

## O NEOCONSTITUCIONALISMO E A QUESTÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Letícia Camargo Andrade Zanoni<sup>1</sup>  
Cibele Fernandes Dias<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho é escrito sob o contexto das ciências jurídicas, tendo foco no direito constitucional. Neste aborda a questão do Neoconstitucionalismo e o princípio democrático, tendo como objetivo identificar se a tendência de entendimento dos julgamentos do órgão jurisdicional é procedimental ou substancial, e analisar as consequências das atitudes e entendimentos da Corte constitucional perante a sociedade e o Estado de Direito, tendo em vista o princípio democrático. Metodologicamente a, pesquisa possui objetivo exploratório e caráter básico. Os dados são coletados em fontes secundárias de pesquisa (artigos, livros, periódicos e materiais científicos disponibilizados na internet), considerando procedimentos bibliográficos. O tratamento dos mesmos é crítico-dissertativo, sustentando análise qualitativa. São utilizadas prevalentemente obras brasileiras e do período de 1980 até a atualidade (2013), incluindo neste contexto obras clássicas inclusive de caráter internacional. O método que inspira a pesquisa é o dedutivo. Como resultado principal da pesquisa e sem esgotar o assunto, chega-se a identificação das tendências de como se entende o julgamento do órgão jurisdicional com relação ao princípio democrática de direito; ainda com reflexão dos limites da ingerência e legitimidade do órgão jurisdicional para o equilíbrio entre os três poderes (legislativo, executivo e judiciário).

**ABSTRACT:** This paper is written under the context of legal sciences, with a focus on constitutional law. This addresses the issue of neoconstitutionalism and democratic principle, aiming to identify the trend of understanding of the judgments of the court 's procedural or substantive, and analyze the consequences of the attitudes and understandings of the Constitutional Court to society and the rule of law, taking into view the democratic principle. Methodologically The research has an exploratory purpose and basic character. Data are collected on secondary research sources (articles, books, periodicals and scientific material available on the internet), whereas bibliographic procedures. The treatment is the same critical-dissertative, supporting qualitative analysis. Brazil between 1980 and works are prevalently used to the present (2013), including classic works in this context including international character. The method that inspires research is deductive. The main result of the research and without

---

<sup>1</sup>Bacharel em direito, Monografia apresentada para a obtenção do grau de Especialista em direito Publico, Escola da Magistratura Federal do Paraná– ESMAFE/PR, Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL.

<sup>2</sup>Advogada, Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP (2001) e Doutora em Direito Constitucional pela PUC/SP (2011). Professora de Direito Constitucional da Escola da Magistratura Federal do Paraná (ESMAFE), da Escola da Magistratura Estadual do Paraná (EMAP), da Escola da Associação dos Magistrados do Trabalho do Paraná (EMATRA), da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná (FEMPAR), da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC) e da Escola Superior de Advocacia do Paraná (ESA). Professora Titular de Direito Constitucional, Direitos Humanos, História do Direito, Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) e do Núcleo de Arbitragem, Mediação e Negociação (NAMEN) da Faculdade de Educação Superior do Paraná (Fundação de Educação Superior do Paraná - FESP).

exhausting the subject, comes to identifying trends as we understand the judgment of the court with respect to the democratic principle of law ; still reflect the limits of interference and legitimacy of the court for the balance between the three branches (legislative, executive and judicial).

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípio Democrático de Direito, Órgão jurisdicional, tendências procedimentais e substanciais.

**KEYWORDS:** Democratic Principle of Law, Court, procedural and substantive trends.

## 1. INTRODUÇÃO

O Brasil é um país que constitucionalmente segue um estado democrático de direito, e neste contexto passa por suas vantagens e desvantagens. Historicamente constitui-se em um país que passou por períodos de ditadura militar, no qual as forças armadas faziam-se a supremacia junto ao poder; e que depois veio conhecer a redemocratização da forma que é conhecida hoje. Um sistema de vantagens e desvantagens, diretas ou indiretas, de tal sorte que os princípios constitucionais norteiam os ditames e regem a ordem nacional.

Neste sentido, e ainda tendo-se em vista que a trajetória da república foi marcada por pensamentos federalistas e constitucionalistas, chegando, ainda nos dias de hoje, ao neoconstitucionalismo, tipo de pensamento doutrinário marcado por elementos que não observam a constituição sob o viés estritamente legalista, mas sim, também, moral, percebe-se que existe um desequilíbrio claro entre os julgamentos da Corte Constitucional quanto à legitimidade dos juízes e a democracia. Assim lança-se o presente trabalho sob a seguinte problemática: qual a tendência dos entendimentos de julgamentos do Poder Judiciário, em especial da Corte Constitucional brasileira, com relação aos vieses procedimental e substancial segundo o princípio democrático de direito e quais as consequências trazidas pela expansão jurisdicional constitucional, traço marcante do pensamento pós-positivista ou neoconstitucional, sobre este ponto de vista?.

Partindo-se desta premissa que a resposta desta questão pode trazer benefícios para a sociedade, para educação e para o estado atual do conhecimento, aborda-se o tema sem, entretanto pretender esgotá-lo.

Com relação à sociedade diz-se que os resultados do trabalho poderão vir a conscientizar a cerca dos julgamentos, levando maior senso de justiça à sociedade, a

partir do momento que podem mostrar a aplicação do princípio democrático de direito, a saber, um julgamento mais justo; mesmo sabendo-se que dentro da estrutura judiciária as decisões da Corte Constitucional são contramajoritárias.

