de Alexy:

Como mostrou a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (alemão), de modo algum um tribunal constitucional é impotente frente a um legislador inoperante. O espectro de suas possibilidades processuais constitucionais se estende, desde a mera constatação de uma violação da Constituição, através da fixação de um prazo dentro do qual deve sancionar-se uma legislação acorde com a Constituição, até a formulação judicial direta do ordenado pela Constituição. (ALEXY, 1993, p. 497).

É perceptível, portanto, no caso dos direitos sociais, econômicos e culturais não ser o Poder Judiciário o protagonista para assegurá-los e sim o poder político, mas nada impede a justiça, com a devida provocação, ser um meio, um garante na formação de algumas políticas públicas no setor social.

O argumento da reserva do financeiramente possível precisa ser analisado de forma sistêmica, não à vista somente dos direitos sociais, mas do gênero direitos fundamentais, isto é, nos direitos negativos clássicos de liberdade ou de defesa há

também um gasto, um custo econômico ao erário, entretanto, esses direitos, civis e políticos, não perdem sua característica jusfundamental.

Pode-se tomar como paradigma para explicar o assunto, em países democráticos como o Brasil, o grande dispêndio econômico, em direitos de liberdade, para realizar o processo eleitoral; o direito de propriedade privada em que o aparelho estatal deve manter um aparato para protegê-la, por intermédio de proteção policial, instituições adequadas, sistema judicial; indenizações por ofensas aos direitos de liberdade, eis que levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez (HOMES, 1999).

Todo e qualquer direito – positivo ou negativo – pleiteado em desfavor do Estado depende de recursos públicos, e não apenas os denominados de positivos, como ensina Stephen Holmes e Cass Sunstein – “The Cost of Rights: why liberty depends on taxes.” A diferenciação seria que os direitos de liberdade não se sujeitam a regulamentações ou a políticas públicas, e, por conclusão, não acarretam situações que envolvam o Judiciário em uma intromissão indevida.

Analisando os gastos públicos, seja nos direitos de liberdade, seja nos direitos sociais, percebo uma diferença tênue: nos primeiros, os recursos estariam automaticamente inseridos no sistema estatal, daí os mecanismos de proteção do indivíduo (direitos de defesa contra o Estado) fazerem parte da própria estrutura, sem a qual a figura do Estado de Direito seria inócua. Nos segundos, haveria uma variabilidade na disponibilização dos recursos, não sendo algo uniforme, por dependerem da necessidade de cada indivíduo, mesmo em uma demanda coletiva.

Sarlet (2009), Amaral (2010), Galdino (2005) e outros afirmam que todos os direitos fundamentais (defesa e prestacionais) são sempre positivos, isto é, mesmo as liberdades, direitos e garantias precisam de um montante financeiro para a sua implementação e proteção. No mesmo sentido Nabais (2007, p. 175) quando suscita que independentemente dos custos que envolvem os direitos fundamentais, os dispêndios servem, igualmente, para que o Estado efetue a própria defesa da pátria.

Ocorre que, será possível dizer que um direito de propriedade deve merecer um maior dispêndio econômico em relação a direitos sociais como saúde, educação, segurança pública. Atualmente, esses direitos devem ser considerados como de primeira linhagem e parte da engrenagem principal de um Estado intitulado como social o que ratifica sua essência fundamental.

Como citado, o Estado tem o dever de respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais, porém, em regra, no primeiro, típico dos direitos negativos, não há gastos públicos; diferentemente dos segundo e terceiro mais relacionados aos direitos prestacionais e que há gastos condicionados à reserva do possível.

O direito reconhecido de um cidadão à saúde, à educação, à segurança pública, à liberdade de religião, à liberdade de ir e vir, não ocasiona diretamente o dispêndio de recursos financeiros por parte do Estado, diferentemente quando o Estado precisa proteger (violação de direitos fundamentais) e promover (criar os mecanismos para utilização desses direitos), pois uma coisa é a previsão de um direito e outra é ter acesso aos direitos fundamentais.

Diante disso, no direito de defesa, de não intervenção estatal, de conduta negativa, regra geral, o cidadão caso esteja sendo tolhido indevidamente, em não poder professar a sua fé, seu direito de reunião, sua opção sexual, ou mesmo em um direito social não prestacional como a liberdade de associação sindical ou greve, poderá interpor ações devidas no judiciário e com aplicação imediata, sem a preocupação de haver ou não legislação ou recursos financeiros. Por outro lado, os direitos sociais prestacionais, em regra, consideram o oposto, pois o Estado, como destinatário da norma, deve atuar, promovendo esses direitos, e, para isso, a reserva do possível é imprescindível.

Os direitos sociais prestacionais estão vinculados diretamente a uma distribuição e gastos de recursos para atingirem o seu fim, e os direitos de liberdade independem diretamente de disponibilidade financeira. Em tese, a liberdade de opções para ser assegurada não está adstrita diretamente ao fator econômico, contrariamente quando da disponibilização de um serviço público médico hospitalar. Cabe frisar que, em determinadas circunstâncias esse argumento perde a importância, haja vista a possibilidade de um direito social positivo ser caracterizado ora negativo, ora positivo.

Os direitos de liberdade, apesar da singeleza da diferenciação, da mesma forma que os sociais prestacionais precisam de recursos para ser garantida a liberdade, seja de reunião, opção sexual, etc. Assim, carece da atuação da polícia, do judiciário, do ministério público, o que acarreta despesas públicas.

O direito reconhecido à saúde, à educação, à segurança pública e à liberdade não ocasiona diretamente o dispêndio de recursos financeiros por parte do Estado, diferentemente quando o Estado precisa protegê-los (violação de direitos

fundamentais) e promovê-los (criar os mecanismos para utilização destes direitos), isso porque uma coisa é a previsão de um direito e outra é ter acesso aos direitos fundamentais. Nos direitos de liberdade, em casos específicos, sua natureza passa a ser prestacional, daí a relevância, como ensina Bonavides (1999, p. 515), de se falar em direitos fundamentais propriamente ditos.

Então, qual o motivo da diferenciação entre os direitos negativos e positivos? Segundo Silva (2011, p. 231) os direitos sociais “custam mais dinheiro”, e os gastos se dividem em: “institucionais” e “sociais”; os primeiros inerentes a todos os direitos (positivos e negativos, com a manutenção das instituições), e os segundos referentes aos direitos sociais, demonstrando uma maior dimensão econômica.

Necessariamente, os direitos sociais prestacionais não custam mais caros que os direitos de liberdade, porém, nestes últimos, o Estado tem como prever e organizar os gastos; nos direitos sociais, em regra, não há como fixar um gasto estável, por isso a importância e necessidade do princípio da reserva do possível.

Os direitos de liberdade, mesmo sendo fundamentais, diante da reserva geral imanente de ponderação, não são absolutos, no sentido de que um direito deverá prevalecer sobre o outro, sem que ocorra o impedimento de uma judicialidade. Nos direitos sociais, além da possibilidade da ponderação, mister se faz a observância da reserva do financeiramente possível que, por sua vez, vai gerar uma maior dificuldade de controle da justiça constitucional. A limitação desses direitos em face de outros igualmente dignos de proteção não tolhe a natureza jusfundamental.

A escassez de recursos não pode servir de esQUIVA do Estado para descumprir, de maneira generalizada, sem fundamentação plausível e sem progressividade social com seus deveres constitucionais. Conclui-se: não só os direitos negativos, mas os direitos positivos podem ser judicializados diante de uma omissão ou ação Estatal desidiosa, sem que haja uma fratura no princípio da separação dos poderes.

O fato é que, de uma forma ou de outra, em qualquer dos direitos analisados, prestacionais ou não, como regra, seja para mais, seja para menos, o Estado terá que disponibilizar verbas públicas, e a diferença, sem perder a característica da fundamentalidade, será que nos direitos prestacionais é condição *sine qua non* a reserva do possível, já nos direitos de liberdade, não.

10. PROGRESSIVIDADE SOCIAL E A EXCEPCIONALIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL

10.1 Pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais e a progressividade

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC (FIGUEIREDO, 2007, p. 138), em que o Brasil é signatário, no seu artigo 2, item 1, prevê que cada Estado-parte comprometa-se, até o máximo das possibilidades financeiras, a cumprir o acordado, em especial no seu art. 12, item 1¹⁶⁴, o direito das pessoas de desfrutarem de saúde física e mental. Com isso, se percebe que a efetivação de todos os direitos sociais não ocorrerá em um único instante, mas de maneira gradual, progressiva.

Dessa forma, no aspecto da progressividade dos direitos sociais, reconhece-se que o Estado, de imediato, não conseguirá, diante da limitabilidade de recursos, atender todas as questões sociais, por isso, deve, de maneira gerenciada e crescente, atender às necessidades sociais, por se tratar de um direito fundamental. Não pode ocorrer é a estagnação ou a não atuação dos poderes legítimos na implementação dos direitos sociais, o que configuraria uma desídia estatal passível de sindicabilidade.

É perceptível que os direitos sociais devem ser conferidos a terceiros como direitos subjetivos públicos (BRITO 2002, p. 125) progressivos, e o princípio da progressividade como premissa primeira da concretude desses direitos.

10.2 A excepcionalidade da reserva do possível, o destinatário da norma e a eficiência da Administração Pública

A reserva do possível deve ser utilizada pela Administração Pública de maneira excepcional, e não, como corriqueiramente argúi-se. Negar os direitos fundamentais sociais é o mesmo que negar a força normativa da Constituição, além do que, o judiciário, assim como nos direitos de liberdade, nos conflitos envolvendo direitos sociais, mesmo atento ao financeiramente possível, deve realizar uma

¹⁶⁴ Artigo 12, item 1, do PIDESC: “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.”

reserva geral imanente de ponderação entre princípios acerca das escolhas estatais (ALEXY, 2006).

Barcelos (2007, p. 14) sobre a temática: "A definição dos gastos públicos é, por certo, um momento típico de deliberação político-majoritária; salvo quando essa deliberação não estará livre de alguns condicionantes jurídico-constitucionais... é certo que a delegação envolvida na representação política não é absoluta; não se trata de um cheque em branco."

A competência orçamentária, no Brasil, conforme artigo 165 e seguintes da CRFB, é do poder legislativo, pois o poder político tem a obrigação de definir a destinação dos recursos, controlar o dinheiro público, mas as escolhas e os gastos devem ser motivados, com uma justificativa plausível, caso contrário a decisão final, em um sistema de freios e contrapesos, deve ser do judiciário. O que se está a afirmar não é a inversão de papéis entre os poderes, mas que eles atendam os fins prioritários previstos na Constituição Federal.

O simples fato de um parlamentar, de um prefeito, de um governador ou de um presidente da república ser eleito pelo voto popular não é sinônimo de "poder irrestrito". De maneira inversa, quando não cumprirem os objetivos primeiros de uma Constituição Federal o legítimo passa a ser ilegítimo, e, conseqüentemente, não haverá óbice à intervenção judicial.

O princípio da eficiência também deve ser observado, pois o Estado para ser eficiente necessita que seus administradores saibam gerenciar as despesas públicas e evitem gastos desnecessários, nos termos dos artigos 37¹⁶⁵ e 169, parágrafos 3º e 4º¹⁶⁶, da CRFB.

No âmbito da reserva do possível nos direitos sociais (NOVAIS, 2010, p. 116), um fator que deve ser observado é a separação de poderes, isto é, não se trata de saber quem tem "mais força", se o juiz, se o administrador ou se o legislador, mas que, em um Estado Democrático de Direito, em uma conjectura de escassez de recursos, o essencial é a definição e efetivação de prioridades que estão traçadas na Lei Maior.

¹⁶⁵ Artigo 37 da CRFB: "A administração pública direta e indireta [...] obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]."

¹⁶⁶ Artigo 169 da CRFB: "A despesa com pessoal [...] não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar [...]."

11. O ÔNUS DA PROVA, A RESERVA DO POSSÍVEL E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O Código de Processo Civil Brasileiro, no seu artigo 333 e incisos¹⁶⁷, trata da questão do ônus da prova, e a parte que não conseguir demonstrar seu argumento ficará em situação desfavorável quando do julgamento de uma ação. É incompreensível o Estado, em uma lide, sem expor nenhuma justificativa plausível, alegar a incapacidade financeira na efetivação de um direito social básico à saúde, até porque se sabe que, em maior ou menor volume, dinheiro sempre existe nos cofres públicos, mas o fundamental é o Estado demonstrar que o investimento seguiu uma lógica de prioridades e racionalidade, caso contrário, em sendo provocado, o judiciário deve assegurar o direito tutelado, seja ponderando princípios ou aplicando o mínimo necessário em um caso concreto.

A relação que deve existir entre o princípio da reserva do possível e o princípio da igualdade está no fato da Administração Pública aduzir, em inúmeras situações, a inviabilidade em atender a uma demanda social individual, com a justificativa de que se todas as pessoas que estiverem na mesma situação fizessem o mesmo o Estado irá à bancarrota.

O último argumento deve ser analisado com ressalvas pelo Poder Judiciário, porque individualmente as pessoas têm o direito constitucional de acesso a uma jurisdição na solução de um conflito, bem como o Estado deve provar que havendo o reconhecimento de uma demanda individual acarretará o ajuizamento de inúmeras ações no mesmo sentido, e a sua falta de condição financeira. Além do que, em sendo a pretensão individual razoável, deve ser assegurada pelo Estado seja por tratar-se de um direito fundamental em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao juiz incumbe, tão somente, a função de avaliar a relevância da dificuldade financeira apresentada pelo poder político (NOVAIS, 2010, p. 117), no sentido de reconhecer ou não uma pretensão individual em matéria de direito social prestacional, e não conhecimento técnico na distribuição de recursos e em políticas

¹⁶⁷ Art. 333 do Código de Processo Civil: "O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito."

públicas. O que se está a afirmar não é a inversão de papéis entre os poderes, pois a definição da alocação de recursos públicos deve partir do Poder Legislativo e a implementação das políticas públicas por intermédio do Poder Executivo, desde que atendam os fins prioritários previstos na Constituição Federal.

O parágrafo segundo, do artigo 198¹⁶⁸ da Carta de Outubro dispõe sobre os recursos mínimos em saúde (fim básico) que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão. Em não havendo respeito a essa norma, ou, mesmo que haja, não consiga atender a todos aqueles que precisam de um sistema de saúde digno, não há outra saída a não ser a provocação do poder judiciário para fazer garantir a regra constitucional e o mínimo existencial, impedindo que o dinheiro público seja mal aplicado, com o que não é tão urgente.

¹⁶⁸ Artigo 198 da CRFB: “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...] § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e §3º.”

12. A DIGNIDADE NA LÓGICA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

12.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

No início da história, na civilização ocidental, a dignidade da pessoa humana existia pautada no cristianismo como dádiva advinda de Deus, sem discriminações, por ser a figura do homem a imagem e semelhança do criador (NOVAIS, 2004, p. 56), entretanto, esse conceito, atualmente, não deve prosperar, já que o Brasil, como outros Estados soberanos e democráticos, na Constituição Federal, no seu preâmbulo, considera a figura do Estado Laico, não confessional, baseando-se na impossibilidade de vinculatividade entre Estado e religião, o que se conclui que seja ateu, seja religioso, ambos devem ter a dignidade preservada, por se viver em uma sociedade intitulada de plural e tolerante, o que não significa a perda de parâmetros.

Citando Novais (2004) e Sarlet (2007), o princípio da dignidade da pessoa humana, após as barbáries da Segunda Guerra Mundial, sustentou-se na doutrina de Kant, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa, daí o Tribunal Constitucional Federal Alemão conheceu a fórmula objeto. A pessoa, portanto, deve ser vista não como um instrumento, um objeto, uma coisa, mas um fim em si mesma.

O art. 1º da Declaração Universal da ONU (1948) prevê a dignidade da pessoa humana, segundo o qual todos os seres humanos “nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”

A Lei Fundamental de Bona de 1949 (NOVAIS, 2004, p. 51), Constituição Provisória da República Federal Alemã, trouxe o princípio da dignidade da pessoa humana, o que influenciou a Constituição Portuguesa de 1976 que, no seu artigo 1º¹⁶⁹, consagrou a dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República Portuguesa, e, esta última, de igual modo, foi base para a Constituição Federal do

¹⁶⁹ Artigo 1º da Constituição da República Portuguesa: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”

Brasil que previu a dignidade da pessoa humana no seu inciso III¹⁷⁰, artigo 1º, como fundamento da República Federativa do Brasil.

Na passagem do Estado-Liberal do século XIX, no qual havia uma não intervenção do poder público, para o Estado social e Democrático de Direito do século XX, há uma substancial alteração dos deveres estatais, no sentido de promover novos valores, os direitos fundamentais sociais, deixando a igualdade de ser meramente formal e sim material, o que refletiu na concepção de dignidade da pessoa humana. Foi o que aconteceu no Brasil, com o advento da Carta de Outubro de 1988.

O princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado de Direito Brasileiro, como fator de limitação de poder, possui um elo com os objetivos da República Federativa do Brasil, mais especificadamente a promoção do bem de todos que, na expressão de Pansieri (2012, p. 15), seria a garantia da reprodução da vida humana com dignidade.

No instante em que a dignidade da pessoa humana é tratada como fundamento de um Estado Democrático de Direito, a conclusão a que se chega é de que o Estado deve assegurar e promover (NOVAIS, 2004, p. 52) dignidade às pessoas e não o inverso. Acontece que, para que haja dignidade, conseqüentemente devem ser assegurados bens sociais mínimos como à saúde, pois a dimensão da dignidade não é somente objetiva, servindo, tão somente, de maneira abstrata, como base para princípios e direitos fundamentais de maneira genérica, mas, igualmente, possuidora de uma dimensão subjetiva que, nada mais é, senão a garantia do mínimo necessário para sobrevivência de um indivíduo.

Em matéria de direitos sociais prestacionais como a saúde, o legislador, com o escopo de regulamentá-la, deve elaborar as leis, e o administrador possui o dever de implementar as políticas públicas devidas, atendendo a discricionariedade na alocação de recursos e o financeiramente possível, mas sempre preservando, apesar da progressividade em direitos dessa natureza, o mínimo existencial em atenção à dignidade humana.

O professor Luiz Coutinho (Informação verbal)¹⁷¹ vai além quando diz que a dignidade da pessoa humana não é somente autodeterminação, exercício do direito

¹⁷⁰ Art. 1º da CRFB: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.”

de escolha de suas opções, mas a proibição de autodegradação na relação com o Estado ou com o particular. Diante das diversidades de valores, em um Estado Contemporâneo, é praticamente impossível conceituar a dignidade da pessoa humana de maneira uniforme, o que dificulta um conceito jurídico.