Já com relação à educação, nota-se a importância da relevância e a importância do trato do tema a partir do momento, que, sob o viés abordado poderá incentivar o surgimento de novas linhas de pesquisa e também vir a esclarecer dúvidas docentes a cerca da pauta no estado atual de conhecimento.

Sobre o estágio atual do conhecimento, tem-se que os resultados do trabalho podem vir a incrementar o conjunto de bibliografias que abordam o tema de maneira específica, o que é útil como fonte de dados para pesquisadores e cientistas do direito.

Como objetivo principal do trabalho, tem-se a ação de identificar se a tendência de entendimento de decisões judiciais é procedimental ou substancial, tendo em vista o princípio democrático de direito e suas conseqüências. E como objetivos específicos tem-se: a) identificar o constitucionalismo, através de sua principais características e sua gênese histórica; b) reconhecer o neoconstitucionalismo através de seu conceito e suas características; c) compreender o ativismo judicial brasileiro dentro do ponto de vista democrático, onde se questiona a expansão da atuação jurisdicional nas óticas teóricas procedimental e substancial e suas implicações.

Metodologicamente a pesquisa apresenta objetivo exploratório e caráter básico. Os dados são coletados em fontes secundários de pesquisa (artigos, livros, periódicos e materiais científicos disponibilizados na internet) e tratados de maneira dissertativa. A análise dos dados é qualitativa, valendo-se da observação e da interpretação do autor. A inspiração da pesquisa se dá sob o método dedutivo, não tendo, a intenção, entretanto, de concluir o tema.

Estruturalmente a pesquisa é disposta de cinco capítulos, dentre os quais a introdução e as considerações finais.

O primeiro capítulo, introdução, busca apresentar de maneira breve o trabalho, abordando sua contextualização, motivação, importância e relevância do trato do tema, objetivos e indicações metodológicas.

O segundo capítulo, O Constitucionalismo, trata do seu conceito, bem como a sua origem histórica desde a Grécia Antiga, Roma e posteriormente sua reinauguração no início da época moderna na Inglaterra, findando-se com os acontecimentos histórico-social, ocorridos na América e França no século XVIII. Das

consequências destes últimos acontecimentos traça-se o conceito do constitucionalismo moderno, bem como, seus aspectos fundamentais, como a teoria da separação dos poderes, o princípio da legalidade, os direitos individuais e suas garantias constitucionais. Ainda é analisada a corrente jusfilosófica, denominada de positivismo jurídico, a qual amparou e justificou o direito constitucional moderno ou liberal dos fins do século XIX. Por fim, conclui-se o primeiro capítulo abordando o conceito e as formas de limitações políticas atribuídas pela Carta Constitucional Moderna.

O terceiro capítulo, O Neoconstitucionalismo, inicia-se a tratar de seu conceito, entendido como uma nova forma de analisar o constitucionalismo clássico tendo-se em vista a nova referência ética ancorada na dignidade humana, trazida, tal preocupação, com as consequências nefastas e desumanas da Segunda Guerra Mundial, através da qual se adotou no mundo a tendência da instituição de um Estado Constitucional com novos fitos e que para alcançá-los se fez necessário dar a Constituição determinadas características como a aproximação do direito com a moral, a supremacia e força normativa constitucional, bem como a adoção de normas-princípios (consequentemente, também aqui analisado o método da ponderação), características não abordadas pela antiga temática jusfilosófica do direito, o positivismo jurídico. Além disso, é analisada a expansão do Poder Judiciário neste novo modelo de Estado, preocupado em efetivar os direitos fundamentais. Tal expansão é justificada pelas novas características dadas pela nova leitura do constitucionalismo e tida como uma das características do pós-positivismo.

O quarto capítulo, O Neoconstitucionalismo e a questão do princípio democrático, aborda, inicialmente sobre o fenômeno do ativismo judicial, seu conceito, bem como a gênese deste fenômeno jurisdicional perante o Estado Democrático de Direito brasileiro, e, ainda é analisado alguns casos concretos a cerca do ativismo brasileiro, em seu estágio atual, frente à Carta Magna de 1988. É abordado, o ativismo judicial brasileiro, sob a ótica do controle de políticas públicas, das omissões legislativas, em que a posição da Corte Constitucional tem se mostrado ativa no que tange as suas decisões em face do remédio constitucional, o mandado de injunção e sob o ponto de vista do controle de constitucionalidade de leis. Finda-se o capítulo, analisando as correntes teóricas procedimental e substancial sobre a posição da Corte Constitucional frente ao princípio democrático de direito e se analisa qual a tendência

teórica a ser vista pelas decisões da Suprema Corte brasileira e suas conseqüências para a sociedade e para a democracia brasileira.

O quinto capítulo, As Considerações Finais, apresenta o cumprimento dos objetivos específicos e geral do trabalho, ainda, as dificuldades encontradas e propõe sugestões para trabalhos futuros. Dentre outras, sugere-se que a pesquisa seja refeita por outro autor e a outro tempo, a fim de se confirmar ou refutar os resultados ora encontrados.