A dignidade da pessoa humana é um princípio vital, é o pilar que sustenta, em um estado democrático de direito, a sociedade. Apesar do conceito de dignidade da pessoa humana ser individualizado, e cada pessoa traz concepções do que seja digno para si (autodeterminação), por isso deve haver um tronco comum que passa a ser o mínimo existencial dos direitos fundamentais, levando-se em consideração o que seja digno para um homem médio em um caso concreto e não abstrato, sob pena da banalização da utilização do princípio em questão.

Sendo assim, a dignidade da pessoa humana, além da promoção por parte do Estado, engloba o respeito (abstenção) e a proteção (atuação) da integridade física, psicológica e intelectual dos indivíduos. Segundo Pérez Luño (1999, p. 318) a dignidade da pessoa humana não visa, somente, evitar que pessoas sofram humilhações e constrangimentos, mas que haja um sentido positivo na procura do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.

De mais, para que haja ofensa à dignidade da pessoa humana deve haver uma ruptura na dimensão vertical e na dimensão horizontal, haja vista que a primeira ocorre quando o Estado trata o indivíduo como objeto, o que interessa ao pretensão trabalho no campo dos direitos sociais; e a segunda no instante em que o próprio ser humano vê o outro como coisa.

Os poderes instituídos devem atuar, em toda e qualquer situação, atendendo aos ditames da dignidade da pessoa humana como princípio ou, quando não houver possibilidade de ponderação, como regra. No aspecto da dimensão autorreferencial quando o próprio indivíduo (moral), em ato singular, sem a participação de terceiros, ofende a própria dignidade, o Estado não tem como ser responsabilizado, eis que este não consegue encontrar-se em todos os lugares ao mesmo tempo, salvo quando houver uma relação direta com o indivíduo, c.p.ex, direito à saúde.

¹⁷¹ Informação recebida em Aula, no dia 12 de março de 2013, na Escola de Magistrados do Estado de Pernambuco. (informação verbal)

12.2 O Mínimo Existencial

A origem do mínimo necessário ou vital advém da jurisprudência (NOVAIS, 2010, p. 197) do Tribunal Constitucional Federal Alemão, onde a Constituição não consagra os direitos sociais, daí a necessidade de se buscar, quando a legislação infraconstitucional for deficitária ou omissa, alternativas constitucionais para a proteção de direitos sociais individuais, dentre eles, a saúde.

A figura do mínimo existencial defendida como garantia dos direitos fundamentais à saúde, dentre outros, tem a defesa da professora Barcellos (2008, p. 809), diante do vínculo entre a dignidade da pessoa humana e a saúde, isso porque as prestações que ultrapassam esse critério devem ficar a cargo do legislador e não do julgador.

Os direitos sociais, na sua dimensão positiva, desenvolvem-se no dever do Estado de promover o acesso individual a um bem fundamental. O problema é saber a relevância jurídica dos direitos sociais. Questiona-se: exigir do Estado, diante da indeterminabilidade constitucional, um mínimo existencial ou social resolve a situação posta em discussão? Entendo que a resposta está com Novais (2010, p. 194) quando diz que é preciso uma distinção entre o mínimo existencial e o direito social, o primeiro é o legítimo direito fundamental social (judicialmente exigível), e o segundo dependente de configuração legal. No que pertine à fixação do mínimo deve haver cautela do judiciário para que não haja ofensa à separação de poderes.

Os críticos da teoria do mínimo existencial afirmam haver um elevado grau de subjetividade, e então sugerem que o grau de exigibilidade deve ser proporcional ao grau de essencialidade (GROSS, 2012). Desse modo, quanto maior a importância do bem, a justificativa estatal para não concedê-lo deve ser plausível, excepcional, sob pena de contrariar ditames constitucionais. Para assegurar um direito fundamental positivo é preciso resguardar condições materiais que acarretem uma vida com dignidade.

Foi o que o jurista Alemão Otto Bachof, na década de 50, afirmou que sem um mínimo de segurança social, sem recursos materiais para uma existência digna, não tem como se falar em dignidade da pessoa humana (SARLET, 2008). Não é só viver, mas que a vida seja garantida. Não basta ter o direito à saúde, mas que ela seja assegurada. O mínimo existencial é uma ajuda para a autoajuda, e dependerá de cada realidade socioeconômica (SARLET, 2008, p. 190). O mínimo existencial

está ligado á vida e á dignidade da pessoa humana, e, por isso não carece de previsão constitucional expressa.

O mínimo existencial é baseado em condições materiais imprescindíveis para o próprio existir, sendo uma parcela nuclear do princípio da dignidade da pessoa humana (BARCELLOS, 2011, p. 292). Assim, em relação aos direitos sociais prestacionais há uma complexidade na sua abordagem, vez que é preciso estipular os liames entre a reserva do possível e o mínimo existencial, mais especificadamente, para efetivar o direito à saúde.

Como se percebe, a parcela do mínimo existencial não é matéria que deve ficar ao livre arbítrio das deliberações majoritárias. De maneira contrária, ocorre quando se requer um *plus* em relação aos direitos prestacionais sociais (saúde).

A solução do impasse deverá ser resolvida à luz do princípio da dignidade da pessoa humana que, como se sabe, na CRFB (Inciso III, artigo 1º e artigo 170, caput) é reconhecido como princípio fundamental e mola propulsora de todo o Ordenamento Jurídico, e com incidência direta na ordem econômica que visa uma existência digna. Percebe-se que não é suficiente o direito de viver, e sim de existir com dignidade e, para isso, o mínimo necessário evidentemente tem que ser garantido.

O mínimo existencial encontra-se intimamente relacionado com os alvos prioritários dos gastos públicos (BARCELLOS, 2011, p. 288), ou seja, somente depois de haver um investimento efetivo (ao menos, no mínimo) em áreas essenciais e prioritárias como a saúde, a educação e a segurança em prol da dignidade da pessoa humana, e que a reserva do possível não pode ser óbice na concretização desses direitos. Os recursos remanescentes, por fim, devem ser investidos em outros setores do Estado.

Na concepção minimalista, o Poder Público não pode escolher aleatoriamente em quais locais e atividades o dinheiro publico será investido, pois deve considerar, primeiramente, os núcleos da dignidade da pessoa humana, dentre eles: educação, saúde, assistência aos desamparados, pagamento salarial e demais garantias constitucionais dos servidores públicos ativos e inativos, e acesso à justiça (BARCELLOS, 2011, p. 302). Como se percebe, sem saúde o homem não é capaz de efetivar sua própria vida com dignidade.

O mínimo existencial, regra geral, deve possuir um caráter absoluto, e, por isso, não se sujeitando ao princípio da reserva do possível. Diferentemente é o

pensamento de alguns autores, como Sarmiento (2008) que pontuam que, em sociedades muito pobres, não é possível afirmar que o direito ao mínimo existencial não possa ser excepcionado, daí o Estado ser possuidor do ônus justificante de sua impossibilidade financeira, o que seria a excepcionalidade.

Destarte, o mínimo pode ser visto de maneira relativa ou absoluta (NOVAIS, 2010, p. 201), ou seja, no primeiro caso dependente da ponderação dos aspectos singulares e coletivos, além do custo financeiro, no acesso a um bem fundamental; e a segunda situação pautada em uma dimensão alheia a ponderações.

Os direitos sociais prestacionais que, por ventura, forem preteridos pela Administração Pública em detrimento de outros podem ser reivindicados judicialmente pelas pessoas que se sentirem lesadas? Ou o Poder Judiciário não é possuidor de legitimidade constitucional e formação técnica na realização desse mister?

As respostas aos questionamentos para alguns devem ser por intermédio do mínimo existencial, diante do princípio da dignidade da pessoa humana, pois todo aquele que não possui as necessidades primárias de direitos sociais como a saúde, por descaso do gestor público ou de má elaboração de políticas públicas, a jurisdição constitucional deve atuar. Para outros, como Alexy (2001, p. 498), deve haver uma observância daquilo que o indivíduo pode exigir razoavelmente da sociedade em sede de ponderação entre direitos sociais e outros direitos fundamentais, pois há dificuldade em definir o critério do mínimo existencial, como também nenhum direito possui valor absoluto, e nem aplicação uniforme a toda e qualquer situação.

O Tribunal Constitucional Português, mesmo a Constituição Portuguesa assegurando expressamente inúmeros direitos sociais, teve a necessidade de garantir em relação a esses direitos um patamar mínimo de subsistência, de conservação. Assim, o mencionado Tribunal Constitucional, estrutura o mínimo necessário em três perspectivas: a) em decisões que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei pelo fato da mesma resguardar o mínimo de subsistência, b) há o reconhecimento da inconstitucionalidade da legislação, por ser ilegítima em face do direito a um mínimo existencial, e c) o Tribunal determina o cumprimento de direitos sociais prestacionais sem a necessidade de participação legislativa (BRITO, 2014, p. 1097).

Fazendo uma breve digressão histórica da jurisprudência portuguesa, o Acórdão n.º 349/91 que tratou da impenhorabilidade total das pensões pagas pelas instituições de segurança social, conforme fixado no artigo 45.º, da Lei 28/84, entendeu não ter havido ruptura com o princípio da igualdade, mesmo que outras pensões adimplidas, por exemplo, pela Caixa Geral de Aposentações possuam uma impenhorabilidade parcial, desde que seja garantida uma sobrevivência mínima ao beneficiado.

É a possibilidade de um conflito entre o direito do credor, e o direito ao mínimo necessário ao devedor/pensionista, daí apesar da jurisdição constitucional não ter visualizado, no caso em concreto, a quebra do princípio da igualdade entre a pensão total paga pelas instituições de segurança social, e o pagamento parcial de pensões por outras instituições, está evidente a necessidade de observar um mínimo de sobrevivência ao devedor/pensionista em razão do princípio da dignidade da pessoa humana.

Seguindo a toada do pagamento de pensões na legislação portuguesa, com o passar do tempo, o Tribunal Constitucional, em especial, no Acórdão n.º 177/02, seguindo a doutrina do exposto no Acórdão n.º 318/99, exarou não ser razoável a perda de uma parcela do benefício pelo pensionista, diante da penhora, quando ele possuir uma pensão abaixo do salário mínimo, justamente por ocasionar um sacrifício exagerado, e que atinge frontalmente o mínimo necessário para uma subsistência digna. 172

Diante da situação, surge o questionamento: o mínimo existencial está atrelado ao valor do salário mínimo, previsto constitucionalmente e fixado em lei, ou, o mínimo existencial é um conceito independente do salário mínimo? Em análise dos Acórdãos do Tribunal Constitucional Português números 318/99 e 306/05 acerca da impenhorabilidade das pensões que não ultrapassam o salário mínimo, está claro

¹⁷² Segundo o autor [...] estando em causa esta garantia de uma sobrevivência minimamente condigna, o Acórdão n.º 349/91 entendeu que «[o] exercício do direito do credor em ver realizado o seu direito — o qual, como se viu, encontra guarida no n.º 1 do artigo 62.º da Lei Fundamental — pode colidir com o direito fundamental do pensionista em perceber uma pensão que lhe garanta uma sobrevivência condigna, condensado, como já se referiu, ou no artigo 63.º ou no artigo 1.º da Constituição. Em casos de *colisão* ou *conflito* entre aqueles dois direitos, deve o legislador, para tutela do valor supremo da dignidade da pessoa humana, sacrificar o direito do credor, na medida do necessário e, se tanto for preciso, mesmo totalmente, não permitindo que a realização deste direito ponha em causa a sobrevivência ou subsistência do devedor». Mas considerou também que «para além desse patamar necessário para garantir aquele mínimo de sobrevivência — o qual não pode ser definido em termos válidos para todos os tempos, uma vez que é algo historicamente situado —, já será constitucionalmente ilegítimo o sacrifício total do direito do credor [...]. (BRITO, 2014, p. 1094-1095).

que houve um condicionamento da garantia mínima de sobrevivência ao salário mínimo. Entretanto, é uma situação extremamente delicada, isso porque, o valor fixado ao salário mínimo poderá não atender o mínimo de existência, e implicar em uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Foi no Acórdão n° 509/2002 que o Tribunal Constitucional Português reconheceu o mínimo necessário como um direito fundamental a ser prestado pelo Estado, e, portanto a violação do mínimo existencial está atrelado à dignidade da pessoa humana. 173

Uma peculiaridade passa a surgir, no momento em que se reconhece a inconstitucionalidade de uma lei que trata da restrição de direitos sociais não pelo argumento do princípio da proibição do retrocesso social diante da liberdade de conformação do legislador e da realidade histórica de cada momento estatal, salvo para preservar os princípios da proteção da confiança ou da igualdade. Assim, o que se deve prestar atenção é se houve violação a um núcleo essencial mínimo de um direito.

Sobre o mínimo existencial, o Acórdão Português n° 509/02, deixando de lado uma possível debilidade financeira do Estado Social, entendeu que é preciso assegurar uma garantia mínima, com elo na dignidade da pessoa humana, por intermédio do Estado. Por isso, o Tribunal entendeu que a revogação da Lei n° 19-A/96 (assegurou o rendimento social entre os jovens de 18 a 25 anos) feriu um direito fundamental, portanto exigível judicialmente, e sem a necessidade da observância do princípio da reserva do possível, é que o sopesamento das condições financeiras acerca da efetividade dos direitos sociais prestacionais somente serão utilizadas quando exceder o mínimo social. 174

¹⁷³ Trago à baila o pensamento de Nogueira: “[...] no próprio Acórdão n° 509/02 [...] neste contexto, o Tribunal considerou inconstitucional, em sede de fiscalização preventiva, a norma que limitava às pessoas de 25 anos ou mais o direito ao rendimento social de inserção, excluindo do acesso a esse direito os jovens entre os 18 e os 25 anos, que anteriormente dele beneficiavam, desde logo por considerar não existirem instrumentos alternativos suscetíveis de garantir, em todos os casos, para estes últimos, o direito a um mínimo de existência condigna. Para chegar a este entendimento, o Tribunal expressamente invocou a doutrina e a jurisprudência alemãs, que retiram do princípio da dignidade humana, em conjugação com o princípio do Estado social, uma pretensão dos cidadãos a prestações que garantam a sua existência, sendo de incluir nesse âmbito o direito a prestações sociais suficientes, sem deixar de reconhecer ao legislador a diversidade de meios possíveis para atingir esse fim. (BRITO, 2014, p. 1097).

¹⁷⁴ “[...] podemos dizer, em suma, que o Acórdão n.º 509/02 significa um marco na jurisprudência do Tribunal Constitucional em matéria de direitos sociais por três razões: em primeiro lugar, liquida o princípio da proibição do retrocesso social, sempre que não esteja em causa uma concreta imposição constitucional de legislar — ainda que, como veremos, a declaração de óbito possa vir a revelar-se prematura; para além disso, reconfigura como direito a prestações do Estado a garantia de um mínimo de existência condigna; por último, poder-se-á ainda questionar se, como afirma Gomes Canotilho, ao reconduzir o direito ao rendimento social de inserção à ideia de um direito a um mínimo

O princípio da proibição do retrocesso social não é absoluto em matéria de direitos sociais prestacionais, porém é mitigado ao direito que assegura o mínimo necessário de sobrevivência condigna, portanto o mínimo de subsistência substitui a proibição do retrocesso social, conforme jurisprudência atual, o que denota, nas constituições portuguesa e brasileira com previsão expressa dos direitos sociais como fundamentais, uma redução da sua fundamentalidade ao mínimo existencial. É um fato que causa estranheza, pois o mínimo existencial é uma garantia de relevo para Constituições que não prevêm os direitos sociais, situação minimizada em decorrência, na Constituição pátria e de Portugal, pela dignidade da pessoa humana, sendo um critério de sindicabilidade.

Há quem defenda o direito ao mínimo existencial em duas dimensões: a negativa e a positiva. Na primeira, nada mais é do que um enlace entre o mínimo social, e os direitos, liberdades e garantias. Por outro lado, a segunda, não está atrelada às possibilidades financeiras do Estado, salvo, como outrora dito, no instante em que exceder o mínimo necessário para uma vida digna, e, por conseguinte, a efetivação do direito social fundamental, previsto na Constituição como tal (BRITO, 2014, p. 1105).

Volta-se ao seguinte questionamento: A jurisdição constitucional possui competência para definir o que seja mínimo social? Nas lições de Novais (2010, p. 298), é possível o reconhecimento do mínimo social por obra do princípio da proibição do déficit. Como se vê, em relação aos demais direitos fundamentais não sociais, quando haja limitação por parte do Estado, deve-se preservar o princípio da proibição do excesso. Noutro sentido, nos direitos fundamentais sociais prestacionais é proibido o déficit, tudo, em atenção, ao princípio maior da dignidade da pessoa humana contextualizada na evolução dos direitos sociais.

Miguel Brito apud Vieira (2014, p. 1110) afirma Para fixação do mínimo necessário é preciso atingir a construção de uma variável que possa mensurar direitos pessoais mínimos que envolvam o livre desenvolvimento da personalidade, a educação, a saúde, alimentação, roupa, moradia, segurança social, lazer, cultura, e assistência jurídica, sem perder de vista, o aspecto social e econômico do Estado. É o que Novais (2010, p. 195) chama de “mínimo existencial ou vital” ou nível de existência fisiológica, e , segundo Andrade, de nível de sobrevivência.

de existência condigna, o Tribunal Constitucional não acaba «por colocar entre parêntesis os próprios direitos económicos, sociais e culturais [...]»(BRITO, 2014, p. 1100-1101, 1105).

Na verdade, no parágrafo retro, é perceptível a junção dos conceitos de mínimo existencial, com “mínimo para uma existência condigna”, segundo Andrade (está acima do mínimo existencial, pelo fato do indivíduo também auferir não só elementos físicos, e também conteúdos socioculturais mínimos), e de mínimo social, este último, não reconhece o ser humano simplesmente como uma pessoa que precisa do “mínimo do mínimo” para existir, e sim de ser integrado ao mundo cultural, político e social, no qual está inserido, sob pena de viver como se estivesse em um leito de hospital e mantido por “aparelhos”, o que também viola a dignidade humana. A diferenciação entre os mínimos citados está no grau de atuação do julgador que terá uma maior liberdade no mínimo existencial, e uma menor atuação no mínimo social.

É preciso, então, diferenciar três espécies de “mínimos”. O primeiro, está atrelado ao auxílio físico da pobreza, inclusive podendo haver o apoio da iniciativa privada através de obras de caridade, em atenção ao princípio da subsidiariedade. O segundo, tem por fim assegurar um ajustamento das desigualdades econômicas e sociais para, dessa forma, auxiliar, beneficiar, toda e qualquer pessoa que esteja em uma situação menos favorecida, através do princípio da igualdade na sua acepção material. Para o terceiro, está correlacionado ao aumento de riqueza da sociedade, isto é, com o crescimento econômico social, aumentar-se-á o mínimo.