## 2. O CONSTITUCIONALISMO

O Constitucionalismo significa, segundo BARROSO, “limitação do poder e supremacia da lei”<sup>3</sup>. Tal conceito remete à noção de Estado de Direito, Estado Constitucional, cujo nascimento se deu em consequência dos grandes movimentos sócio-políticos do século XVIII, a revolução americana (1776) e a revolução francesa (1789-1790), embora as ideias principais do Constitucionalismo tenham berço na Grécia Antiga.

Albergando o entendimento mencionado, BARROSO explica:

O termo constitucionalismo é de uso relativamente recente no vocabulário político e jurídico do mundo ocidental. Data de pouco mais de 200 anos, sendo associado aos processos revolucionários francês e americano. Nada obstante, as ideias centrais abrigadas em seu conteúdo remontam à Antiguidade Clássica, mais notadamente ao ambiente da Polis grega.<sup>4</sup>

É neste viés que o presente trabalho se inicia, ilustrando, de forma sucinta, as origens do ideal constitucionalista na época antiga, mas precisamente, na Grécia e Roma antigas. Posteriormente, será analisado, também, de forma lacônica, o renascer deste ideal na época moderna.

### 2.1. A HISTÓRIA DO CONSTITUCIONALISMO

#### 2.1.1 O Constitucionalismo na Grécia Antiga

As sociedades gregas antiga se organizavam em cidades-Estados, também conhecido como póleis, dentre elas, as mais importantes eram Esparta e Atenas. Tais póleis eram governadas pelo rei (Basileu), cujo poder era limitado pelos eupátridas, classe aristocrática instituidora de um regime oligárquico.

---

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo.** 4 ed.. São Paulo:Saraiva, 2013. p. 27.

<sup>4</sup>Ibidem, p. 26-27.

A ordem política em Esparta foi organizada por Licurgo, legislador espartano, o qual formulou a Grande Retra (Grande Lei)<sup>5</sup>. Já em Atenas, a legislação teve maior repercussão. Os legisladores mais importantes foram Drácon (621 a. C.), o qual iniciou, por meio de leis escritas, a reforma política<sup>6</sup> reivindicada pelas classes menos favorecidas, foi conhecido por suas leis rígidas, pois prescreveu a pena de morte para a maioria dos crimes. A instituição de tais leis escritas, trouxe mudança para o cenário político, pois a classe oligárquica ateniense perdeu o monopólio da justiça para o Estado.

Ainda Sólon (594 a. C.), legislador posterior a Drácon, alterou o código feito por aquele e promoveu novas reformas no campo econômico, social, político e institucional<sup>7</sup>, pois a crise política, anteriormente instalada, não havia se amenizado. Pontificam tal idéia, os historiadores ARRUDA E PILETTI.

Em 621 a. C. Drácon foi encarregado de preparar uma legislação. Até então, a legislação era apenas oral. Drácon impôs a pena de morte para a maioria dos crimes. Sua legislação porém, teve importância de passar a administração da justiça das mãos dos eupátridas para o Estado [...] Como a legislação

---

<sup>5</sup>“Dois reis (Diarquia), um Conselho e uma Assembléia exerciam o governo, segundo a constituição de Esparta – Grande Retra (lei). A Diarquia exercia o poder executivo em tempo de guerra e oficiava as cerimônias religiosas que precediam os combates. O Conselho formado pelos mais velhos (Gerúsia) tinha caráter consultivo. O órgão mais importante era a Assembléia (Ápela), formada por todos os cidadãos dórios.” ARRUDA, José Jobson de A. PILETTI, Nelson. **Toda História: História Geral e História do Brasil**. 6 ed.. São Paulo: Ática, 1996.p. 41.

<sup>6</sup>“A colonização provocada pela Primeira Diáspora havia ampliado os horizontes do mundo grego.Comerciantes e artesãos tornaram-se cada vez mais numerosos e subiram na escala social. Passaram a fazer oposição à Oligarquia dos eupátridas, atacada em dois flancos: de um lado, pelos homens enriquecidos no comércio, que queriam participar do governo, de outro, pelos pobres, que reivindicavam a abolição da escravidão por dívida e a repartição das grandes propriedades. Isto lhe dava o direito de exigir participação na vida política. Surgiram os legisladores, uma tentativa de solução reformista para a a crise política de Atenas.” Ibidem, p. 43.

<sup>7</sup>“No campo econômico, Sólon reorganizou a agricultura da oliveira e da vinha e ainda a exportação do azeite. No aspecto social, entre as várias medidas, são de particular interesse aquelas que obrigavam os pais a ensinarem um ofício aos filhos, caso contrário, estes ficariam desobrigados de os tratarem na velhice, a eliminação de hipotecas por dívidas e a libertação dos escravos pelas mesmas e a divisão da sociedade em classes societárias. Comrespeito às instituições, manteve os Arcontes, o Aerópago e a Assembléia, mas com algumas alterações. [...] Uma criação importante e de grande repercussão no direito ateniense foi o tribunal da Heliaia [...] qualquer pessoa podia apelar das decisões dos tribunais, assegurava a idéia de que a lei se encontrava acima dos magistrados que tinha a cargo sua aplicação.” WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. Revista e Ampliada. O Direito Grego Antigo, Raquel de Souza. 7 ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.p. 80.

de Drácon não resolveu a crise, em 594 a. C. foi indicado um novo legislador: Sólon.<sup>8</sup>

Neste mesmo viés, leciona WOLKMER.

Retirar o poder das mãos da aristocracia com leis escritas foi o papel dos legisladores. Coube-lhes compilar a tradição e os costumes, modificá-los e apresentar um estrutura de leis codificadas. [...] Sólon (594 – 593 a.C.) não só cria um código de leis, que alterou o código criado por Drácon, como também procede a uma reforma institucional, social e econômica.<sup>9</sup>

Mesmo após o surgimento da legislação escrita, cujo escopo era acalmar o tumulto social, Atenas passou por um período tirânico, marcado por sucessivos golpes políticos. Um deles foi realizado por Clístenes, um aristocrata progressista, que, com ajuda popular, introduziu nova reforma política instituindo a democracia, onde todos os cidadãos atenienses podiam gozar de direitos políticos, participando ativamente do governo. Nas lições de BURNS.

Em 510 a.C. Hípcas foi derrubado por um grupo de nobres com a ajuda de Esparta. Desencadearam-se novos conflitos de classe até que Clístenes, um aristocrata inteligente, recrutou o apoio das massas para eliminar seus rivais da cena. Tendo prometido concessões ao povo em recompensa de seu auxílio, reformou o governo de maneira tão radical que, desde então, ficou conhecido como pai da democracia ateniense.<sup>10</sup>

ARRUDA E PILETTI complementam: “Os princípios básicos da reforma de Clístenes eram: direitos políticos para todos os cidadãos, participação direta dos cidadãos<sup>11</sup> no governo, por comparecimento à Assembléia ou sorteio, quando se tratava de escolher o ocupante de algum cargo”<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup>ARRUDA, José Jobson de A. PILETTI, Nelson. Op. cit. p. 43-44.

<sup>9</sup>WOLKMER, Antônio Carlos. Op. cit. p. 79-80.

<sup>10</sup>BURNS, Edward McNall. **História da Civilização Ocidental. Do Homem das Cavernas até a Bomba Atômica.** O Drama da Raça Humana. 1 V. Porto Alegre:Globo, 1975.p. 162.

<sup>11</sup>“Os cidadãos eram 40 000, numa população de 400 000: 100 000 metecos (estrangeiros domiciliados em Atenas), 200 000 escravos e 60 000 mulheres e crianças não tinham direitos políticos.”ARRUDA, José Jobson de A. PILETTI, Nelson. Op. Cit. p. 45.

<sup>12</sup>Idem.

Foi durante o período de Péricles que a democracia se desenvolveu e se aperfeiçoou, pois por meio da Assembléia, do Conselho (Boulê) e da Justiça, o povo ateniense exerceu verdadeiramente sua soberania. Nas palavras de BURNS.

A democracia ateniense atingiu sua mais alta perfeição na época de Péricles (641 – 429 a. C.). Foi nesse período que a Assembléia adquiriu autoridade para apresentar projetos de lei, sem prejuízo de seus poderes de ratificar ou rejeitar propostas do Conselho. [...] Foi finalmente, na época de Péricles que o sistema judiciário ateniense foi desenvolvido ao máximo. Não mais existia uma corte suprema para ouvir as decisões dos recursos dos magistrados, mas sim tribunais populares com autoridade para julgar toda espécie de causas. Cada júri constituía um tribunal com poder de decidir, por maioria dos votos, sobre todas as questões. Seria difícil imaginar um sistema mais completamente democrático.<sup>13</sup>

Aristóteles, grande pensador Grego (século V a.C.) também reconheceu a força democrática das reformas políticas quando escreveu em “A Constituição de Atenas”: “o direito de apelo aos tribunais, disposição referida como a que mais fortaleceu a multidão, pois quando o povo se assenhoreia dos votos, assenhoreia-se do governo”.<sup>14</sup>

Deste contexto inicial, conclui-se que a idéia de constitucionalismo, ou seja, de limitação do poder político com base na lei, teve início na Grécia Antiga, o qual foi fruto da reação social menos favorecida e explorada em busca de participação política. Tal participação teve sua forma de expressão máxima com a criação da democracia.

### 2.1.2 O Constitucionalismo na Roma Antiga

A idéia de limitação do poder político com base na lei, também ocorreu na Roma Antiga, mas precisamente durante a República (509 a.C. a 27 a. C.)<sup>15</sup>. A sociedade política romana, tal como na Grécia, era formada por classes, dos patrícios (classe

---

<sup>13</sup>BURNS, Edward McNall. Op. cit. p. 163.

<sup>14</sup>ARISTÓTELES. **A Constituição de Atenas**, IX, 1. São Paulo: Hucitec, 1995.

<sup>15</sup>“A feição mais característica dos primeiros séculos da história da República em Roma foi a lenta, progressiva e pacífica *conquista dos direitos civis*, políticos e religiosos pela plebe.” CARVALHO, Delgado de. **História Geral**. V.1. São Paulo: São Paulo Editora S/A, 1956.p. 187.

aristocrática) que eram os grandes proprietários de terras, os quais monopolizavam o poder através das instituições políticas (Senado, Magistraturas e Assembléia), clientes e plebeus, estes últimos explorados e deixados a margem do poder. Confirmam tal pensamento MOTA E BRAICK.