O princípio da reserva do possível, regra geral, deve estar relacionado com as despesas e receitas do Estado. Assim, os recursos públicos devem ser distribuídos em relação aos direitos fundamentais sociais, sem que isso aumente a dívida pública, diante do princípio da responsabilidade financeira que deve guiar o gestor.

Em sendo assim, aquilo que o indivíduo pode exigir da sociedade precisa de razoabilidade, caso contrário o direito social não deve ser assegurado em atenção ao princípio da reserva do possível, o que não atingirá o mínimo existencial. É importante que o Estado faça alocação devida dos seus recursos, em especial, usando da seletividade nas políticas públicas para satisfazer direitos sociais sem prejuízos a outras obrigações estatais; e na escolha da prioridade da promoção do bem estar e da qualidade de vida entre os seus cidadãos.

A reserva do possível não integra o núcleo essencial dos direitos fundamentais, porém é uma espécie de limite jurídico e fático desses direitos (WANG, 2008), como também pode atuar como uma garantia dos direitos

fundamentais no momento de um conflito entre o mínimo existencial e a salvaguarda de direitos de primeira linhagem, desde que haja proporcionalidade.

13. ASPECTOS DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM FACE DE DIREITOS SOCIAIS – SAÚDE

Anteriormente á Suspensão de Tutela Antecipada nº 91¹⁷⁵ de 02. 2007, as decisões envolvendo saúde no Supremo Tribunal Federal, em especial, no fornecimento de medicamentos ou tratamento, eram favoráveis, sem qualquer tipo de aprofundamento específico acerca da natureza peculiar dos direitos sociais prestacionais, sobretudo a figura da escassez de recursos como fonte de possível indeferimento de algumas demandas. O direito era reconhecido sem o sopesamento da necessidade e a capacidade financeira estatal, situação que pode ser, perfeitamente, visualizada nos Recursos Extraordinários n(s)º 273.834, 198.265 e 232.335/RS¹⁷⁶.

Por outro lado, reconhecendo um direito público absoluto à saúde, o Ministro Celso de Melo, no Recurso Extraordinário nº 393.175¹⁷⁷, com a devida vênia, sem nenhuma análise da problemática dos direitos sociais prestacionais, em especial, na discricionariedade do gestor nos investimentos e na limitação dos recursos econômicos, apenas aduziu que: razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.

Quando o STF, no RE 271/286/RS¹⁷⁸, rel. Min. Celso de Melo, reconheceu, aos portadores do vírus HIV, um direito público à saúde como prerrogativa jurídica indisponível à generalidade das pessoas, diante da redação do art. 196 da CF, com o devido respeito, deve ser visto como um mínimo existencial que deve ser assegurado ao ser humano, pois não há vida digna se não houver um mínimo à

¹⁷⁵ STF, Decisão da Presidência, Ministra Ellen Gracie, STA 91 AL, Julgamento em 26/02/2007, Publicada em 05/03/2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139898/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-91-al-stf>>. Acesso em: 23 out 2013.

¹⁷⁶ STF, Relator: Min. Sydney Sanches, RE 198263 RS, julgamento: 12/02/2001, publicação DJ 30/03/2001; STF, Relator: Celso de Mello, RE 232335 RS, julgamento: 01/08/2000, publicação DJ 25/08/2000 e STF, Relator: Celso de Mello, RE 273834 RS, julgamento: 23/08/2000, publicação DJ 18/09/2000. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 20 out 2013.

¹⁷⁷ STF, Relator: Celso de Mello, RE 393175 RS, julgamento 01/02/2006, publicação DJ 16/02/2006. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14784469/recurso-extraordinario-re-393175-rs-stf>>. Acesso em: 20 out 2013.

¹⁷⁸ STF, Relator: Celso de Mello, RE-AgR 271286 RS, julgamento: 11/09/2000, publicação DJ 24/11/2000. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/779142/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-271286-rs>>. Acesso em: 20 out 2013.

saúde, como também o enfoque deveria ter ocorrido com base na igualdade material e não só na formal.

O grave comportamento institucional de Poder Público acontece não pelo fato de não conseguir atender satisfatoriamente a todas as pessoas que carecem de um medicamento ou um tratamento de saúde, diante da finitude dos gastos, mas pelo fato da Administração Pública não ser coerente com o Texto Constitucional no momento em que não é criteriosa nos investimentos e nas políticas públicas, em um nítido caráter de injustificável inadimplemento da obrigação estatal. No mesmo sentido, deve-se interpretar, cautelosamente, a célebre frase do Ministro Celso de Melo: *a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional incoseqüente*¹⁷⁹.

Na Petição nº 1246¹⁸⁰ da lavra do Ministro Celso de Melo fora apresentada a figura da ponderação para dirimir questões envolvendo o fornecimento de medicamento para assegurar o direito à vida, e o aspecto financeiro do Estado. Aqui a decisão se pautou em considerar a figura econômica como secundária e que a vida sempre prevalecerá. Mais uma vez, percebo que são citadas “frases de efeito” e genéricas pelo Pretório Excelso, a uma, porque na minha perspectiva a falta de recursos econômicos, técnicos, pessoais, etc é uma realidade que não se pode suprimir, pois sem ela não é possível vingar o direito à saúde; a outra é que em uma ponderação de princípios não haverá em todos os casos o mesmo resultado, daí pode ser que em algumas situações específicas prevaleçam a falta de recursos, já que pode ter existido um investimento razoável em outro campo da saúde pública no qual mais pessoas serão atingidas.

No mesmo sentido do acima expositado foi o voto do Ministro Sidney Sanches no RE nº 198263/RS¹⁸¹ em relação ao fornecimento de medicação. Sendo a crítica á mesma já expendida.

Trilhando a evolução de julgados do Supremo Tribunal Federal no direito fundamental à saúde encontra-se o AI nº 238.328¹⁸², no qual o Ministro Marco

¹⁷⁹STF, Relator: Min. Celso de Mello, ARE 685230 MS, julgamento: 05/03/2013, publicação DJe-056 de 25/03/2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22832332/recurso-extraordinario-com-agravo-are-685230-ms-stf>>. Acesso em: 20 out 2013.

¹⁸⁰ STF, Petição nº 1246, Ministro Celso de Melo, DJ 13/02/1997. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21028211/medida-cautelar-na-peticao-pet-1246-sc-stf>>. Acesso em: 12 out 2013.

¹⁸¹ STF, Relator: Min. Sydney Sanches, RE 198263 RS, julgamento: 12/02/2001, publicação DJ 30/03/2001; STF, Relator: Celso de Mello, RE 232335 RS, julgamento: 01/08/2000, publicação DJ 25/08/2000 e STF, Relator: Celso de Mello, RE 273834 RS, julgamento: 23/08/2000, publicação DJ 18/09/2000. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 20 out 2013.

Aurélio passou a falar em atividades precípuas do estado como educação, saúde e segurança pública, fruto de receitas advindas de impostos. Aqui, na minha concepção, é uma tendência na afirmativa de que o Poder Público deverá priorizar os investimentos nesses setores. A crítica que faço é que mesmo com a elevada carga de tributação para manutenção dessas atividades não é o suficiente, na medida em que as necessidades tendem a aumentar e os recursos a estagnarem ou, no mínimo, as receitas não acompanham as despesas. O importante, assim, é saber distribuir, racionalmente, e nos diversos setores, o dinheiro público.

A ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 45¹⁸³ da relatoria do Ministro Celso de Melo, em relação aos decididos alhures analisados, passou a mudar o contexto, eis que começou a tratar o direito à saúde na perspectiva da reserva do possível, no sentido de que o Judiciário somente deverá intervir, excepcionalmente, em matérias relacionadas com políticas públicas, e que a limitação de recursos não pode ser ignorada.

Na Suspensão de Tutela Antecipada nº 268-9¹⁸⁴, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, categorizou que ao órgão Estatal é que cabe provar uma lesão aos cofres públicos, ou seja, que a reserva do possível não pode ser alegada indistintamente. No caso, o resultado foi a concessão de medicamento em demanda individual.

A citada decisão ainda trouxe o binômio razoabilidade da pretensão em face do Poder Público, e disponibilidade financeira do Estado. Acontece que, pecou em não definir critérios objetivos acerca dos assuntos tratados e que pudessem ser utilizados por profissionais da área jurídica na concretude do direito à saúde.

O divisor de posicionamento do Supremo Tribunal Federal nasceu com a Suspensão de Tutela Antecipada nº 91¹⁸⁵, na qual a então Presidente da Corte Constitucional, Ministra *Ellen Gracie* precisou a não obrigatoriedade de fornecimento de remédio por parte do Estado, visando limitar recursos, racionalizar gastos e

¹⁸² STF, Relator: Min. Marco Aurelio, AI 238328 RS, julgamento: 30/03/1999, publicação DJ 11/05/1999. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14757643/agravo-de-instrumento-ai-238328-rs-stf>>. Acesso em: 20 out 2013.

¹⁸³ STF, Relator: Ministro Celso de Melo, ADPF 45, Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Julgamento em 29/04/2004, Publicada em 04/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 13 out 2013.

¹⁸⁴ STF, Decisão da Presidência, Relator: Min. Gilmar Mendes, STA 268-9 RS, Julgamento em 22/10/2008, Publicada em 22/10/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiastf/anexo/sta268.pdf>>. Acesso em: 12 out 2013.

¹⁸⁵ STF, Decisão da Presidência, Ministra Ellen Gracie, STA 91 AL, Julgamento em 26/02/2007, Publicada em 05/03/2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139898/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-91-al-stf>>. Acesso em: 12 out 2013.

benefícios com o objetivo de atender um maior número de cidadãos. Assim, o direito à saúde passou a ser entendido nos tribunais não como algo, meramente individual, mas, também, coletivo, dependente da razoabilidade e de recursos. O *decisum* da Ministra Ellen Gracie, por outro lado, limitou o fornecimento de medicação aos previstos na Portaria nº 1318 do Ministério da Saúde¹⁸⁶.

Entendo que deve ser pontuada a decisão acima, no que diz respeito ao vínculo que deve haver entre a disponibilidade de medicação e a portaria do Ministério da Saúde, pois, a depender do caso, não impede exceções.

A própria julgadora, nas Suspensões de Segurança nº 3205, 3158, e 3231¹⁸⁷, reconhece que a exigência de respeitar a portaria do Ministério da Saúde sobre o fornecimento de medicação é relativa e deve ser à luz do caso concreto.

Em matéria jurisprudencial, necessário se faz trazer ao debate a decisão suspensiva proferida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, em sede de suspensão de tutela antecipada nº424¹⁸⁸ da União Federal contra decisão agravada, e que foi prolatada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual determinou que o Estado disponibilizasse determinado medicamento a portadores de microcefalia.

O *decisum* em tela não reconheceu um direito público subjetivo ou coletivo absoluto à saúde, contudo ponderou até que ponto a judicialização deve atuar sem tumultuar e prejudicar as decisões políticas e administrativas em um panorama de necessidades infinitas e de recursos lato sensu limitados.

Dessa maneira, o primeiro ponto é saber se já há políticas públicas em relação ao pleiteado, pois em sendo disponibilizado esse serviço de saúde ou medicamento, não tem que se falar que o Judiciário está a criar políticas públicas, pois, apenas, ordenará que as mesmas sejam adimplidas.

O segundo aspecto é perceber o porquê, a motivação do SUS (Sistema Único de Saúde) em não incluir algum serviço, medicação ou tratamento de saúde,

¹⁸⁶ Portaria do Ministério de Estado de Saúde n.º 1.318/GM, de 23 de julho de 2002, Ministro da Saúde Barjas Negri.

¹⁸⁷ SS 3205 AM: STF, Decisão da Presidência, Ministra Ellen Gracie, Julgamento em 31/05/2007, Publicada em 08/06/2007, PP 023; SS 3158 AM: STF, Decisão da Presidência, Ministra Ellen Gracie, Julgamento em 31/05/2007, Publicada em 08/06/2007, PP 022; SS 3231 RN: STF, Decisão da Presidência, Ministra Ellen Gracie, Julgamento em 28/05/2007, Publicada em 01/06/2007, PP 022. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 10 out 2013.

¹⁸⁸ STF, Decisão da Presidência, Ministro Gilmar Mendes, STA 424, Julgamento em 20/04/2010, Publicada em 30/04/2010. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19133128/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-424-sc-stf>>. Acesso em: 12 out 2013.

isto é, se foi por ausência de evidência científica, se não há tratamento para determinada doença, se não houve o reconhecimento de medicamento pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), se o paciente quer receber uma medicação ou tratamento mais custoso alegando ser mais eficiente do que o oferecido pelo Poder Público, etc.

O terceiro ponto é que, em não havendo um critério, nas escolhas do Poder Judiciário em matéria de saúde, gerará grave lesão a ordem administrativa com o comprometimento do SUS e, por extensão, prejuízos a uma parcela da população mais necessitada.

Na suspensão de tutela antecipada em comento, o Tribunal Constitucional, no voto do Ministro Gilmar Mendes, entendeu que a decisão do TRF da 4ª Região desrespeitou portaria do SUS (Sistema Único de Saúde) e, portanto, representou lesão à ordem pública (GROSS, 2012, p. 58).

Em sentido análogo foi à decisão, na época, da Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Ellen Gracie, em que acatou os fundamentos da suspensão de tutela antecipada nº 139¹⁸⁹ em face de existirem outros medicamentos eficazes no combate à doença do paciente, mas com custos menores e que constavam de portaria do Ministério da Saúde.

¹⁸⁹STF, Decisão da Presidência, Ministra Ellen Gracie, STA 139 RN, Julgamento em 31/08/2007, Publicada em 10/09/2007, PP 020. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139262/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-139-rn-stf>>. Acesso em: 03 set 2013

14. A RESPONSABILIDADE DO LEGISLADOR E LEI INCONSTITUCIONAL

Na generalidade da Teoria da Responsabilidade Civil do Estado, sem aprofundamentos, será demonstrada a importância da responsabilização civil do Estado-Legislator por obra da evolução das teorias acerca da responsabilidade civil do Estado. São situações em que o Poder Legislativo, mesmo formalmente sendo perfeito na elaboração de leis produzirá danos aos particulares.

No ordenamento jurídico pátrio, a responsabilidade civil do estado está positivada na Lei Maior em seu artigo 37, parágrafo 6º, com a prevalência da Teoria do Risco Administrativo. Assim, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadoras de serviços de natureza pública, serão responsabilizadas pelas lesões que seus agentes causarem a terceiros.

Como complementação do estudo será debatida a responsabilidade do Estado por atos legislativos praticados por seus agentes que, diante de tal prerrogativa, em razão do exercício da função legislativa – atos legislativos em sentido estrito - causarão danos a outrem.

No Brasil, como em Portugal, é consistente a política do Estado Social de Direito, daí as leis devem basear-se pela abstração, e, por sua vez, o Estado - Administração, de forma concreta, assegurar o cumprimento de medidas que vise o bem estar da coletividade.

Não obstante, mesmo assim, é possível a responsabilização do Estado-Legislator em razão do surgimento do Estado Democrático de Direito com a previsão dos princípios da legalidade e da isonomia, no intuito de proporcionar efetividade à Constituição. Ninguém está autorizado a lesar direitos ou interesses de outrem, ainda que seja através de representantes do povo.

Para alguns intérpretes, na atividade legislativa, vige a Teoria da Irresponsabilidade do Estado, sendo uma exceção ao parágrafo 6º, do art. 37, da CRFB, isso porque estaria isenta (Estado-Legislator) de indenizar pelas suas ações ou omissões, com o argumento da impossibilidade do legislador causar danos suscetíveis de reparação aos particulares, salvo se a própria lei prevê, expressamente, a possibilidade de indenização por parte da função legislativa nos casos de prejuízos a terceiros.

Sendo as leis um produto da vontade geral e não do Estado elas não poderiam acarretar um responsabilidade legislativa estatal, a não ser ao Estado-

Administração. Hoje é diferente, diante da sujeição do legislador democrático ao controle judicial de constitucionalidade de leis perante um Tribunal Constitucional ou uma Suprema Corte com o direito sobrepondo-se à política.

Não é mais novidade que toda e qualquer lei submete-se formalmente e materialmente à Constituição. Esta constatação significa que a Carta Magna ocupa posição superior em relação às demais, inclusive situando-se acima de todos os poderes constituídos – legislativo, executivo e judiciário – definindo competências e atribuições, limitando poder, e garantindo a proteção de direitos individuais.

Em regra geral, as leis são caracterizadas pela generalidade e abstração, como expressão da soberania popular, da vontade geral atuando na direção da vida das pessoas, através de obrigações e restrições de direitos. Nesta situação, em havendo danos, é possível o Estado-Legislator furta-se a responder?

Uma parcela da doutrina entende não ser possível a responsabilização estatal pela edição de lei por ser ela a expressão máxima da soberania estatal. Segundo Gonçalves(1995, p. 168):

Diversos autores sustentam a tese da irresponsabilidade do Estado por atos legislativos causadores do dano injusto. Argumenta-se com a soberania do Poder Legislativo e a imunidade parlamentar. As funções do Legislativo, como poder soberano, são sempre legais.

A justificativa supra não deve vingar, pois a soberania é predicado do Estado e não de seus poderes singularmente, como é o caso do Poder Legislativo, conforme se observa pelo disposto no artigo 2º da Constituição Federal.

Os poderes do Estado devem obediência ao artigo 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil. Por outro lado, a responsabilização do Estado está prevista no parágrafo 6º, artigo 37, da Carta Magna. Conclui-se: o Estado-Legislator também poderá ser responsabilizado pelos seus atos, eis que é um dos poderes inseridos no *caput* do artigo acima.

Os defensores da teoria da irresponsabilidade estatal em relação à aprovação de leis sustentam-se na generalidade e na abstração da mesma, não tendo a lei em sentido estrito a possibilidade de ofender direito individual. Esse argumento é derrubado, a partir do momento que existem leis concretas e específicas, e, portanto, a responsabilização estatal pelo ressarcimento dos danos.

Seguindo a análise da responsabilidade do Poder Legislativo não é razoável aceitar a teoria da irresponsabilidade pelo simples situação dos cidadãos prejudicados não terem legitimidade para requerer a responsabilidade do Estado, porquanto os representantes, os parlamentares que editaram a lei em sentido estrito foram escolhidos, eleitos pelas pessoas com capacidade eleitoral ativa. O parlamentar eleito não pode, como representante popular, abusar ou desviar do poder.

No momento em que uma lei acarreta ônus excessivos a indivíduos ou grupo de pessoas, o princípio da igualdade dos encargos sociais é ferido, e, por conseqüência, a presença de um dano especial e anormal.

É a figura da chamada “pseudo lei em tese”, ou seja, é uma lei com efeitos concretos que, mesmo promulgada pelo Estado-Legislator em atenção ao processo formal de elaboração das leis, seu conteúdo, excessivamente oneroso, é direcionado a uma só ou a um grupo restrito e identificado de pessoas, ensejando responsabilidade para o Estado. Essa situação pode atingir leis inconstitucionais ou constitucionais, estas últimas, quando danosas aos particulares.

Sobre a matéria Dias (1960, p. 679):

Assim, podemos reconhecer a responsabilidade do Estado pelos danos causados pela lei nula, inconstitucional ou inválida, porque temos um regime que nos permite impugná-la [...] porque o ato da autoridade não pode contrair aos mandamentos constitucionais. Se o faz e resulta danos ou lesão, o Estado é obrigado a repará-lo.

A partir da interpretação efetuada no artigo 37, e parágrafo 6º da CRFB é possível chegar à possibilidade da responsabilidade do Estado-Legislativo. O fato é que não tem nenhuma lei infraconstitucional regulamentando a situação, daí a doutrina e a jurisprudência entendem pela responsabilidade estatal por leis inconstitucionais como regra, exigindo-se, como condição obrigatória a precedente declaração de inconstitucionalidade. É o Estado responsável independentemente do poder.

Em Portugal, a matéria é tratada no artigo 22º da Constituição Portuguesa¹⁹⁰ que visa responsabilizar os poderes públicos pelos prejuízos oriundos de ações ou

¹⁹⁰ “Artigo 22.º O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.” (CANOTILHO; MOREIRA 2007, p. 423).

omissões danosas cometidas por seus agentes, afastando a Teoria da Irresponsabilidade Civil do Estado. É o Estado respondendo diretamente, sem a possibilidade, como nas Constituições Portuguesas de 1822, 1826, 1838, de se responsabilizar diretamente o agente público.

A Lei Portuguesa nº 67/2007, por sua vez, trata da responsabilidade por danos causados no exercício da função político-legislativa. Apesar do artigo 22º da CRFP não ser expresso em relação à responsabilidade civil do Poder Legislativo, a maioria da doutrina entende cabível em leis com efeitos concretos, tendo sido essa controvérsia dirimida com a aprovação do Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual (Lei 67/2007) em que atos legislativos contrários à Constituição, ou que causem danos a terceiros, com uma declaração de inconstitucionalidade, acarretam uma indenização legislativa.

Partindo para o tema da ação regressiva, no Brasil, responsabilizando o funcionário que cometeu o dano, através da responsabilidade subjetiva, é pacífica e assegurada constitucionalmente. A dúvida é se a ação regressiva poderá ser utilizada em face de Deputados nominados que participem da promulgação de leis danosas.

Dessa maneira há quem entenda não ser possível a ação regressiva, diante da dificuldade em identificar o culpado, e pela imunidade parlamentar material em que os deputados são invioláveis, civil e penalmente, por opiniões, palavras e votos¹⁹¹. No mais, esta imunidade é inerente à função exercida pelo parlamentar e não a sua figura em si.

A imunidade parlamentar material não pode ser absoluta a ponto de impossibilitar a ação regressiva contra o parlamentar, apesar da doutrina majoritária pátria entender de maneira diversa, o que ficou caracterizada na expressão “irresponsabilidade geral de Direito Constitucional material” (MORAES, 2001, p. 395).

Em havendo um “vício no decoro parlamentar” (LENZA, 2012, p. 255), e sendo possível identificar o Deputado responsável ele deverá ser regressivamente responsabilizado por abuso das suas prerrogativas ou pela percepção de vantagens indevidas¹⁹² face à votação de um projeto de lei, sob pena de punir-se duas vezes a

¹⁹¹ Artigo 53 da CRFB.

¹⁹² Artigo 55, parágrafo 1º, da CRFB.

sociedade, já que o dinheiro da responsabilidade legislativa por ato ilícito saíra dos cofres públicos.

A lei sendo considerada inconstitucional ou não deverá acarretar um ressarcimento dos danos por parte dos parlamentares diante da “maculada essência do voto e do desvirtuamento do conceito de representatividade popular” (LENZA, 2012, p. 255), caso contrário a inviolabilidade material transformar-se-á em impunidade e abuso de poder.

Em relação aos Poderes Executivo e Judiciário é possível uma ação regressiva contra o gestor, o juiz ou o ministro? Contra a agente público é possível, mas contra os agentes políticos há essa possibilidade? O art. 5º, inciso LXXV da Constituição Federal, dispõe que “o Estado indenizará a pessoa do condenado por erro judiciário, assim como aquele que ficar preso além do tempo fixado em sentença.”

O art. 133 do Código de Processo Civil responsabiliza pessoalmente o juiz nos casos em que este proceder com dolo ou fraude ou recusar, omitir ou retardar providencia que deveria ordenar de ofício ou a requerimento da parte sem justo motivo.

Em relação ao chefe do executivo e o regresso nada é definido. A expressão agente público, em relação ao direito de regresso, seja no parágrafo 6º, do artigo 37 da Constituição Brasileira, seja no artigo 22º da Constituição Portuguesa, deve ser interpretada de maneira ampla, alargada, e, com isso, abranger os titulares de cargos políticos, magistrados, etc., quando procederem com dolo, culpa, omissões injustificadas, etc. Assim, ter-se-á uma democracia e um constitucionalismo mais fortes.

15. ASSUNTOS POLÍTICOS E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Uma reflexão da doutrina crítica a ser feita é saber da possibilidade do Tribunal Constitucional ou de uma Suprema Corte decidir questões políticas, comumente inerentes ao governo ou ao legislador, com embasamento em princípios abertos como forma de mascarar opções político-ideológica. É o chamado dirigismo constitucional anacrônico e disfuncional (NOVAIS, 2014, p. 77).

Nessa lógica, a competência para criar mecanismos de diminuição de gastos públicos, p.ex. redução de salários e benefícios de servidores públicos, diminuição de gastos sociais, etc., é de órgãos constitucionais em que os seus membros são escolhidos pela vontade popular dada a natureza política.

Pode a jurisdição constitucional, em assuntos políticos, dar a última palavra? Alguns entendem que não, por ausência de competência e pela obrigatoriedade da justiça constitucional não ultrapassar o seu âmago de atuação e de não interferir na discricionariedade do plano político¹⁹³.

Retornando a um breve comentário sobre o dirigismo constitucional em um aspecto negativo, principalmente para os que não aceitam a intervenção do judiciário nas temáticas políticas visualizam que o Tribunal Constitucional ou a Suprema Corte não produzem comandos definidos, daí o legislador ou o gestor, pautados na boa-fé, sentem-se surpreendidos com os julgados do Tribunal Constitucional e da Suprema Corte em um nítido “risco constitucional” (RIBEIRO, 2014, p. 88).

Não existe dirigismo constitucional na jurisdição constitucional, a não ser uma forma legítima de condicionar o poder das instâncias políticas aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais, como também em Estado Democrático de Direito a lei advém da política (executivo e legislativo) e o judiciário tem a legitimidade para apreciar a constitucionalidade da legislação.

As escolhas do conteúdo das leis e da Constituição é política, isto é: feitas por representantes do povo e pelo poder constituinte originário e derivado em assuntos eminentemente políticos – Organização do Estado -, ou de opções políticas constantes na Constituição – Direitos Fundamentais.

¹⁹³ “[...] trata-se de decisão em que o Tribunal Constitucional mais se entendeu sobre a avaliação do interesse público que poderia justificar a norma em questão – e também daquela em que adoptou uma posição de menor tolerância perante a liberdade de conformação do legislador, roçando já o ‘dirigismo’ constitucional [...]” (PINTO, 2014, p. 159).

Ademais, não deve haver confusão, no controle de constitucionalidade promovido pelo TC ou pela Suprema Corte, e a competência dos poderes políticos. Os valores considerados bens constitucionais – direitos fundamentais e princípios constitucionais- devem ser reconhecidos pacificamente por toda a sociedade e pelos poderes do estado. Diferentemente, é no reconhecimento da inconstitucionalidade ou não, pois haverá um conflito, e a decisão do Tribunal Constitucional ou da Suprema Corte pode ser diferente da expectativa do núcleo político.

Os direitos sociais, tanto na Constituição Brasileira, quanto na Constituição Portuguesa, são considerados fundamentais por escolha política dos constituintes. Por outro lado, na Constituição Alemã os direitos sociais não foram considerados fundamentais, também por opção política. Dessa forma, devem-se respeitar as escolhas dos constituintes portugueses, brasileiros e alemães.

Em sendo os direitos sociais fundamentais, a sua infringência pelos poderes políticos não obstará a atuação da jurisdição constitucional mesmo em temáticas com o perfil político. Assim, estar-se-á respeitando a vontade da Constituição, sem poder falar que seja uma decisão ativista na concepção negativa, pois a matéria é jurídico-política, e não somente política¹⁹⁴.

É possível à jurisdição constitucional decidir uma situação política e que também é jurídica fora das regras constitucionais, e em princípios constitucionais abertos como a igualdade, a proporcionalidade e a proteção da confiança? Sim. Esses princípios, no ato de elaboração de uma lei ou de um ato normativo, precisam ser aplicados pelos legisladores e gestores, e se eles assim não procedem, a não ser que, na sequência, voluntariamente reconheçam, caberá à jurisdição constitucional a fiscalização da constitucionalidade.

Em Portugal, alguns críticos da atuação do Tribunal Constitucional, em tempo de crise econômica, defendem que na declaração de inconstitucionalidade é preciso um controle de evidência, quer dizer: uma lei cabalmente arbitrária.

Assim, em um julgador do colegiado não concordando com a inconstitucionalidade já seria suficiente para retirar o caso da análise do Tribunal Constitucional com o retorno da legislação ao parlamento ou ao executivo. Em pleno

¹⁹⁴ “[...] Mas, se a Constituição consagra um direito à saúde na qualidade de direito fundamental, se consagra a existência de um Serviço Nacional de Saúde universal, geral e tendencialmente gratuito, então aquelas questões políticas passam também a construir questões jurídicas, constitucionais e de máxima relevância[...]” (NOVAIS, 2014, p. 88)

século XXI, no modelo contemporâneo de constitucionalismo, em casos de lesões a direitos fundamentais previstos na Constituição, o controle de evidência deve ser desconsiderado, sob pena de inviabilizar o instituto da jurisdição constitucional, e avaliar uma liberdade absoluta, uma livre margem exagerada de escolhas pelos legisladores¹⁹⁵.

A Conselheira Maria Lúcia Amaral do Tribunal Constitucional Português entende possível à fiscalização de constitucionalidade em sede de direitos fundamentais, mas com a ressalva dessa regra somente ser válida quando estiver em jogo direitos de pessoas que sejam “determinado e determinável a nível constitucional.” O professor Novais afirma que a Conselheira, em direitos fundamentais como os sociais - saúde, trabalho, etc. - diz ser preciso um controle de evidência em uma nítida distinção entre direitos fundamentais (NOVAIS, 2014, p. 140, 141).

Note-se que vem à tona a seguinte indagação: O direito social é um direito fundamental? No Brasil e em Portugal os direitos sociais são constitucionalmente considerados fundamentais, e, portanto, são passíveis de controle de constitucionalidade e não de controle de evidência, ainda que parcela da doutrina não concorde.

Há aqueles que não consideram os direitos sociais como fundamentais ou, mesmo reconhecendo como fundamentais, entendem que seriam de uma segunda linhagem, e, portanto, deveria prevalecer a vontade do legislador, salvo se a restrição for injustificada ou arbitrária com reflexos em direitos fundamentais da pessoa humana que o legislador ou o executor não tenham preservado.

Assim, os direitos sociais não resistentes à lei concedem plena liberdade ao legislador para atuar como entender cabível, exercendo o Tribunal Constitucional um mero controle de evidência. É algo impensável em países que adotam o Estado Constitucional de Direitos, por estar o legislador condicionado à justiça constitucional, e os direitos sociais, logicamente, serem resistentes à lei. Os direitos

¹⁹⁵ A Conselheira do Tribunal Constitucional Maria Lúcia Amaral, diferentemente da maioria dos críticos do TC, não reconhece o controle de evidência em relação à fiscalização de constitucionalidade pelo TC envolvendo direitos fundamentais pelo fato do legislador possuir uma liberdade ampla, mas que esse mesmo controle é possível em assuntos não relacionados aos direitos fundamentais que sejam encaminhados ao Tribunal Constitucional. Novais (2014, p. 138, 139) entende que, em nenhuma das hipóteses citadas pela professora Maria Lúcia, deveria caber o controle de evidência, pois há matérias importantes que, mesmo não tratando de direitos fundamentais carecem de um controle judicial. A fundamentação de Maria Lúcia sobre o controle de evidência está em voto, a qual saiu vencida, de sua lavra no Acórdão do Tribunal Constitucional nº 413/2014.

sociais possuem um conteúdo determinado justamente por serem expressos na Constituição como direitos fundamentais, e, uma outra situação, são os direitos sociais necessitarem para sua efetivação de uma disponibilidade financeira.

O fato acima condiciona à tutela dos direitos sociais à lei, à maioria parlamentar, à livre disposição das opções políticas? A depender da resposta os direitos sociais serão ou não resistentes à lei e ao controle de constitucionalidade. Entretanto, sem desmerecer o princípio da reserva do possível, os direitos sociais são direitos fundamentais, e para sua efetivação não precisam ansiar a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, não impedindo, posteriormente, os escolhidos, pela vontade popular, de desenvolverem mais aprofundadamente a matéria inerente aos direitos sociais. Em não sendo assim, os direitos sociais transformar-se-ão em meras recomendações políticas ou direitos fundamentais de segunda linhagem, como se fossem uma casta inferior aos direitos fundamentais de liberdade.

Coutinho (2012) vê os direitos sociais não como direitos fundamentais e sim como “compromisso da comunidade política”, logo ficam à margem das opções políticas, não havendo como o Tribunal Constitucional reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei que regulamente temáticas relacionadas aos direitos sociais. O pensar do notável docente tem muito a ver com a falta de exigibilidade judicial dos direitos sociais, econômicos e culturais em razão deles precisarem de disponibilidade financeira, por isso devem ser considerados como um direito de segunda categoria.

As normas constitucionais ou tratados internacionais que asseguram direitos econômicos, sociais e culturais acarretam deveres concretos ao Estado e exigibilidade judicial, e com isso não poderá o ente estatal alegar que não teve o *animus* de se comprometer com esses direitos, a não ser uma boa vontade política (COURTIS, 2011, p. 27).

16. O PAPEL DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL OU DA SUPREMA CORTE EM PERÍODO DE CRISE ECONÔMICA: QUESTÕES POLÍTICAS E JURÍDICAS

Em tempo de crise econômica, natural uma provocação ao Poder Judiciário ou a um Tribunal Constitucional¹⁹⁶ para que se manifestem sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis que restrinjam direitos sociais, aumentem tributos, etc., o que ocasionará em uma forte pressão na jurisdição constitucional por parte da sociedade e de autoridades eleitas pelo voto popular. É assustador o ímpio dos governantes – Presidente da República - e das suas maiorias no Congresso Nacional em desconstituírem, quando desfavoráveis aos seus interesses, as decisões dos Tribunais Constitucionais ou das Supremas Cortes em questões políticas e jurídicas.

Em período de instabilidade financeira que assola alguns países da Europa e da América do Sul é importante acompanhar a atuação do Tribunal Constitucional Português diante da crise de 2011, e de como o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem se portado em razão das pressões políticas e da instabilidade econômica, mas, para isso, primeiramente, é preciso compreender minimamente a estrutura mista parlamentar-presidencial lusa, e o sistema presidencialista pátrio.

O modelo português – sistema de governo -, criado pela Constituição de 1976, plenamente em vigor, é o semipresidencialista que, mesmo com a revisão constitucional de 1982, manteve-se inalterado, porém sutilmente mitigado pelo

¹⁹⁶ Sobre o assunto Novais, diante da crise econômica portuguesa, manifestou-se na necessidade de uma atuação judicial, nos seguintes termos: “[...] Nos últimos anos, mais precisamente desde que o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade de algumas normas do orçamento do Estado para 2012, o Primeiro-Ministro e outros políticos da maioria que governa Portugal desde 2011 adoptaram claramente uma estratégia de forte pressão sobre o Tribunal Constitucional. [...] Ou seja, contando com a referida prestimosa cooperação do Presidente da República, o Governo e a maioria parlamentar aprovaram as medidas de constitucionalidade duvidosa nas leis orçamentárias, [...] esquivavam-se à fiscalização preventiva da constitucionalidade. [...] A estratégia visava, obviamente, colocar o Tribunal Constitucional perante a dificuldade de só poder vir a examinar a questão de constitucionalidade quando lhe chegassem pedidos da chamada fiscalização sucessiva de constitucionalidade, isto é, já depois do orçamento do Estado está em vigor e em execução. Mas, nessa altura, a meio do ano económico em curso, o Tribunal Constitucional ficava objectivamente tolhido perante o dilema: ou não declarava a eventual inconstitucionalidade, o que significava demitir-se das suas funções, ou declarava a inconstitucionalidade e ver-se-ia pública e demagogicamente acusado de ser o responsável pela inviabilização do cumprimento das metas orçamentais. [...] Acresce que tal prática é ainda mais censurável por estarmos perante um Presidente da República que, em campanha eleitoral para o cargo, publicamente prometeu nunca deixar de suscitar a fiscalização preventiva quando tivesse dúvidas de constitucionalidade e só pedir a fiscalização preventiva quando tivesse dúvidas de constitucionalidade, ou seja, nunca faria manipulação política preventiva. [...]” (NOVAIS, 2014, p. 7-10).

protagonismo do Presidente da República possuidor de poderes políticos efetivos¹⁹⁷. Assim, a legitimidade do governo português é programada para uma dupla dependência simultânea, ou seja, vontade presidencial e da Assembléia da República, o que denota o semipresidencialismo¹⁹⁸.