Nos primeiros tempos da República romana, a sociedade estava dividida em quatro classes principais: patrícios, ou aristocratas, eram os grandes proprietários rurais e dominavam as instituições políticas republicanas. Os plebeus, a maioria da população, correspondiam aos pequenos agricultores, comerciantes, artesãos e pastores. Os clientes, que não possuíam propriedades, colocavam-se a serviço dos patrícios. Os escravos, no início da República, eram pouco numerosos, mas seu número aumentou vertiginosamente como consequência das guerras de conquistas.<sup>16</sup>

Como em toda sociedade política, onde há desigualdade social, em que poucos têm muito e muitos têm pouco, naturalmente, mais cedo ou mais tarde, uma crise política se instala. No caso de Roma, a crise teve suas origens nas guerras de conquista e na instabilidade social. Assim, durante a República, os plebeus, ao passarem por uma constante exploração da classe privilegiada, como o pagamento de altos impostos, escravidão por dívidas e endividamento, além da participação forçada no exército em períodos de guerra e o sofrimento com decisões judiciais desiguais e injustas, pois não havia lei escrita, promoveram greves e ameaçaram abandonar a cidade.

Neste contexto, a classe oligárquica teve de fazer concessões políticas aqueles, como a criação dos Tribunos da Plebe (494 a. C.), a codificação de leis, transformando de orais em escritas, chamada de Leis das Doze Tábuas (450 a. C.) e uma série de outras leis importantes como a Lei Canuléia (445 a.C.), a qual permitia o casamento entre classes, a Lei Licínia Sextia, que proibia a escravidão por dívidas. Neste sentido CARVALHO.

A primeira vitória da plebe foi a obtenção de Tribunos, isto é, de pessoas que, sem serem magistradas inicialmente, eram sacrossantos e invioláveis pelas imunidades de seu cargo, com

---

<sup>16</sup>MOTA, Myriam Becho. BRAICK, Patrícia Ramos. **História das Cavernas ao Terceiro Milênio**. 2 ed.. São Paulo: Moderna, 2002.p.72.

o direito de intervenção legal e de proteção em todos os casos que envolviam os plebeus e, com direito de veto de qualquer ato de magistrado. As leis, conhecidas e interpretadas exclusivamente por patrícios, não eram reveladas ao povo. A plebe obteve vitória com a escolha de dez nobres, os decênvios, incumbidos da redação de um código das leis para sua divulgação. Assim foram redigidas as Doze Tábuas.<sup>17</sup>

Seguindo esta ponderação, argumentam ARRUDA E PILETTI.

Nessa revolta, os plebeus exigiram o fim da proibição conscientes de que os casamentos mistos quebrariam a tradição patrícia de exercer o poder com exclusividade. A reivindicação foi atendida com a Lei da Canuléia. A Lei LiciniaSextia determinou que os juros pagos fossem abatidos do montante das dívidas e proibiu que o corpo fosse dado como garantia, praticamente abolindo a escravidão.<sup>18</sup>

Observa-se que tais conquistas, obtidas pelos plebeus, foram formas de limitar o poder político monopolizado pelos patrícios, com base na lei, na busca de maior igualdade social. Infelizmente, o constitucionalismo observado na Roma Antiga viria a desaparecer no fim da República, devido às transformações econômicas, sociais e políticas trazidas pelas guerras de conquista territorial romanas, conhecidas como guerras púnicas. Esta situação trouxe grave crise política, a qual acabou por colocar os generais da época, em posição de poder absoluto, vindo, então a estabelecerem o período do Império Romano (27 a. C. a 476 a. C.), iniciado com o general Caio Otávio, que ao retornar a Roma com seu exército, após a conquista do Egito foi recebido como cônsul vitalício, príncipe do Senado exercendo o poder Absoluto. VERÁS NETO descreve.

A passagem da República ao Império fez-se progressivamente. O progresso econômico, as dificuldades sociais e as vastas conquistas provocaram, durante o século I a. C., uma crise política, que desencadeou a centralização de todos os poderes em Octávio, o qual manteve as instituições da República, e tendo recebido do Senado o título de Augusto. Este criou a instituição imperium proconsular e o poder do tribunato vitalício, foi proclamado general vitorioso (imperator) e não estava vinculado

---

<sup>17</sup>CARVALHO, Delgado de. Op. cit. p. 188.

<sup>18</sup>ARRUDA, José Jobson de A. PILETTI, Nelson. Op. cit. 4 ed.. São Paulo: Ática, 1995.p. 60.

nem limitado pela lei (legibussolutio). Era o primeiro dos cidadãos (princeps) concentrava todos os poderes do novo regime político, sendo que, em Roma, respeitava as instituições políticas, mas nas províncias imperiais, agia como monarca absoluto.<sup>19</sup>

Durante quase toda a era cristã até quase o fim da idade média o constitucionalismo desapareceu, retornando na Inglaterra feudal, inicialmente, com a Magna Carta de 1215 assinada pelo Rei João Sem Terra, a qual concedeu direitos aos barões feudais, relativas a propriedade<sup>20</sup>, liberdade religiosa<sup>21</sup>, como também o direito ao devido processo legal<sup>22</sup>, um dos princípios constitucionais mais importantes que fundamentariam, a frente, o Estado de Direito. Leciona, neste sentido BARROSO.

O que terminou, na véspera do início da era cristã, foram a experiência e o ideal constitucionalistas, que vinham dos gregos e haviam sido retomados pelos romanos. A partir dali, o constitucionalismo desapareceria do mundo ocidental por bem mais de mil anos, até o fim da Idade Média.<sup>23</sup>

Trazendo continuidade ao raciocínio descrito, afirma COMPARATO.