O sistema adotado no Brasil é o presidencialismo, oriundo, instituído na Convenção de Filadélfia que foi premissa principal para a Constituição dos Estados Unidos da América. O presidencialismo possui características jurídicas e políticas (FERREIRA FILHO, 2012, p. 169). Na primeira situação, nada mais é do que o regime de separação de poderes com a tripartição em três funções e com uma exclusividade restringida em razão da teoria de freios e contrapesos. O Presidente da República exerce a Chefia de Estado e a Chefia de Governo, portanto, um órgão unipessoal, além da independência entre os Poderes Executivo e Legislativo, sendo que o Presidente da República não possui a competência, como no parlamentarismo, para dissolver os mandatos dos parlamentares da Câmara dos Deputados e convocar novas eleições, tampouco a Câmara, sem a configuração de um crime de responsabilidade¹⁹⁹, poderá afastar o Presidente da República, bem

¹⁹⁷ Artigos da Constituição Portuguesa que retratam a importância do cargo de Presidente: “Artigo 136º: 1. No prazo de vinte dias contados da recepção de qualquer decreto da Assembleia da República para ser promulgado como lei, ou da publicação da decisão do Tribunal Constitucional que não se pronuncie pela inconstitucionalidade de norma dele constante, deve o Presidente da República promulgá-lo ou exercer o direito de veto, solicitando nova apreciação do diploma em mensagem fundamentada. [...] Artigo 191: 1. O Primeiro-Ministro é responsável perante o Presidente da República e, no âmbito da responsabilidade política do Governo, perante a Assembleia da República. [...] Artigo 120º: O Presidente da República representa a República Portuguesa, garante a independência nacional, a unidade do Estado e o regular funcionamento das instituições democráticas e é, por inerência, Comandante Supremo das Forças Armadas. [...]” (MIRANDA, 2005)

¹⁹⁸ Com propriedade diz Canotilho (2013, p. 591): “[...] Aqui basta a menção dos traços estruturais das formas de governo semipresidencialistas. São as seguintes: (1) dois órgãos (presidente da república e o parlamento) eleitos pelo sufrágio directo; (2) dupla responsabilidade do governo (gabinete) perante o presidente da república e perante o parlamento; (3) dissolução do parlamento por decisão e iniciativa autónomas do presidente da república (diferentemente do que existe quer no regime presidencial quer no regime parlamentar); (4) configuração do gabinete como órgão constitucional autónomo (diversamente do regime presidencial e analogicamente ao regime parlamentar); (5) presidência da república como poderes de direcção política próprios (à semelhança do regime presidencial, mas diversamente do regime parlamentar [...]).”

¹⁹⁹ A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 faz referência aos crimes cometidos pelo Presidente da República e com isso acarretar o processo de impeachment de seu mandato. Diz o *caput* do artigo 85 da Lei Maior: São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: [...], e o parágrafo único do citado artigo expõe: Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento. Assim, a possibilidade de *impeachment* relaciona-se aos crimes de responsabilidade, ou seja, são crimes de natureza jurídica-política, portanto, retirados da apreciação do Poder Judiciário. Por ausência de legislação posterior a CRFB, a lei nº 1078/50 é quem define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento de diversas autoridades, dentre elas, a do Presidente da República.

como não cabe à Câmara escolher indiretamente o Chefe do Executivo, pois a eleição é direta, pelo voto popular²⁰⁰.

O aspecto político do presidencialismo é a visibilidade, é a força do Presidente da República diante do prestígio que o candidato adquire ainda na fase pré-eleitoral. Isso ocorre pelos seguintes fatores: a eleição a nível nacional, onde o vencedor precisa demonstrar qualidades para alcançar o voto da maioria da população votante; o candidato escolhido ser teoricamente o mais preparado, desde a disputa interna acirrada pelo partido ou coligação partidária em virtude da responsabilidade e da importância do cargo; e por se encontrar o candidato em uma maior aproximação com a população.

Na prática, em alguns países como o Brasil, o sistema presidencialista é desvirtuado, diante da rendição à corrupção de alguns integrantes da Casa de Leis, o que gerará nos dizeres de Gonçalves a “ditadura temporária” (FERREIRA FILHO, 2012, p. 171, 172) do Presidente da República alimentada por um pluripartidarismo desarticulado do sistema democrático e inserido na demagogia dos seus participantes para com o povo, e no condicionamento – propina e “distribuição” de cargos em órgãos públicos - do voto de parlamentares à aprovação de todo e qualquer projeto encaminhado pelo Poder Executivo²⁰¹.

Abrindo um parêntese inerente ao que ora se discute, é possível chegar a uma conclusão de que, nas palavras de Marcello, “o sistema de governo democrático não coincide com o regime liberal.” Nas democracias socialistas ou populares o regime que se impera é o do totalitarismo, onde o povo está representado e vinculado à ideologia de um partido único (CAETANO, 2014, 377). É importante e obrigatório que para viver em um Estado democrático de direito o sistema seja o do pluralismo político obtido através do direito ao sufrágio em que

²⁰⁰ Há uma hipótese na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que permite a eleição indireta para Presidente da República no artigo 81 e parágrafo único. “Art. 81. Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga. § 1º - Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei.”

²⁰¹ A ação penal nº 470, julgado pela Suprema Corte brasileira, com a condenação de políticos, empresários e banqueiros, ficou conhecida como o Processo do Mensalão, um dos maiores escândalos de corrupção da história recente da política nacional, onde veio à tona uma sofisticada organização criminosa que tinha como finalidade a compra de apoio político para favorecer o primeiro escalão do Poder Executivo nacional, tendo a sua articulação advinda do Partido dos Trabalhadores – PT.

maiorias e minorias sejam respeitadas através da opinião pública, com a atuação dos partidos políticos.

Deve ficar claro que a jurisdição constitucional não deve ficar a mercê da opinião pública dos dias atuais, mesmo em questões políticas. Explica-se: a opinião pública encontra-se dominada e influenciada por informações e publicidades ideológicas, políticas, econômicas, advindas de parte de uma imprensa ligada a um projeto de poder pessoal e de grupos bem definidos, e não à sustentação e ao desenvolvimento de um Estado Constitucional Democrático²⁰², o que leva a crer que o coletivo é seguidor de fatores emocionais e não racionais. A decisão judicial precisa ser argumentativamente dirigida pela racionalidade, como também os representantes do povo carecem elaborar leis com uma ponderação razoável dos interesses da opinião pública.

A essência da opinião pública, a sua função motora na política somente ocorrerá pelo surgimento de lideranças que realmente ponderem suas ações com o sentimento altruísta de democracia, de constitucionalismo, enfim de respeito aos direitos individuais e coletivos. O ponto de referência em nações alienadas por uma imprensa de fachada está nos seus líderes que legitimará o sufrágio eleitoral.

Teoricamente, os partidos políticos²⁰³, com papel relevante nas democracias representativas contemporâneas, são fundamentais em Estados Democráticos, no sentido de educar e auxiliar os cidadãos a participarem e tomarem posições em assuntos de interesse coletivo, como também fiscalizam as atividades dos governos e de todos aqueles que estão vinculados ao Poder. Na prática, a situação partidária é desvirtuada em parte da Europa e da América do Sul, pelo fato dos partidos transmutarem-se em oligarquias, com verdadeiros “caciques”, com um único objetivo de se manter no Poder e sem nenhum tipo de interesse geral, o que reforça a ideia dos Tribunais Constitucionais e das Supremas Cortes, e a interdição de partidos políticos contrários ao princípio democrático (MANTINS, 2010, p. 185).

²⁰² “Daí que a maior parte dos jornais estejam nas mãos de grupos políticos ou econômicos, quando não de governos, cujos pontos de vista defendem e pretendem fazer prevalecer. A estreita dependência em que a subsistência do jornal se encontra da publicidade força-o também a ter em conta os interesses e susceptibilidades dos eventuais anunciantes que pesam muito mais que os assistentes e leitores. O mesmo se pode dizer das cadeias de rádio e televisão [...]” (CAETANO, p. 381-382).

²⁰³ Art. 17, *caput*, CF - Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

A democracia representativa para funcionar depende dos partidos políticos, o que se conclui não haver partidos políticos sem democracia, e sem partidos políticos não há democracia. Então, em interditando um partido político não estaria aviltando o princípio democrático?

Um partido político que tenha ideologia paramilitar, segregacionista, etc, não deve ser criado, ou, em último caso, ser extinto, pois a liberdade de pensamento e de associação têm limites. Do mesmo modo, partidos políticos que recebem dinheiro de maneira ilícita, sem declaração, e que estão envolvidos em atos de corrupção por projeto de Poder ou para ser beneficiado por cargos do alto escalão do executivo devem ser extintos, diante da ofensa a direitos fundamentais individuais e coletivos inerentes ao regime democrático militante e protegido²⁰⁴. A regra do pluripartidarismo não é absoluta, e a grande parte dos partidos políticos brasileiros com programas vulgarizados ameaçam a existência do próprio Estado Democrático de Direito.

Em relação ao Brasil, o direito constitucional Português ²⁰⁵está à frente acerca das limitações de partidos políticos, entre elas, sobre organizações racistas ou que tragam a ideologia fascista. A proibição racista está ligada ao princípio de que todos devem ser tratados com igual dignidade e respeito e a proibição da xenofobia, como também, em Portugal, os partidos políticos não podem usar denominações relacionadas com religiões ou igrejas e emblemas que se misturem com símbolos nacionais ou religiosos:

A situação poderá ser amenizada ou piorada a depender da atuação do Poder Judiciário ou do Tribunal Constitucional - que vêm passando por um processo de politização excessiva. O objetivo principal do trabalho não é identificar o melhor sistema de governo no Brasil e em Portugal, até porque nada adiantará buscar o melhor sistema se não houver seriedade com a coisa pública, e sim comentar a participação judicial em demandas sociais em tempos difíceis financeiramente.

Apesar das diferenças entre os sistemas de governo entre o Brasil e Portugal não há dúvidas da atuação do Presidente da República em diversos

²⁰⁴ “[...] a sobrevivência da democracia não se compadece com a existência de forças políticas, sejam elas partidárias, ou não, que a pretendam eliminar. A democracia têm, pois, de se auto-protoger para subsistir, ou seja, têm de defender-se contra aqueles que a querem destruir. [...] servi-se da democracia para destruir a democracia é sempre um acto ilícito e, nesta medida, constitucionalmente inadmissível [...]” (MARTINS, 2010, p. 191).

²⁰⁵ Art. 46, n° 4, Constituição Portuguesa: Não são consentidas associações armadas nem de tipo militar, militarizadas ou paramilitares, nem organizações racistas ou que perfilhem a ideologia fascista.

seguimentos da política e da economia, com o adendo de que no país luso há, ainda, a figura do Primeiro Ministro. Na situação apresentada, diante da dificuldade econômica portuguesa, as autoridades essencialmente políticas vêm pressionando o Tribunal Constitucional no sentido, deste último, não julgar contrariamente aos interesses postos pelo governo no orçamento.

O Presidente da República Português²⁰⁶, no momento de crise financeira, deixou de requerer oportunamente a fiscalização preventiva das normas de constitucionalidade duvidosa referente ao orçamento do Estado, sendo que o controle de constitucionalidade somente aconteceu após o orçamento está em vigor e em plena execução, deixando o Tribunal Constitucional Português em posição delicada para declarar ou não a inconstitucionalidade²⁰⁷, além do que deveria, para o governo, prevalecer à teoria do fato consumado.

Como agiu o Tribunal Constitucional Português na causa do orçamento? A primeira decisão foi no ano de 2012, quando o tribunal declarou a inconstitucionalidade em assuntos condizentes com o corte nos subsídios de servidores públicos e pensionistas, porém a decisão dos ministros não entraria em vigor no mesmo ano, e, sim, vinculando o governo nos anos subsequentes.

A Constituição Portuguesa possibilita, como no Brasil, a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade para o futuro diante da segurança jurídica e do interesse público²⁰⁸. Percebe-se o entrave, a divergência entre as instâncias políticas tradicionais e o Tribunal Constitucional.

²⁰⁶ Artigo 278.º 1. O Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma [...].

²⁰⁷ Sobre a problemática Novais afirmou: “[...] Mas, nessa altura, a meio do ano económico em curso, o Tribunal Constitucional ficava objectivamente tolhido perante o dilema: ou não declarava a eventual inconstitucionalidade, o que significaria demitir-se de suas funções, ou declarava a inconstitucionalidade e ver-se-ia publica e demagogicamente acusado de ser o responsável pela inviabilização do cumprimento das metas orçamentárias. [...] Os pretensos riscos que o presidente da República invocara para não pedir a fiscalização preventiva das normas de constitucionalidade duvidosa, isto é, os riscos de deixar o país sem orçamento, não merece ser levado à sério, sendo óbvio que o país nunca ficaria sem orçamento, nem um só dia, e que os alegados prejuízos políticos que resultariam do facto de, pedindo a fiscalização, um orçamento de Estado só entrar em vigor a meio ou no fim de Janeiro, em vez de no início desse mês, seriam irrisórios [...]”. (NOVAIS, 2014, p. 9).

²⁰⁸ A Constituição Lusa é cristalina sobre o assunto: Artigo 282.º 1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repriminção das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2. No Brasil, a modulação dos efeitos foi regulada, com o advento da Lei 9.868, de 1999, essa questão foi, enfim, positivada. O artigo 27 da referida lei estabeleceu que: Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança

No caso da crise financeira portuguesa, no Acórdão nº 353/2012, com o reconhecimento pelo Tribunal Constitucional da inconstitucionalidade no orçamento em razão do corte de valores referentes às férias e ao natal - conhecido no Brasil como 13º salário - dos servidores públicos e aposentados/pensionistas poderá ser vislumbrada por dois ângulos. Esse acórdão é emblemático, isso porque, pela primeira vez na história portuguesa, o Tribunal Constitucional reconheceu a inconstitucionalidade da lei, contudo, diante do excepcional interesse público pela crise econômica, o efeito seria *ex nunc* e pró-futuro, pois todos os subsídios de férias e de natal retidos, inclusive os do ano de 2012, não deveriam ser repostos aos cidadãos, face a crise financeira²⁰⁹.

Em outras decisões que causaram polêmica pelo Tribunal Constitucional Português encontram-se: O Acórdão nº 187/2013 que deixou de reconhecer a inconstitucionalidade da contribuição extraordinária de solidariedade a todos os pensionistas que recebessem mais de 1.350 (mil trezentos e cinquenta euros), diante da redução de salários, anteriormente, acarretada aos funcionários públicos, tudo, pela situação de emergência financeira havendo um respeito ao princípio da igualdade. O Acórdão nº 396/2011, no qual o Tribunal Constitucional Português afirmou não ser inconstitucional os cortes salariais de empregados da função pública (3,5% a 10%) que auferissem até 1.500 (mil e quinhentos euros), por um período de três anos em razão da proporcionalidade da justificação. O Acórdão nº 413/2014 que reconheceu a inconstitucionalidade nos cortes da retribuição dos empregados da função pública no orçamento do ano de 2014, onde o Tribunal Constitucional, diante da crise financeira, anuiu que o governo retivesse a redução nos meses de janeiro a maio, e mais uma vez, modulando os efeitos em uma ação de inconstitucionalidade, nitidamente os efeitos da decisão foram para amenizar a crise financeira. No

Acórdão nº 574/2014, o Tribunal Constitucional, mesmo já tendo reconhecido a inconstitucionalidade, entendeu que deveria ser mantidos os cortes salariais do serviço público para o ano de 2015, igualmente, amenizando a situação econômica deficitária (NOVAIS, 2014, p. 68-75).

jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

²⁰⁹ Luís Menezes Leitão, “anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional nº 323/2012” in revista da ordem dos advogados, 2012, I, pgs. 415 e segs.

No caso acima, a situação de declaração de inconstitucionalidade ou não, e a fixação dos efeitos pelo Tribunal Constitucional Português estão interligadas a uma situação financeira emergencial, o que não poderia era a Corte decidir apenas pelo fato do governo ter alegado uma crise, por gratidão em nomeações, por vinculação partidária, por interesses pessoais ou de outros setores, sob pena de agir como um mero órgão arbitrário de ratificação de decisões do executivo e das leis do Estado-legislação.

Na situação problematizada da crise econômica de um país existe um complicador a ser sopesado através de uma pergunta lógica: a jurisdição constitucional poderá atuar da mesma maneira que em uma situação de normalidade financeira? Em respondendo negativamente, estar-se-ia retirando a Constituição do *status* de norma jurídica para um instrumento político sem vinculatividade ou uma “aplicação minimalista” (NOVAIS, 2014, p. 39) da Constituição? Em entendendo positivamente o Tribunal Constitucional ou a Suprema Corte adentraria em setores da economia que não possuem *expertise*?

Na perspectiva do governo, a primeira pergunta sobre a atuação de um Tribunal Constitucional ou de uma Suprema Corte, em período de crise econômica, deve ser respondida negativamente. Por outro lado, no questionamento da aplicação da teoria minimalista, como a mais correta em tempo de crise financeira, a resposta governamental é favorável. De modo inverso, pelo lado da jurisdição constitucional as mesmas indagações devem ser respondidas na ordem sucessiva positiva e negativa, isso porque hierarquicamente a Constituição é a lei maior de um país, como também a justiça e o Tribunal Constitucional têm a obrigação de fazerem cumprir o disposto constitucional com proporcionalidade e, desse modo, não precisa de *expertise*, podendo valer-se dos institutos da audiência pública e do *amicus curae*.

O Estado permanece compromissado com a proteção, a promoção e, principalmente, a prestação dos direitos sociais que não podem ser suspensos pela emergência financeira, o que não impede os ajustes proporcionais de cada momento, contudo antes de medidas mais drásticas que irão afetar a vida de toda a sociedade ou de parcela dela, o Poder Público político deverá reduzir gastos, e, se por ventura houver a necessidade de aumentar a receita que não recaía, exclusivamente, em determinadas categorias.

Em Portugal, o setor atingido coma a redução de direitos sociais foi o dos servidores públicos e pensionistas, sem a devida incidência para a iniciativa privada, com isso o Tribunal Constitucional reconheceu uma “diferença de grau de sacrifício” e uma falta de atenção do governo com o princípio nominado de “igualdade proporcional” (MEDEIROS, 2014, p. 263).

Em o Tribunal Constitucional Português não agindo estaria negando o conceito atual de Constituição, e as suas competências. Os direitos fundamentais e princípios constitucionais estruturantes como a igualdade, a proporcionalidade, e a segurança jurídica não podem ser desconsiderados pela Corte Constitucional.

Segundo Novais (2014, p. 59):

[...] para os críticos, haveria apenas duas vias, [...] Uma primeira seria de considerar que, em tempo de crise, os poderes de julgar do Tribunal Constitucional se encontram limitados, enfraquecidos, e, enquanto tal, o Tribunal deveria abster-se de qualquer intervenção mais contundente no domínio da fiscalização da constitucionalidade das leis. Uma segunda, seria de considerar que durante a crise vigoraria um Direito especial que preencheria o vazio jurídico criado pelo enfraquecimento ou pela não plena vigência da Constituição. [...].

Por obviedade, todo e qualquer direito fundamental, seja em tempo de crise econômica ou não, não são absolutos ou definitivos e, portanto, nada impede que tais direitos relacionados aos servidores públicos, em Portugal ou no Brasil, podem ser, por problemas orçamentários, restringidos, desde que sejam apresentadas justificativas contundentes e observadoras de princípios constitucionais.

Citando o exemplo Português, no Acórdão nº 862/2013 (NOVAIS, 2014, p. 62), referente à pensão, com o fim de restabelecer o equilíbrio e a igualdade entre pensionistas da caixa geral de aposentadoria e reformados do regime geral, o governo desejava diminuir em 10% o valor das pensões. Entretanto, na mesma proposta, o governo aduz que havendo melhoria na crise econômica em Portugal, a situação voltaria ao seu estado inicial, ou seja, novamente incidiria o patamar de 10% aos pensionistas.