[...] a Magna Carta constitui, na verdade, uma convenção passada entre o monarca e os barões feudais, pela qual se lhes reconheciam certos foros, isto é, privilégios especiais. Ela foi, por conseguinte, antes um foral do que um contrato de senhorio. Os contratos de senhorio, com efeito, eram convenções pelas quais se atribuíam poderes retaliamos, individualmente, a certos vassallos. No caso, não se tratou de delegações de poderes reais, mas sim do reconhecimento de que a soberania do monarca passava a ser substancialmente limitada por franquias

---

<sup>19</sup>VERÁS NETO, Francisco Quintanilha. In WOLKMER, Antônio Carlos. Op. cit. p. 142.

<sup>20</sup>“As cláusulas 30 a 31 estabeleceram a garantia do respeito à propriedade privada contra os confiscos ou requisições, decretados abusivamente pelo soberano ou seus oficiais.” COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 2001.p.78.

<sup>21</sup>“A cláusula 1, ao reconhecer as liberdades eclesiásticas, notadamente a de livre designação de bispos, abades e demais autoridades, sem necessidades de confirmação régia, aponta a futura separação institucional entre a Igreja e Estado.” Ibidem, p.77.

<sup>22</sup>“39. Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens (disseisiatur), banido (ultlagentur) ou exilado, de algum modo, prejudicado (desatruatur), nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra (nisi ler legale iudicium pariumsuorumvel per legem terre). Eis aí já em sua essência, o princípio do devido processo legal.” Ibidem, p.78-81.

<sup>23</sup>BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 30.

ou privilégios estamentais, que beneficiavam portanto, de modo, coletivo, todos os integrantes das ordens privilegiadas. O sentido inovador do documento constitui, justamente, no fato de a declaração régia reconhecer os direitos próprios dos dois estamentos livres – a nobreza e o clero – existiam independentemente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificados por ele. Aí está a pedra angular para a construção da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados.<sup>24</sup>

Neste viés, não tardou, na história da humanidade, para que alguns impusessem limites a um poder político de medidas ilimitadas, como foi no caso da Inglaterra, quando os barões feudais barganharam com o Rei João Sem Terra, a condição do pagamento de tributos, para que este se mantivesse no poder, em troca do reconhecimento de direitos formais<sup>25</sup>. Este acordo, permitiu o início de um movimento constitucionalista maior na Inglaterra, por meio da deflagração de outros documentos de direitos.

### 2.1.3 O Constitucionalismo na Inglaterra do século XVII

A Revolução Inglesa, ocorrida em 1668, conhecida como Revolução Gloriosa, foi resultado final de um conflito iniciado entre a figura do monarca absoluto inglês Carlos I, da dinastia Stuart, e os integrantes do parlamento inglês, que discordavam das decisões do Rei, as quais, por vezes, não subsidiavam seus interesses. Em decorrência disto, tais impuseram ao Rei, direitos, por meio de uma petição de direitos (Petition of Rights, 1628), que preconizava dentre alguns direitos, a impossibilidade do Rei aumentar impostos sem o consentimento do Parlamento. Conforme entende BURNS.

---

<sup>24</sup>COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. p.75-76

<sup>25</sup>“Na Inglaterra, a supremacia do rei sobre os barões feudais, reforçada durante todo o século XII, enfraqueceu-se no início do reinado de João Sem Terra, a partir da abertura de uma disputa com um rival pelo trono e o ataque vitorioso das forças do rei francês, Filipe Augusto, contra o ducado da Normandia, pertencente ao monarca inglês por herança dinástica (a família Plantagenet). Tais eventos levaram o rei da Inglaterra a aumentar as exações fiscais contra os barões, para o financiamento de suas campanhas bélicas. Diante dessa pressão tributária, a nobreza passou periodicamente, como condição para o pagamento de impostos, o reconhecimento formal de seus direitos.” Ibidem, p.69.

[...] o princípio do consentimento às decisões reais era a mais forte na Inglaterra medieval do que em outros estados. Só na Inglaterra foi que apareceu na Idade Média um órgão como o Parlamento, atuando como barreira potencial ao absolutismo. Durante todo o século XVI a coroa inglesa soube usar o Parlamento de modo a promover seus próprios interesses, mas no século seguinte atitudes e políticas da monarquia começaram a provocar resistência parlamentar. O primeiro dos reis Stuarts morreu em 1625 e foi sucedido por seu filho Carlos I (1625 – 1649). O novo monarca tinha uma aparência mais régia do que o pai, mas alimentava as mesmas idéias pretenciosas acerca do poder real. Conseqüentemente, não tardou a entrar em desavença com os puritanos e com os líderes de oposição parlamentar. Como no caso de Jaime, as tensões religiosas foram exacerbadas por questões de tributação. Logo, depois de sua ascensão ao trono, Carlos envolveu-se numa guerra com a França. Necessitava urgentemente de dinheiro. Como o parlamento recusasse a conceder mais que as verbas costumeiras, ele impôs empréstimos compulsórios aos cidadãos e puniu os refratários aboletando soldados em suas casas ou jogando-os na prisão sem processo. O fruto dessa tirania foi a Petição de Direitos, que os líderes do parlamento obrigaram Carlos a assinar em 1628. Esse documento declarava ilegais todos os impostos não aprovados pelo Parlamento.<sup>26</sup>

Após um longo período de tensões políticas, em torno da vontade parlamentar em limitar o poder do soberano, a Inglaterra passou pela guerra civil, assistiu a

---

<sup>26</sup> BURNS, EdwarMacNall. MEACHAN, Standish. LERNER, Robert E. **História da Civilização Ocidental**. Do Homem das Cavernas às Naves Espaciais. V. 2. 31 ed.. São Paulo: Globo, 1993.p.426-430.

instalação de uma República<sup>27</sup>, liderada pelo militar Cromowell<sup>28</sup> e o retorno a monarquia absoluta nas mãos de Carlos II<sup>29</sup>.

Com o intuito deste último em retornar práticas absolutistas e tentar restabelecer o catolicismo, o parlamento promoveu um golpe impossando Guilherme de Orange ao poder, onde este deveria governar com a devida observação ao chamado Bill of Rights (Declaração de Direitos, 1689), encerrando a dinastia Stuart, o absolutismo inglês e criando a monarquia constitucional inglesa, onde o rei reina, mas não governa. Argumenta BURNS.

A “Revolução Gloriosa” de 1688-1689 foi inteiramente incruenta. Um grupo de políticos pertencentes à classe alta convidou secretamente o príncipe Guilherme de Orange e sua esposa Maria, a filha mais velha de Jaime a ocuparem conjuntamente o trono da Inglaterra. No entanto a entronização dos monarcas não completou a revolução. No decorrer do ano de 1689, o Parlamento aprovou inúmeras leis destinadas a salvaguardar os direitos dos ingleses e a proteger seu próprio poder contra as intromissões da coroa. [...] foi aprovada a famosa Bill of Rights (lei dos direitos dos cidadãos). Essa lei, mais ampla em suas determinações que a Petição de Direitos de 1628, era

---

<sup>27</sup>“Depois de decapitarem Carlos I (30 de Janeiro de 1649), os puritanos vitoriosos viram-se face ao problema de formar novo governo e restabelecer a segurança da vida e da propriedade numa Inglaterra desorganizada por sete anos de guerra civil. O *Rumo Parliment*– Parlamento remanescente depois do expurgo dos 56 membros ativos que vieram do Longo Parlamento depois do “Expurgo de Pride” (1648) – proclamou a supremacia e suficiência da Câmara dos Comuns, aboliu a Câmara dos Lordes (6 de fevereiro de 1649) e a monarquia e nomeou como instrumento executivo um Conselho de Estado composto de três generais, três pares, três juízes e trinta membros da Câmara, todos independentes, isto é, puritanos republicanos. Em 19 de maio, os Comuns estabeleceram oficialmente a república inglesa: “A Inglaterra será doravante, governada, como Comunidade ou Estado Livre, pela suprema autoridade desta nação, pelos representantes do povo.”DURANT, Arial. DURANT, Will. *A História da Civilização V III. A Era de Luís XIV. Um História da Civilização Européia no Período de Pascal*, Molière, Cromwell, Milton, Pedro, o Grande, Newton e Spinoza: 1648-17158. Rio de Janeiro: Record, 1981.p. 161.

<sup>28</sup>“Em 1653, foi dissolvido o que restava do Longo Parlamento. Um nova Constituição deu Cromwell o título de Lorde Protetor. Tinha poderes tão tirânicos quanto os da monarquia. Ofereceram-lhe a coroa, mas ele recusou: já era soberano e podia até fazer o sucessor. Cromwell governou com rigidez e intolerância, impondo sua idéias puritanas. O filho Richard Cromwell o substituiu após a morte em 1658 e, pouco firmeza, foi facilmente deposto em 1659.”ARRUDA, José Jobson de A. PILETTI, Nelson. Op. cit. 1995.p. 177.

<sup>29</sup>“Com o apoio do general Monk, comandante das tropas da Escócia, o Parlamento – Convenção proclamou Carlos II rei em 1660. Com poderes limitados, ele se aproximou de Luís XIV da França, tornando-se suspeito para o Parlamento.” Idem.

sustentada por um Parlamento que tinha, agora, o poder de se fazer obedecido.<sup>30</sup>

É nesta efervescência política que a época moderna reinaugura o constitucionalismo, ocorrido primeiramente na Inglaterra, onde, neste caso, a limitação do poder político do soberano se desenvolveu de forma revolucionária, tendo como fim a deflagração de uma Carta de Direitos, a qual foi símbolo da preservação de direitos dos cidadãos ingleses, e marcou de forma emblemática o fim da monarquia absolutista inglesa e a consolidação do Parlamento. Tal acontecimento viria a influenciar as revoluções americana e francesa do século XVIII.

#### 2.1.4 O Constitucionalismo Norte Americano do século XVIII

A Revolução Americana (1776) foi um movimento de independência política realizada pelos colonos ingleses na América do Norte, em face da metrópole britânica, a qual impunha restrições a realização dos seus interesses econômicos. Os conflitos de interesses iniciaram-se após o término da Guerra dos Sete Anos<sup>31</sup>, a qual deixou o tesouro britânico comprometido, pois a Inglaterra teve que arcar com despesas muito elevadas advindas do conflito. Devido a tais circunstâncias, a coroa britânica criou leis tributárias, como a Lei do Açúcar (Sugar Act) e a Lei do Selo (StampAct), as quais forçariam os colonos a pagarem pelo prejuízo. CASTRO explica.