O fundamento da legislação acima é constitucional? Em tempo de normalidade financeira, pelo princípio da proteção da confiança, facilmente a lei em análise seria considerada inconstitucional. E em época de crise econômica? Dependerá da justificativa do legislador.

Assim, na análise da restrição, mesmo diante da presunção da constitucionalidade da lei, o Tribunal Constitucional Português precisou sopesar os princípios da confiança, deduzido da segurança jurídica previsto no artigo 2º da Constituição Portuguesa, como o interesse público, tendo decidido pela inconstitucionalidade com base na violação do princípio da confiança, por ser o direito à pensão um direito social fundamental, e por ter o Estado português criado uma expectativa de fruição com conteúdo legalmente definido, uma sensação de segurança social, um planejamento de vida futura dos pensionistas afetados, e uma transição agressiva e não progressiva para que os cidadãos pudessem adequar seus rendimentos a um novo plano de vida²¹⁰.

Bem verdade, os direitos sociais são dependentes da disponibilidade financeira e que um Estado, mesmo devidamente organizado, não domina, e com isso a legislação concretizadora de direitos sociais precisa observar os limites financeiros²¹¹.

Uma coisa é a preservação do “núcleo essencial” e outra bem diferente é o princípio da proibição do retrocesso social, já que, este último, no mundo atual, não pode ser mais visto como pleno, é que as demandas crescem, e os recursos financeiros não acompanham os gastos. Assim, não há dúvida que poderá haver, como tem ocorrido em Portugal, uma redução nos níveis de prestações essenciais para manutenção do “núcleo essencial” do próprio direito social em um nítido equilíbrio entre o cumprimento da Constituição e a crise financeira. Por isso, o legislador português pode alterar o montante referente ao direito à pensão em vista às circunstâncias econômicas, desde que observados os princípios da proteção da confiança e da proporcionalidade, todavia o mesmo legislador não poderá eliminar o instituto da pensão.

Parte da doutrina entende que os direitos sociais, em períodos de instabilidade financeira, podem ceder espaço para um direito especial temporário de crise ou uma “jurisprudência constitucional para os tempos de crise” (URBANO, 2014, p. 9) que se sobreponha à Constituição, até pela situação de algumas

²¹⁰ Acórdão 862/2013 . acesso em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130862.html>

²¹¹ “essencialmente de fatores financeiros e materiais que, em grande medida, o Estado não domina” (NOVAIS, 2003, p. 147). “Assim, a concretização legislativa dos direitos sociais é levada a cabo pelo legislador em função dos recursos disponíveis em cada momento histórico. A ideia da preservação do “núcleo essencial” não se pode confundir com a ideia de um princípio de ‘proibição do retrocesso social’, cujo conceito puro é impraticável, já que pressuporia a ideia de que os recursos disponíveis seriam sempre crescentes no futuro” (NOVAIS, 2010, p. 243).

Constituições, como a Portuguesa, não preverem situações desse *jaez* pelo fato de não terem, analogicamente, como suspender os direitos, liberdades e garantias das pessoas com base no estado de sítio ou de emergência²¹².

E como fica o Brasil que, depois da estabilização da moeda com o plano real, em 1994, 20 (vinte) anos depois, na eleição presidencial de 2014, passou a adotar medidas econômicas austeras, diante de uma crise financeira sem precedentes que acarretou o aumento dos juros bancários, a elevação de tributos, nos preços dos combustíveis, etc. É uma realidade maniqueísta, pois na campanha eleitoral de 2014, publicamente, a Presidenta da República atual, negou a possibilidade de elevação de impostos e afirmou inexistir uma crise na economia.

A situação foi agravada com a rejeição das contas do Governo Federal referente ao ano de 2014, o que, pela primeira vez, na era moderna, por unanimidade, os ministros do Tribunal de Contas da União decidiram que o Executivo maquiou a verdade das contas públicas, e que gastou mais do que arrecadou, inclusive com os bancos públicos disponibilizando verbas para manutenção de programas sociais do governo, sem que, ao final, as mesmas fossem repassadas da União aos bancos públicos.

Pelo reflexo da grave situação financeira, o executivo dos Estados Federados brasileiros, em regra, com péssimas administrações, não está conseguindo pagar os salários dos servidores na data legal, parcelando-os, e , aumentando a tributação estadual. Todo esse emaranhado citado envolve diretamente a participação da jurisdição constitucional e um entrave entre os que são favoráveis, e aqueles que são contrários, numa perspectiva que engloba direitos fundamentais e democracia.

Os limites em Estados Democráticos de Direitos – Portugal e Brasil – são delineados respectivamente pelo Tribunal Constitucional e pelo Supremo Tribunal Federal independentes,²¹³ já que a Constituição também é direito e impõe aos

²¹² Artigo 19º da Constituição Portuguesa que trata da suspensão do exercício de direitos durante o estado de sítio ou de estado de emergência..

²¹³ A Constituição Portuguesa sobre a temática: Artigo 221.º O Tribunal Constitucional é o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional. Artigo 277.º São inconstitucionais as normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados. A Lei Maior brasileira e seus artigos: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) § 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente

governantes o dever de respeitar, promover e proteger os direitos fundamentais, como forma de garantir a liberdade das pessoas, haja vista que a Carta Magna é maior do que o simbolismo político e do que uma obrigação moral. Por isso, os valores constitucionais devem ser observados pelos poderes estatais, pelas maiorias, pelas minorias, enfim, por todos.

É a negação do panconstitucionalismo do panjusfundamentalismo, da força normativa da constituição, isto é, nem tudo é direito constitucional, e, como consequência, as reivindicações de servidores públicos e pensionistas que se sentiram lesados com cortes em direitos sociais não podem ser encaradas como uma questão de inconstitucionalidade, pelo fato da impossibilidade de se efetivar plenamente a Constituição em tempo de crise econômica (MEDEIROS, 2014, p. 268), como se a Constituição não estivesse com a sua capacidade máxima em funcionamento.

Um Tribunal Constitucional ou uma Suprema Corte possuem competências catalogadas na Constituição por obra do constituinte, e é incoerente que o tribunal ou o judiciário ampliem ou limitem suas competências, não tendo como “inventar um direito especial para tempos de crise” (NOVAIS, 2014, p. 48). Divergem, os que se pautam, em tempo de crise econômica, no princípio do “*in dubio pro* medidas anti-crise” (URBANO, 2013, p. 25), na dúvida em favor do governo, salvo em situações de flagrante inconstitucionalidade.

Em sociedade complexa não resta dúvida de um risco inevitável minimizador da separação de poderes pela situação dos assuntos políticos possuírem uma dimensão jurídica, o que geraria uma Suprema Corte ou um Tribunal Constitucional resolver praticamente todas as questões. É essencial vislumbrar uma outra dimensão que extirpe um paradigma de justiça constitucional com atuação imperialista através da distinção da discussão constitucional e da deliberação política, isto é, em matéria política, econômica, financeira os escolhidos pelo voto popular devem descobrir a solução mais adequada ao estabelecido na campanha eleitoral. Por outro lado, na visão jurídico-constitucional, em deliberação constitucional, a Suprema Corte ou um Tribunal Constitucional ater-se-á a uma lei ou a uma política pública infringente ou não de princípios, regras, ou normas

desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)

constitucionais em controle de constitucionalidade (NOVAIS 2014, p. 92-93), e não saber se a solução encontrada pelo legislativo ou o executivo é a melhor.

O Brasil, desde o mês de janeiro de 2016, vem alegando a crise financeira nas finanças públicas para deixar de pagar integralmente os salários de servidores públicos na data prevista. Um dos pontos da crise financeira argüido pelo Estado é o de que, em não parcelando salários de servidores, por exemplo, se verá impossibilitado de custear despesas mínimas necessárias, em especial, serviços básicos, o que gerará um caos social. Neste caso, o Supremo Tribunal Federal agiu de maneira acertada, no instante em que afirmou que os salários dos servidores são verbas prioritárias diante da determinação constitucional, além de possuírem o caráter alimentar indispensável para manutenção do funcionário público e sua família.

Analisando com mais vagar a situação acima, é perceptível, apesar de não ter sido citado expressamente os princípios da segurança jurídica, da confiança e da igualdade que os mesmo foram violados, eis que servidores públicos assumem prestações a pagar e não podem ser surpreendidos dessa maneira pela confiança e segurança depositadas no ente estatal. A justificativa de que o parcelamento incidirá em salários líquidos acima de R\$ 5.100,00 (cinco mil e cem) reais²¹⁴ é uma ofensa à igualdade pelo fato de que deveria abranger, na medida das proporções de cada pessoa, o parcelamento salarial. Um fato que chama a atenção é o Poder Executivo, diariamente, aumentar os gastos com inúmeros cargos comissionados, contratados, propagandas, etc, e, mesmo assim, restringir direitos constitucionais de servidores.

Doutra banda, o fracionamento de salários (um direito social) de servidores públicos destoa da garantia constitucional da irredutibilidade salarial²¹⁵ por deixar de

²¹⁴ MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PREVENTIVO. PARCELAMENTO/ADIAMENTO DO PAGAMENTO DE REMUNERAÇÃO MENSAL DE SERVIDORES PÚBLICOS. OFENSA AO ARTIGO 35 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. De acordo com o artigo 35 da Constituição Estadual, o pagamento da remuneração mensal dos servidores públicos estaduais deve ser realizado até o último dia útil do mês do trabalho prestado. Considerando a existência de informações públicas de que o Chefe do Poder Executivo considera a possibilidade de atrasar/adiar o pagamento da remuneração mensal, cabível a concessão definitiva da segurança relevando-se, ainda, o caráter eminentemente alimentar da verba discutida. Direito líquido e certo configurado. SEGURANÇA CONCEDIDA, POR MAIORIA. (Mandado de Segurança Nº 70063956726, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 27/07/2015). (TJ-RS - MS: 70063956726 RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Data de Julgamento: 27/07/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/08/2015)

²¹⁵ Art. 37, CF: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: XV - o subsídio e os

desconsiderar os juros e correção monetária, ou seja, é o mesmo que aceitar o locupletamento estatal contra os próprios servidores. É evidente a inconstitucionalidade da situação e, primordial, a atuação da jurisdição constitucional.

17. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um ponto chave do trabalho é o ativismo judicial, sendo que a conduta ativista não deve ser vista, em toda e qualquer situação, como uma performance jurisdicional a maior, exorbitante da limitação estabelecida no Ordenamento Jurídico, tampouco rompedora do princípio constitucional da separação de poderes, mas isso não significa que o Estado-Juiz seja tolhido da sua competência transformadora do direito legislado em interpretado e aplicado. Não se está a falar em decidir judicialmente com base em princípios constitucionais vagos, pois princípios, como os da dignidade da pessoa humana, igualdade, proporcionalidade, confiança, possuem requisitos básicos que devem ser analisados pelo julgador.

O Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais passa por uma situação delicada no formato de um Texto Constitucional com um conteúdo jurídico indeterminado, em razão da possibilidade de inúmeras interpretações, e de teoricamente limitar a atuação do legislador, todavia em os Poderes da República cumprindo suas competências conforme a Constituição, o, ora, argumento passa a ficar em segundo plano, isso porque cada função estatal não se omitirá no resguardo dos direitos fundamentais.

Para que haja a correta aplicação do sistema de freios e contrapesos no ideal moderno da teoria da separação de poderes é preciso compreender que o Estado-Legislação não possui uma discricionariedade absoluta sobre o conteúdo dos seus atos normativos, sendo o Poder Judiciário, um terceiro estranho ao processo de criação da lei, legitimado para conferir a última palavra em matéria de direitos fundamentais. Assim, é a jurisprudência, também, fonte imediata do direito, acarretando o avanço da justiça constitucional sobre o campo da política majoritária realizada no domínio do Legislativo. Denota, assim, a fluidez da fronteira entre a política, o social e a justiça no mundo contemporâneo pela implantação da constitucionalização de direitos e uma mudança nos paradigmas do conceito de democracia como vontade da maioria.

O ativismo é vislumbrado pela maior parte da doutrina como algo negativo, no instante em que Tribunais Constitucionais ou Supremas Cortes ultrapassam os limites interpretativos da vontade do constituinte originário, derivado, e do executivo nas escolhas das políticas públicas. Essa constatação é relativa pelo

fato de que a conduta ativista deverá ocorrer quando os Poderes Legislativo e Executivo, através de suas ações, não derem a devida atenção ao princípio da proporcionalidade, o que autoriza e legitima a mudança autocontida para pró-ativa do Poder Judiciário em matérias políticas constitucionalizadas.

Dessa forma, não há óbice, pela força normativa da própria Constituição e por expressamente reconhecer a Suprema Corte ou o Tribunal Constitucional, órgãos não eletivos, como autênticos legitimados para proferirem decisões contrárias ao Chefe do Executivo ou do Poder Legislativo em assuntos inerentes aos direitos fundamentais, ambos, sufragados por milhões de votos populares. Para os críticos, a situação debatida, pela teoria constitucional, não é possível, diante da dificuldade contramajoritária (BICKEL, 1986, p. 1) consistente em uma ofensa à democracia, onde o Poder Judiciário, sem a anuência do crivo das eleições, rechaçará atos dos poderes eleitos (legitimidade democrática). Na prática, a “dificuldade” deve ser lida como “virtude”, desde que o Poder Judiciário não se valha da notoriedade do ativismo judicial para manipular direitos e interesses com a utilização de princípios constitucionais, como fachada, na “defesa” pessoal, de governos, políticos²¹⁶, de partidos, etc. Se a maioria for baseada somente pelo fato de ser maioria, é preferível a maioria legislativa.

É o constitucionalismo diminuindo o poder irrestrito das maiorias políticas, pelo fato da democracia não ser restrita ao princípio majoritário. Entre democracia e constitucionalismo ocorrem situações de “tensão” em conflitos aparentes, na qual a última palavra é do judiciário, intérprete maior. É o convívio entre democracia e direitos fundamentais, onde a constitucionalização dos direitos impõe obstáculos à vontade das maiorias, limitando a democracia.

A dignidade da pessoa humana é essencial para que se entenda a figura do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais (sociais), na medida em

²¹⁶ Nos dias atuais, Renam Calheiro, presidente do Congresso Nacional é “aliado” do Governo Federal que há doze anos está no poder. Em sentido oposto, Eduardo Cunha é “inimigo” do Governo Federal, pelo fato de ter aceitado o pedido de impeachment da Presidente da República. Segundo a revista Veja: “[...] Revelado por VEJA, o fato rendeu a abertura de inquérito no Supremo Tribunal Federal (STF) ainda em 2007. Depois disso a investigação entrou em estado de animação suspensa. Os procuradores levaram quase sete anos para denunciar Renan ao STF. No tribunal, por sua vez, o caso hibernou por mais três anos – dois deles na gaveta do ministro Ricardo Lewandowski, o atual presidente da corte. Na semana passada, o ministro Edson Fachin, o novo relator, liberou a denúncia para julgamento. Em data ainda incerta, os magistrados vão decidir se Renan será ou não réu por crimes de peculato, falsidade ideológica e uso de documento falso – situação agora idêntica à do presidente da Câmara, Eduardo Cunha. Investigado na Lava-Jato, Cunha também se tornou alvo de inquérito, foi denunciado e deve ser transformado em réu nos próximos dias. Tudo em céleres onze meses de trabalho.” (VEJA, 2016, p. 50).

que o princípio em evidência não deve ser sopesado conforme um formato, um padrão, eis que cada ser humano escolhe seus planos e formas de vida daquilo que considera dignos, sem perder de vista os aspectos universais deste princípio. Não existe óbice para que os direitos sociais sejam tutelados diretamente da Constituição em Países como o Brasil e Portugal, ao menos, pelo mínimo existencial derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, diante das peculiaridades destes direitos.

Nas Constituições modernas ocidentais não existem mais dúvidas de que integrantes de Tribunais Constitucionais ou Supremas Cortes, no instante em que “invalidem” atos dos Poderes Legislativo e Executivo, estão exercendo uma atuação política legítima, sem que isso seja uma ofensa à vontade popular, pois foi o legislador constituinte, representante do povo, que assim escolheu. Para Bickel, em sentido oposto, deve haver as “virtudes passivas” na atuação do Poder Judiciário, evitando anular atos dos outros poderes soberanos, quando uma questão com fundamentos constitucionais puder ser resolvida com fundamentos infraconstitucionais que justifiquem a medida, isto é, para o citado constitucionalista um Tribunal ou uma Suprema Corte não deve transformar um conflito jurídico em pendengas políticas e constitucionais, evitando a perda de credibilidade das decisões judiciais²¹⁷.

É perceptível a superação do formalismo jurídico e de uma atuação judicial mecânica e acrítica, o que fora incentivado pelo movimento teórico do realismo jurídico, por isso a lei não pode ser vista como o único fator a influenciar uma decisão judicial. É aceitável a teoria realista em um Estado Democrático de Direito e a necessidade do Poder Judiciário ou de um Tribunal Constitucional prover a garantia dos direitos fundamentais pela ação ou omissão inconstitucional dos poderes políticos originários, e isso não é permitir que os juízes decidam da maneira

²¹⁷ Novais difere desse posicionamento, nos seguintes termos: “[...] Para ser ainda mais claro²¹⁷, a função do Tribunal Constitucional quando faz fiscalização da constitucionalidade das leis obriga-o a meter-se na política, pela razão muito simples de que, em Estado de Direito Democrático, a lei é política, a lei é a expressão, por excelência, das opções e do programa políticos do Governo e do Parlamento, isto é, do legislador democrático. Logo, não existe fiscalização da constitucionalidade de leis que não obrigue o Tribunal Constitucional a meter-se na política. [...] Pura e simplesmente, procurar evitar a todo o custo a mínima possibilidade de interação e contacto entre jurisprudência constitucional e política só seria cabível eliminando o instituto da fiscalização da constitucionalidade, não dando ao Tribunal Constitucional o poder de verificar a constitucionalidade das leis. Quando se adopta um modelo de justiça constitucional onde as leis sejam suscetíveis de controle de constitucionalidade abre-se, necessariamente, um espaço de contacto entre os dois domínios, com fronteiras de delimitação bem difícil e complexa [...]” (NOVAIS, 2014, p. 82,83)

que quiserem, com base em preferências pessoais, e sim pela proporcionalidade em sentido amplo, sem que isso deslegitime os demais poderes.

Em tempo de crise econômica, uma Constituição Democrática continua possuindo força normativa, e os gestores e legisladores não podem utilizar o argumento do interesse público para cortar, ainda que temporariamente, direitos sociais se não escolherem os meios menos restritivos. Assim, caso essas regras sejam ignoradas, o judiciário ou o Tribunal Constitucional poderão restabelecer a situação, garantindo direitos suprimidos ou omitidos indevidamente.

Os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais, e devem ser levados a sério pelos legisladores e executores diante das opções políticas da Constituição. Se assim não for, diz Novais (2014, p. 86): “Esse sim seria um Tribunal Constitucional ativista, na medida em que construía e aplicava uma constituição diferente da aprovada pela Assembléia Constituinte [...]”

Ao final, apesar dos vícios, a democracia e o constitucionalismo devem co-existirem, pois não é suficiente, apenas, a vontade da maioria²¹⁸, bem como os direitos fundamentais assegurados pelo constitucionalismo somente têm razão de ser em havendo um governo plural. Talvez, em países com um nível elevado de consciência sobre valores universais que devem ser observados pelos seus cidadãos não necessitem de uma jurisdição constitucional, mas não é a realidade da grande parte dos Estados.

O risco da *judicial review* é a Suprema Corte ou o Tribunal Constitucional utilizarem-se de princípios e direitos fundamentais para atenderem interesses pessoais e de grupos específicos, o que poderá acarretar uma desobediência civil e um descrédito das decisões judiciais com a falência estatal, e a instalação da barbárie.

Em não sendo toda lei ou decisão judicial justas, qual o futuro do ordenamento jurídico? É a verdade, através da ética, que deve fornecer, por meio da norma jurídica, a ideia de justiça, na medida em que, existem parâmetros morais que devem ser seguidos por todos aqueles que vivem em sociedade, e isso não significa a retomada do jusnaturalismo, mas da importância da ética na norma jurídica. Nessa

²¹⁸ Com propriedade, diz Novais (2006, p. 17): “[...] ter um direito fundamental significará, então, ter um trunfo contra o Estado, contra o Governo democraticamente legitimado, o que, em um regime político baseado na regra da maioria, deve significar, a final, que ter um direito fundamental é ter um trunfo contra a maioria, mesmo quando esta decide segundo os procedimentos democráticos instituídos . [...]”

seara, é visível a importância do pós-positivismo ou neoconstitucionalismo por intermédio da interpretação de princípios jurídicos normativos que não se valem de valores metafísicos ou religiosos para buscar a justiça, e sim em uma argumentação jurídica com maior amplitude que se nega em “morrer” na lógica formal.

Os direitos fundamentais sociais, no início eram visualizados amplamente como normas programáticas, e, em tempos atuais sua eficácia jurídica advém de bases outras que colocam, no debate dos direitos desta natureza, argumentação moral, em uma nítida substituição da doutrina da efetividade, por um diálogo arraigado em valores e democracia, entre eles, o mínimo existencial, a reserva do possível e a proibição do retrocesso (TORRES, 1989; KRELL, 2002).

No Brasil, inexplicavelmente, há quase 26 (vinte e seis) anos depois da promulgação da Constituição Federal de 1988 uma gama de direitos fundamentais, como os sociais, continuam à margem da sociedade. As normas programáticas não podem permanecer inativas por um longo período e sem qualquer explicação por parte do Poder Legislativo, daí, o judiciário, quando provocado, desde que não atue com interesse político, travestido de princípios constitucionais, deverá agir no interesse da sociedade, com o fito de preservar o próprio Estado Democrático de Direito.

É fora de questão que a *judicial review*, em Portugal e no Brasil, está prevista constitucionalmente, e a problemática principal não é chegar a um denominador comum de tê-la ou não, e sim como deverá ser exercida, o que refletirá um maior ou menor grau de ativismo judicial em favor dos valores constitucionais²¹⁹. É a prevalência da teoria do substancialismo, em face do procedimentalismo.

²¹⁹ “[...] Os valores e direitos constitucionais²¹⁹ são os bens que o legislador constituinte entendeu preservar em quaisquer circunstâncias, dada a sua essencialidade e dado o consenso social que merecem (por isso, estes valores e estes direitos fundamentais foram aprovados praticamente todos eles por unanimidade e, mesmo hoje, não são praticamente objecto de disputa em sede de projetos de revisão constitucional). Ninguém contesta ou pretende retirar da Constituição a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a proibição do excesso estatal, a segurança jurídica, a liberdade de religião, a liberdade de imprensa, o direito à saúde ou o direito ao ensino [...] Se, a seguir, o legislador ordinário, o Governo e a maioria parlamentar, afectam negativamente ou violam esses bens e direitos, então torna-se indispensável a intervenção do Tribunal Constitucional e esse, obviamente, não será seguramente consensual, na medida em que, por definição, se opõe à opção governamental, limita a atuação dos poderes políticos, restringe o espaço de livre atuação dos governantes, condiciona a sua ação. Todavia, o facto de a decisão de inconstitucionalidade ser conflitual, geradora de discordância e de controvérsia, não significa que seja fraturante ou que institua rupturas no tecido político e social [...]” (NOVAIS, 2014, p. 84)

As discussões da sociedade em temáticas de uma maior relevância e complexidade afetas ao mundo constitucional devem ser solucionadas com o auxílio da interdisciplinaridade e da filosofia constitucional. As faculdades de direito precisam educar e profissionalizar os seus acadêmicos do liberalismo igualitário pautado não apenas no compromisso das liberdades, mas, acima de tudo, na igualdade material. Os grandes expoentes do liberalismo igualitário é o filósofo John Rawls e o jurista Ronald Dworkin, no momento em que cada ser humano possui a sua inviolabilidade estabelecida na justiça que não pode ser desmerecida pelo bem estar de toda uma sociedade (SARMENTO, 2012, p. 207). Nada mais, nada menos é a necessidade da humanização do direito através da atividade jurídica, em especial, ao lado das regras, a força normativa dos princípios constitucionais.

Na prática dos tribunais, hodiernamente, decisões judiciais sequer estão sendo cumpridas, por ausência de capacidade financeira estatal suficiente ou por ausência de vontade política, o que acarretará o fracasso da política e da justiça em um Estado Democrático de Direito, e a conseqüente fragilização do ativismo judicial e da judicialização da política.

É preciso, assim, a criação de mecanismos que fomentem a atuação da iniciativa privada em cooperação com o Poder Público face ao princípio da subsidiariedade, como também uma maior participação da sociedade visando o fortalecimento das instituições representativas.

No Brasil uma profunda crise na efetivação de direitos e garantias fundamentais, haja vista que temas de grande repercussão prevista constitucionalmente não estão sendo tratados por membros do Poder Legislativo, tampouco as políticas públicas não estão em sintonia com a realidade social, pelo fato da sobreposição de interesses de grupos políticos e sociais prevalentes, o que vem a desaguar uma enxurrada de ações na justiça, dentre elas: pedidos de medicamentos, internação em leitos hospitalares, pagamento de salários integralmente, casamento de pessoas do mesmo sexo, o aborto de feto anencefálico, etc.

A parcela da sociedade mais politizada (professores, estudantes, juízes, advogados, promotores, intelectuais, integrantes de movimentos sociais, entre outros), até por um dever moral e de solidariedade, deverá criar meios, através de projetos sociais, de organizações não governamentais etc., no sentido de despertar a consciência social das pessoas (profissionalização, qualidade do voto, reivindicação pacífica de direitos etc.) em prol da defesa da concretização dos objetivos

republicanos, e, por consequência, a diminuição do ativismo judicial que, mesmo importante no estágio democrático do Brasil, não deve ser usado como regra e em substituição automática e constante dos Poderes Legislativo e Executivo.

Em qualquer parte do mundo, a democracia não pode ser invocada para que políticos que respondam a diversos processos judiciais ou que já foram condenados por crimes de corrupção continuem nos cargos, e, valendo-se dessa prerrogativa, pressionem ou obstruam a ação do Poder Judiciário, como também não é razoável que continuem elaborando leis com o único e exclusivo fim de desestabilizar a magistratura e demais instituições que combatem os desvios de autoridades. Por outro lado, ministros das Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais²²⁰ têm o dever moral de não utilizarem o cargo, mascarando uma decisão judicial com princípios constitucionais, nitidamente com o fito de resguardar interesses do Chefe do Poder Executivo ou de algum grupo político. Somente assim, nos tempos modernos, a democracia será um instrumento que semeará a igualdade de oportunidades para todos e a paz social.

Em parágrafo derradeiro, a democracia brasileira, comparada aos demais países é jovem e passa por um processo de aperfeiçoamento entre o político e o jurídico por diversas décadas, sobretudo pela lei ser “uma teia de aranha” onde tudo que é leve e impacta nela é retido, e o que é pesado rompe e escapa. O processo é baseado na anarquia que compreende a falta de princípios éticos na gestão da política e da justiça e são encontrados nas avenidas e nos palácios. Por outro lado, o anarquismo, como efeito destrutivo da anarquia, pode ser visto nas vielas das favelas através de uma plebe desnordeada e sem esperança. A transformação precisa ocorrer na Constituição Federal de 1988, através do voto facultativo, do voto distrital, do fim do foro por prerrogativa de função e do quinto constitucional, da redução de partidos políticos faccionados, de candidatura avulsa, etc.

²²⁰ Segundo o Ministro da Suprema Corte Brasileira, Gilmar Mendes, referindo-se a crise econômica, política, social e ética brasileira: “Lembra que eu tinha falado do risco da cooptação da Corte? Eu acho que nesse caso isso ocorreu. Diante desse quadro de grave crise de corrupção, nós vamos ficar fazendo artificialismos jurídicos para tentar salvar, colocar um balão de oxigênio em alguém que já tem morte cerebral. [...] há todo um processo de bolivarianização da Corte [...]”.(Grifos nosso). Site: jovempan.uol.com.br.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, B. **A nova separação dos poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- AGRA, W. M. **A reconstrução da legitimidade do supremo tribunal federal: Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ALEXY, R. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul/set. 1999.
- ALEXY, R. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ALEXY, R. **A Theory of constitutional rights**. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- ALEXY, R. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.
- AMARAL, G. **Direito, Escassez e Escolhas: Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ANDRADE, J. C. V. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2006.
- ANDRADE, F. G. **Direitos sociais e concretização judicial: limites e possibilidades**. Recife: Nossa Livraria, 2008.
- ARANTES, R. B. Judiciário: entre a justiça e a política. In: AVELAR, L.; CINTRA, A. O. **Sistema político brasileiro: uma introdução**. São Paulo: UNESP, 2004.
- ATIENZA, M.; MANERO, J. R. **Las piezas Del derecho: teoría de los enunciados jurídicos**. Barcelona: Ariel, 2004.
- ÁVILA, H. Neoconstitucionalismo: Entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista eletrônica de direito do Estado**, Salvador, n. 17, p. 1-19, jan/fev/mar. 2009.
- AYER, A. J. **Language. Truth and Logic**. United Kingdom: Victor Gollancz, 1936.
- BANDEIRA, A. C. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARACHO JUNIOR, J. A.; LIMA, E. M. **Medidas provisórias no Brasil: Origem, evolução e prespectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARBOSA, R. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1932.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação. Racionalidade e Atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARCELLOS, A. P. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. **Revista de Direito do Estado** 3:17, 2007.

BARCELLOS, A. P. O Direito a Prestações de Saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira; BARROSO, Luís Roberto (org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARCELLOS, A. P. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, A. P. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, n. 15, p. 1-31, jan. 2007. Disponível em: < <http://livros-e-revistas.vlex.com.br/source/revista-dialogo-juridico-4588r.>>. Acesso em: 23 de out. de 2013.

BARNES, J. **El principio de proporcionalidad**. Estudio preliminar. Cuadernos de Derecho Pulico, n. 5. 1998.

BARROSO, L. R. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, L. R. **O direito constitucional e a efetividade das normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, L. R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista eletrônica do conselho federal da OAB**, n. 4, jan/fev. 2009.

BARROSO, L. R. **Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:9u20-0Zjc1IJ:www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf+&cd=1&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=br.>>. Acesso em: 20 out. 2014.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, LUIS ROBERTO. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo**. Disponível em : <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf > Acesso em: 18 jan 2016.

BASTOS, C. R; MARTINS, I. G. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BELMONTE, C. P. O sentido e o alcance do princípio da igualdade como meio de controle da constitucionalidade das normas jurídicas na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal e do Supremo Tribunal Federal do Brasil. **Revista de informação legislativa**, Brasília, n. 144, p. 159, out/dez. 1999.

BICKEL, A. **The least dangerous branch**. Yale University Press, 1986.

BIELSCHOWSKY, R. O Poder Judiciário na Doutrina da Separação de Poderes: Um quadro comparativo entre a ordem brasileira e a ordem portuguesa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 195, p. 269-290, jul/set. 2012.

BOBBIO, N. **O positivismo jurídico: lições da filosofia do direito**. Tradução de Marcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, N. **As ideologias e o poder em crise**, 4. ed. Tradução de João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BOBBIO, N. **Liberalismo e Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BOBBIO, N. **Teoria Geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro. Campus, 2000.

BOCKENFORDE, E. W. **Estudios sobre El Estado de Derecho y La Democracia**. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Ed Trotta, 2000.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, P.; ANDRADE, P. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: OAB editora, 2002.

BONAVIDES, P. **Ciência Política**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, P. **Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo a crise contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BORGES, T. B. A Eficácia dos Direitos Sociais e o Princípio da Reserva do Possível. **Revista ESMAFE**, Recife, n. 18, p. 75-106, dez. 2008.

BRANCO, P. G. G. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In FELLET, A. L. F.; PAULA, D. G. i de; e NOVELINO, M. (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011.

BRASIL. **Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002)**. In Vade Mecun. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. In Vade Mecun. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial [da] Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF, v. 132, n. 152, p. 12037, 10 ago., 1994.

BRITO, M. N.; COUTINHO, L. P. A “Igualdade Proporcional”>, novo modelo no controlo do principio da igualdade? Comentário ao Acordão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013 in **Direito & Política**. n. 4, jul-out, p. 182, 2013.

BRITO, W. **Que direitos sociais? Um standard mínimo lusófono de direitos sociais?**. In: Boletim da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 2002.

BRITO, M.N. **O ordenamento constitucional português e a garantia de um nível mínimo de subsistência**. In: Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício. Coimbra: Coimbra, 2014.

BULOS, U. L. **Constituição Federal Anotada**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

BUSTAMANTE, T. R. **Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CAETANO, M. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Coimbra: Ed. Almedina, 2014.

CALIENDO, P. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008.

CAMPILONGO, C. F. **Direito e Democracia**. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2000.

CANARIS, C. W. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1989.

CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra editora, 1991.

CANOTILHO, J. J. G. **Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Reimp. Coimbra: Coimbra, 1994.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1995.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Portugal: Almedina, 2000.

CANOTILHO, J. J. G. **Tomemos a Sério os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Coimbra: Almedina, 2004.

CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa**. ed. Brasileira, 4. ed. Portuguesa revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coimbra: Coimbra editora, 2007.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

CAPPELLETTI, M. **O controle Judicial de Constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Editora Sergio Fabris, 1992.

CAPPELLETTI, M. **Juízes Legisladores?**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, M. **Juízes Legisladores**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CARVALHO, K. G. **Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição**. Direito Constitucional Positivo, 12 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CARVALHO, O. F. A Força Jurídico – Constitucional dos Direitos Sociais no Estado Constitucional. **Direito e Práxis**, v. 3, n. 2, p. 172-193. 2011.

CEOLIN, A. O jurista que “tem lado”. **VEJA**, São Paulo, n. 2422, p. 62-63, abril. 2015.

CHIESSE, D. R. P. O arremesso de anões e o novo humor na televisão brasileira: uma análise do programa pânico sob a ótica da dignidade da pessoa humana. In: CONPEDI. (Org.). **O arremesso de anões e o novo humor na televisão brasileira**:

uma análise do programa pânico sob a ótica da dignidade da pessoa humana. Florianópolis: CONPEDI, v. 1, p. 529-546, 2014.

COELHO, I. M. Ativismo Judicial ou criação judicial do direito? **Revista jurídica Consulex**, Brasília, n. 329, p. 18-24, out. 2010.

COMPARATO, F. K. Sobre a legitimidade das Constituições. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 5, p. 55, 2005

CONTRERAS PELÁEZ, F. **Derechos Sociales**: teoria e ideologia. Madrid, 1994.

COURTIS, C.; ABRAMOVICH, V. **Direitos sociais são exigíveis**. Porto Alegre: Editora Dom Quixote, 2011.

COUTINHO, L. P. Os direitos sociais e a crise: algumas notas. **Direito e Política**, n. 1, p. 74. 2012.

COUTINHO, L. P. **Do que a república é**: uma república baseada na dignidade humana. Disponível em: < <http://icjp.pt/sites/default/files/media/397-446.pdf>>. Acesso em 26 mar 2015.

COUTINHO, L. P.; BRITO, M. N. “A ‘Igualdade Proporcional’, novo modelo no controlo do princípio da igualdade? Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 187/2013”. **Direito & Política**, n. 4, jul/out. 2013.

CUNHA JUNIOR, D. **Estado de coisas inconstitucional**. Disponível em: <<http://brasiljuridico.com.br/artigos/estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso 18 jan 2016.

CUNHA JUNIOR, D. **O controle de constitucionalidade na França e as alterações advindas da reforma constitucional de 23 de julho de 2008**. Disponível em: <http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/O_Controlde_Constitucionalidade_na_Franca_e_as_Alteracoes_advindas_da_Reforma_Constitucional_de_23_de_julho_de_2008.pdf>. Acesso em: 22 out 2015.

CURIA, L. R.; CÉSPEDES L.; NICOLETTI J. **Vade Mecun**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CYRINO, A. R. Revolução na Inglaterra: Direitos humanos, corte constitucional e declaração de incompatibilidade das leis: novel espécie de judicial review?. **Revista de Direito do Estado – RDE**, Rio de Janeiro, n. 5. p. 35-37. 2006.

DIAS, J. A. **Da responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

DIDIER, F. **Curso de Direito Processual Civil I. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 6. ed. Salvador: JusPodium, 2006.

DIMOULIS, D.; LUNARDI, S. **Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade**. Disponível em:

<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/2_ativismo%20soltas.pdf>. Acesso em: 16 abr 2015.

DINAMARCO, C. R. **Instituições de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DWORKIN, R. ***Taking Rights Seriously***. São Paulo: Martins Fontes, 1977.

DWORKIN, R. **Taking Rights Seriously**. 2. ed. London: Duckworth, 1978.

DWORKIN, R. **A Matter of principle**. Oxford: Oxford University Press, 1985.

DWORKIN, R. **Freedoms Law, The Moral Reading of ter American Constitution**. 3. ed. Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

DWORKIN, R. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, R. Is Law a Sistem of Rules. In: Ronald Dworkin (Ed.). *Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1971; Rousseau, J. J. **Do Contrato Social**. Tradução de Ricardo Rodrigues da Gama. São Paulo: Russel, 2006.

DWORKIN, R. **A leitura Moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, R. **La Justicia com Toga**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007.

DWORKIN, R. **Justiça para ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

ELSTER, J. **Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e retrições**. Tradução de Ulisses liberto. São Paulo: Unesp, 2009.

ENTERRÍA, E. G. **Lá Constitución como norma y El Tribunal Constitucional**. Madri: S.L. Civitas ediciones, 2006.

ETCHEVERRY, J. B. **El Debate Sobre El Positivismo Jurídico Incluyente**. Ciudad de México: Universidade Nacional Atónoma de México, 2006.

FELLET, A. L. F.; PAULA, D. G. ; NOVELINO, M. **As novas faces do ativismo judicial**. 2. Tiragem. Salvador: JusPodium, 2013.

FERNANDES, B. G. **Curso de Direito Constitucional** . 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAJOLI, L. **Garantismo**: Uma discussão sobre direito e democracia. Tradução de Alexander Araújo de Souza. Rio de Janeiro: Ed Lumen Juris, 2012.

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA FILHO, M. G. Inovações na constituição inglesa: o human rights act, 1998. **Revista brasileira de direito constitucional**, São Paulo, n. 4, p. 49-55, jul./dez. 2004.

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA FILHO, M. G. Votam os magistrados nos processos mais políticos de acordo com as linhas partidárias subjacentes à sua designação. In: RAMOS, E. S.; MORAIS, C. B. **Perspectiva de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2012.

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de Direito Constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIGUEIREDO, M. F. **Direito Fundamental à Saúde: Parâmetro para sua Eficácia e Efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FREEMAN, S. Democracia e Controle Jurídico da constitucionalidade. **Lua Nova**, n. 32, p. 181-199. 1994.

FREIRE JÚNIOR, A. B. **Controle Judicial de Políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GADAMER, H. G. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Vozes, 1999.

GALDINO, F. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARAPON, A. **O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia**. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, M. F. **Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2010.

GONÇALVES, M. F. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, M. V. R. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013-2014.

GOYARD- FABRE, S. **O que é democracia?** Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 88:** interpretação e crítica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GRIMM, D. **Constituição e Política.** Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Ed Del Rey, 2006.

GRINOVER, A. P. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GROSS, A. F. Atuação do STF na efetivação do direito à saúde no Brasil: Perspectivas da judicialização entre escassez e políticas públicas. **Revista do Tribunal Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 24, n. 3. mar, p. 53-69. 2012.

HEBERT L. A. **O conceito de direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HABERLE, P. **Hermenêutica Constitucional.** A sociedade aberta dos Interpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HAMILTON, A., MADISON, J. e JAU, J. **El Federalista**, Trad. De Gustavo R. Velasco México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. **O federalista.** Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Editora Russel, 2003.

HART, H. L. A. **O conceito de direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HARVEY, D. **Condição pós-moderna:** uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. Tradução de Adail Ubirajara Sabral; Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2002.

HESPANHA, A. M. **Panorama histórico da cultura jurídica européia.** Lisboa: Publicações Europa-América, 1997.

HESSE, K. **A força normativa da constituição.** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

HESSE, K. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha.** Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.

HOBBS, T. **Leviatã:** ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

HOLANDA, S. B. de. **Raízes do Brasil**. 6. reimp. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1998.

HOMES, S.; CASS, S. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. Nova Iorque : W.W. Norton & Company, 1999.

HUMAN RIGHTS ACT. **1998 Chapter 42**. Disponível em: < www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/data.pdf >. Acesso em 06 jun 2015.

JULIOS-CAMPUZANO, A. **Estado e Constituição**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

JULIOS-CAMPUZANO, A. **Constitucionalismo em tempo de globalização**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Babtista Machado. 6. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1984.

KRELL, A. J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (Des) Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. Porto Alegre: Fabris, 2002.

KELSEN, H. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARENZ, K. **Metodologia de la ciencia del derecho**. Barcelona: Ariel, 2001.

LASSALE, F. **Que é uma constituição?** Disponível em: <<http://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/418/1/LASSALLE,%20F.%20O%20que%20%C3%A9%20uma%20Constituic%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2014.

LEAL, M. C. H. **A Constituição como Princípio**: Os limites da jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Manole, 2003.

LEAL, M. C. H. **Jurisdição Constitucional Aberta**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, M. C. H. **Sobre as influências de Kelsen para o controle de constitucionalidade**: Da teoria pura do direito à idéia de tribunal constitucional e suas perspectivas em face do Estado Democrático de Direito – Uma análise. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/monia_clarissa_hennig_leal.pdf >. Acesso em: 20 ago 2015.

LEIBERMAN, J. K. **The Litigious Society**. Nova Iorque: Basic Books, 1981.

LENZA. P. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOCKE, J. **Segundo tratado sobre o governo**: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. Tradução de E. Jaci Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

LOEWENSTEIN, K. **Teoría de La Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

LUÑO, A. H. **Derechos Humanos**. Madri: Tecnos, 1990.

MADISON J. **The Debates in the Federal Convetion of 1787 which Framed the Constitution of the United States of America**. vol. 2, eds. Gaillard Hunt and James B. Scott. Buffalo, NY: Prometheus Books, 1987.

MARINONI, L. G. **Novas Linhas do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARINONI, L. G. **Teoria Geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARMELSTEIN, G. O Ativismo dos Juízes na Perspectiva da Filosofia Moral. In OLIVEIRA. U. M.; ANJOS, L. F. **Ativismo Judicial**. Curitiba: Juruá, 2010.

MARMEISTEIN, G. **O Estado de Coisa Inconstitucional – ECI**: apenas uma nova onda do verão constitucional?. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral%2cestado-de-coisas-inconstitucional%2c10000000043>>. Acessado em 20 de dezembro de 2015.

MARSHALL, W. P. Conservative and seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, v. 73, set. 2002.

MARTINS, A. M. G. **Estudos de homenagem ao prof. Doutor Jorge Miranda. Direito Constitucional e Justiça Constitucional**. Lisboa: Edição da faculdade de direito da Universidade de Lisboa, 2010.

MAUÉS, A. G. M. **Constituição e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MAUS, I. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, n. 58, Nov. 2000.

MEDEIROS, R. **A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a Crise**: Entre a ilusão de um problema conjuntural e a tentação de um novo dirigismo constitucional. In: O Tribunal Constitucional e a Crise, Coimbra, 2014.

MELLO, C. A. B. *Eficácia das normas Constitucionais sobre justiça social*. in **RDP 57-58/236-237**, jan./jul., 1981.

MENDES, G. F. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, G. F. O papel da Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional, **RIL**. Brasília, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr/jun. 2004.

MENDES, G. F. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, G.F. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, G. F. et al. **Tratado de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, C. H. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, A. et al. (org). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MICHELET, J. **O povo**. São Paulo: Martins Fontes. 1988.

MINISTRO do STF Gilmar Mendes fala em cooptação e bolivarização da Corte. Disponível em: <<http://jovempan.uol.com.br/programas/jornal-da-manha/impeachment-existe-um-projeto-de-bolivarizacao-da-corte-diz-gilmar-mendes.html>>. Acesso em: 29 de março de 2016.

MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra editora. 1993.

MIRANDA, J. **Ciência política e formas de governo**. Lisboa: AAFDL, 1998.

MIRANDA, J. **Regime específico dos direitos econômicos, sociais e culturais**. In: GARCIA, Emerson (Coord). Discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. 5. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2012.

MIRANDA, J. Sobre a composição do Tribunal Constitucional Português. In: RAMOS, E. S.; MORAIS, C. B. **Perspectiva de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2012.

MIRANDA, J.; MEDEIROS, R. **Constituição Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra editora, 2005.

MONTESQUIEU, C. L. S. **O Espírito das Leis**: as dormas de governo, a federação, a divisão de poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. Tradução de Pedro Vieira Mota. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, A. **Presidencialismo**. São Paulo: Atlas, 2004.

MORO, S. F. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MOTA PINTO, P. A proteção da confiança na jurisprudência da crise. In: COUTINHO, Luis Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. **O tribunal constitucional e a crise**: ensaios críticos. Coimbra: Almedina, 2014.

NABAIS, J. C. **Por uma Liberdade com Responsabilidade**: Estudo sobre Direitos e Deveres Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NALINI, J. R. **Ativismo judicial, garantismo ou produtividade adequada?** Bahia: Juspodvim, 2013.

NEGRI, A. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NERY JUNIOR, N; NERY, R. M. A. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, C. **Teoria do Direito. Direito interrogado hoje – o jurisprudencialismo**: uma resposta possível?. Salvador: Faculdade baiana de direito, 2012.

NEVES, M. **A Constitucionalização Simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NOVAIS, J. R. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

NOVAIS, J. R. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2004.

NOVAIS, J. R. **Direitos como trunfos contra a maioria**: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado de Direitos Democrático. Curitiba: Unibrasil, 2006.

NOVAIS, J. R. **Direitos Fundamentais**: Trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra editora, 2006.

NOVAIS, J. R. **Direitos Sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Portugal: Coimbra editora, 2010.

NOVAIS, J. R. **Direitos Fundamentais e justiça constitucional**: Em estado de direito democrático. Coimbra: Editora Coimbra, 2012.

NOVAIS, J. R. **Em Defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos críticos**. Coimbra: Almedina, 2014.

NOVELINO, M. **Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2010.

NUNES JUNIOR, V. S.; ARAUJO, L. A. D. Curso de direito constitucional. 19. ed. São Paulo: Verbatim, 2015.

OLIVEIRA, U. M. Ativismo Judicial: Expansão dos instrumentos de jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal e o Ativismo Judicial Processual. In: OLIVEIRA, U. M.; ANJOS, L. F. (Coord(s)). **Ativismo Judicial**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

ORTIZ, L. L. C.; VÉLEZ, S. E. **Os direitos dos casais do mesmo sexo: uma defesa a partir do princípio da igualdade ou do direito de ser diferente**. Belo Horizonte: Meritum, 2010.

OTERO, P. **A democracia totalitária - do estado totalitário à sociedade totalitária. A influência do totalitarismo no democracia do século XXI**. Cascais: Príncípa, 2001.

PANSIERI, F. **Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais**: reflexões a partir à moradia. São Paulo: Saraiva, 2012.

PANSIERI, F. **Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais**: reflexões a partir do direito de moradia. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, J. R. G. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PEREIRA, M. C. O ativismo judicial e a democracia. **Revista Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. LII, n. 1 e 2, p. 328-329. 2011.

PFERSMAN, O; TROPER, M. **Dibattito sulla teoria realista dell'interpretazione**. Editoriale Scientifica, 2007.

PIÇARRA, N. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra editora, 1989.

PINHEIRO, A. **Corte europeia valida veto a trajas muçulmanos**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-22/corte-europeia-valida-veto-trajes-muculmanos>>. Acesso em: 08 ago 2015.

PULIDO, C. B. **El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007.

QUEIROZ, C. M. **Direitos Fundamentais**: teoria geral. Coimbra: Coimbra, 2002.

RACHELS, James. **Elementos da Filosofia Moral**. Lisboa: Gradiva Publicações, 2004.

RAMOS, E. S. **Ativismo Judicial**. Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva. 2014.

RANGEL, P. C. **Repensar o Poder Judicial**: Fundamentos e Fragmentos. Porto: Ed. Coimbra, 2001.

RIBEIRO, G. A. O constitucionalismo dos princípios. In: COUTINHO, Luis Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. **O tribunal constitucional e a crise**: ensaios críticos. Coimbra: Almedina, 2014.

RIBEIRO, G. A.; COUTINHO, L. P. **O tribunal constitucional e a crise**: ensaios críticos. Coimbra: Almedina, 2014.

RIBEIRO, G. A. Na Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences. In: COUTINHO, L. P. (Org.). **Judicial Activism**. Lisboa: Series editors, 2015.

RIOS, R. B. **O Princípio da Igualdade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: Argumentação, Força Normativa, Direito Sumular e Antidiscriminação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROCHA, C. L. A. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. **Revista de Informação legislativa**, Brasília, v. 30, n. 120, p. 159-186, out./dez. 2003.

ROESLER, A. R. **O Estado não tem direito de ostentar símbolos religiosos**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/14252/o-estado-nao-tem-o-direito-de-ostentar-simbolos-religiosos> >. Acesso em: 14 out. 2015.

SALDANHA, N. **O Estado Moderno e a Separação de Poderes**. 2. ed. São Paulo: QUARTIER LATIN, 2010.

SAMPAIO JÚNIOR, J. H. Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? In: FELLETT, A. L. F. et al. (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodium, 2013.

SANCHIS, L. P. “**Neoconstitucionalismo y ponderación judicial**”. In: Neoconstitucionalismo(s). Madrid : Miguel Carbonell, 2003.

SANCHIS, P. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid: Miguel Carbonell, 2003.

SANDEL, M. J. **Justiça**: O que é fazer a coisa certa? Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SANT'ANNA, L. F. B. de. **Judiciário como Guardião da Constituição**: Democracia ou Guardiania? Rio de Janeiro: Lumen júris, 2014.

SANTOS, B. S. **A Judicialização da política**. Disponível em: <<http://www.cees.uc.pt/opiniaao/bss/078.php>>. Acesso em: 20 out 2014.

SARLET, I. Constituição e Proporcionalidade: O direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista da AJURIS** - Associação dos Juizes do rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 32, n. 97, p. 112. 2005.

SARLET, I. W. As Dimensões da dignidade da pessoa humana: Construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n.9, p. 368, jan/jun. 2007.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, I. W. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Panóptica**, n. 4, p.13, dez. 2006. Disponível em: <www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ingosaude.pdf>. Acesso em: 23 de out. de 2013.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública**. n. 1, confirmar paginas do artigo, Jul./dez. 2008.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, D. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA Neto, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, D. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT, 2008.

SARMENTO, D. **A proteção judicial dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, D. "Constitucionalismo: Trajetória Histórica e Dilemas Contemporâneos. In: George Salomão Leite; Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais**- Estudos em Homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: JusPodium, v. 1, p. 87-124. 2012.

SARMENTO, D. **Ubiquidade Constitucional**: Os dois lados da moeda. Disponível em: <http://fabioshecaira.wikispaces.com/file/view/ART.+Sarmiento+-+Ubiquidade+Constitucional.pdf>> Acesso em: 20 out 2014.

SCHÄFER, J. G. **Direitos Fundamentais**: proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHIER, P. R. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SCHMITT, C. **La defensa de la Constitución**: Estudio acerca de las diversas espécies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 1998.

SCHUMPETER, J. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Fundo da Cultura, 1984.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIQUEIRA FILHO, B. Miguel. **Democracia, Direito e Liberdade**. Goiânia: Editora Puc Goiás, 2011.

SMITH, S. D. Na Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences. In: COUTINHO, L. P. (Org.). **Judicial Activism**. Lisboa: Series editors, 2015.

SOUZA JUNIOR, C. S. **Consenso e Democracia Constitucional**. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2002.

SOUZA NETO, C. P. S; SARMENTO, D. **Direito Constitucional**. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SOUZA, J. V. A.; SOLIANO, V. Do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito: as promessas da modernidade entre o ativismo judicial e a busca por respostas constitucionalmente adequadas. **Revista Direito UNIFACS**. n. 136, p. 1-20. 2011.

STAMATIS, C. M. **Argumenter en Droit**: Une théorie critique de l'argumentation juridique. Paris: Publisud, 1995.

STERN, K. O juiz e a aplicação do direito. Tradução de Peter Naumann. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, W. S. (Orgs.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

STRECK, L. L. **Hermenêutica em crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, L. L. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, L. L. A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade: Da Proibição do Excesso à Proibição Deficiente ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da AJURIS** - Associação dos Juizes do rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 32, n. 97, p. 179. 2005.

STRECK, L. L. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, L. L. **Ulisses e o canto das sereias**: Sobre ativismo judicial e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. Teresina: Jus Navigandi, 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13229>>. Acesso em: 14 de jun 2013.

STRECK, L. L. **Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juizes”**. Disponível em:< http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf >. Acesso em: 20 ago 2015.

Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 347/DF** – Distrito Federal: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(\(ADPF+347\)\)+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=((ADPF+347))+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas)>. Acesso em 18 jan 2016.

TAVARES, A. R. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: C. Bastos, 1998.

TAVARES, R. A. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

THAYER, James B. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. **Havard Law Review**, v. 7, n. 3, 129-156, out. 1893.

THOREAU, H. D. **A desobediência civil**. Tradução de José Geraldo Couto. São Paulo: Penguin & Companhia das Letras, 2012.

TORRES, R. L. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, n. 177, p. 20-49, 1989.

URBANO, M. B. Criação Judicial e ativismo judicial: As duas faces de uma mesma função. In: **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, org. – 35.º Aniversário da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

URBANO, M. B. **Curso de Justiça Constitucional**: Evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2013.

URBANO, M. B. “**Estado de necessidade econômica e financeira e o papel do Tribunal Constitucional.**” In: *A Crise e o Direito Público*, ebook IGCP, 2013.

URBANO, M. B. **A Jurisprudência na Crise do Divã**. Diagnóstico: bipolaridade? In *O Tribunal Constitucional e a Crise*, Coimbra, 2014.

VALLE, V. R. L. **Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2012.

VALLINDER, N. T. T. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

VEJA, edição 2448. São Paulo: Editora Abril, 2015.

VEJA, edição 2464. São Paulo: Editora Abril, 2016 .

VIEIRA, O. V. **A Constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIEIRA, O. V. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul/dez. 2008.

VIEIRA, R. S. **Jurisdição Constitucional Brasileira e os limites de sua jurisdição democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VILLALÓN, P. C. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: **LEGITIMIDADE e legitimação da justiça constitucional. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional (1993)**. Coimbra: Coimbra, 1995.

WALDRON, J. **Law and Disagreement**. Oxford: Clarendon Press.1999.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da Legislação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, J. **Derecho y Desacuerdo**. Tradução de José Luis Martí. Madri: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005.

WALDRON, J. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, abr. 2006.

WANG, D. W. L. A escassez de recursos como limitação para concretização de direitos (Comentário a acórdão do STJ). **Revista de Direito Público da Economia**, v. 20, p. 239-254, 2008.

WOLKMER, A. C. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 2 ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

XIMENES, J. M. A Judicialização da Política e a Democracia – O Papel do campo jurídico. **RIDB**, Lisboa, nº 11, 7093-7116. 2012.

ZAFFARONI, E. R. **Poder judiciário**: crises, acerto e desacertos. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZIPPELIUS, R. **Teoria geral do Estado**. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ZOLLER, E. Splendeurs et miseres du constitutionnalisme. **Revue du Droit Public**, p.168, jan-fev. 1994.