[...] a Inglaterra havia saído de uma guerra com a França (a Guerra dos Sete Anos – 1756/1763) e, embora vitoriosa, teve enormes gastos com a campanha militar e desejava que a colônia contribuísse para cobrir esse problema orçamentário. Taxas foram aumentadas como a do açúcar (Sugar Act de 1764) e a do selo (StampAct de 1765 – que exigia que todos os documentos fossem selados bem como jornais, baralhos, etc. A renda obtida no pagamento desses selos iria para o governo inglês). Essas medidas, além de visarem cobrir despesas, era uma forma de retaliação contra os colonos que, na Guerra dos Sete Anos, ajudaram os Franceses. A reação do

---

<sup>30</sup>BURNS, EdwarMacNall. MEACHAN, Standish. LERNER, Robert E. Op. cit. p.434.

<sup>31</sup>“O crescimento econômico do comércio colonial fez a Inglaterra mudar de política. Um dado conjuntural contribuiu para a mudança: A *Guerra dos Sete Anos* (1756-1763), entre Inglaterra e França. Vencedora, a Inglaterra se apossou de grande parte do Império Colonial Francês, especialmente a oeste das treze colônias americanas.”ARRUDA, José Jobson de A. PILETTI, Nelson. Op. cit. 1995.p. 183.

colonos foi imediata, já em 1765 reuniram-se em nova lorque (Congresso da Lei do Selo) e decidiram boicotar o comércio inglês. Os comerciantes então pressionaram o Parlamento, e a lei do Selo foi revogada, e a taxa do açúcar reduzida.<sup>32</sup>

Além disso, outras causas importantes contribuíram para a revolução como a intromissão britânica sobre as grandes extensões de terras adquiridas no oeste americano, resultante daquela guerra, onde os colonos não poderiam se estabelecer, bem como a existência da política mercantilista<sup>33</sup>, a qual limitava demasiadamente a liberdade de comércio da colônia com outras colônias não britânicas.

Alude a esta circunstância histórica CASTRO.

Até 1763 a Inglaterra incentivava a ocupação de terras a Oeste, como forma de combater as pretensões territoriais de Espanha e França. Com o fim da Guerra dos Sete Anos, o governo inglês ficou com o Canadá, o vale do rio Ohio e a margem do rio Mississipi, além de várias ilhas nas Antilhas e a Flórida, que pertencia à Espanha, que apoiou a França na guerra. Com todo o território, a Inglaterra inverteu sua política e proibiu que as terras a oeste das 13 Colônias fosse ocupada. Essas leis acabavam por decretar a falência tanto dos colonos pioneiros, que só conseguiram saldar sua dívidas com comerciantes ingleses ocupando novas terras. Mas a questão não era puramente econômica, era apenas um estopim. Como explicar uma Metrópole, como a Inglaterra, que fazia revoluções contra o rei e brandava igualdade (ainda que relativa), que afirmava – como no Bill of Rights – que nem o rei deveria estar acima da lei, subordinar a colônia deste jeito? Como explicar aos colonos, liderados por inteligências banhadas no iluminismo, que a liberdade da Inglaterra não era aplicável aos colonos?<sup>34</sup>

Neste Contexto, as relações entre as colônias e a coroa britânica, tornaram-se tensas, agravando-se com os acontecimentos do massacre de Boston e da Boston

---

<sup>32</sup>CASTRO, Flavia Lages de. **História do Direito**. Geral e do Brasil. 8 ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.p.225.

<sup>33</sup>“São bem conhecidas as causas da Revolução Americana, ou Guerra da Independência, de acordo com uma denominação mais exata. Em primeiro lugar dever ser colocada a oposição à política mercantilista do governo britânico, de que nos dão exemplo várias leis promulgadas pelo Parlamento com o fim de regular o comércio e arrecadar rendas.” BURNS, Edward McNall. **História da Civilização Ocidental**. Do Homem das Cavernas até a Bomba Atômica. O Drama da Raça Humana. V II. Porto Alegre:Globo, 1977.p. 764.

<sup>34</sup>CASTRO, Flavia Lages de. Op. cit. p.226.

Tea Party (1773), ensejando o início da guerra de independência. Com riqueza de detalhes BURNS argumenta.

Os incidentes que precipitaram o deflagrar da Revolução Americana são demasiadamente conhecidos para exigir grandes comentários. Em março de 1770 uma companhia de soldados ingleses, estacionada em Boston para proteger os funcionários britânicos, foi tomada de pânico e fez fogo sobre a multidão matinal. Ao dissipar-se a fumaça dos tiros verificou-se que quatro americanos jaziam mortos na neve. Foi esse o célebre massacre de Boston. Em dezembro de 1773 ocorreu a Boston Tea Party, em que um grupo de cidadãos disfarçados de índios lançaram ao mar uma partida de chá, como ato de represália contra o monopólio desse artigo, que o governo britânico havia concedido à poderosa Companhia das Índias Orientais.<sup>35</sup>

As colônias então, se reuniram e elaboraram o documento de Declaração de Independência (1776), a qual inaugurou o princípio de democracia no mundo, feito pelo Congresso Continental. Após a guerra, tornaram-se, as 13 colônias, independentes e foi ratificado os Artigos da Confederação (1778), tornando os 13 Estados independentes em uma confederação, onde cada Estado possuía autonomia política ilimitada. Comenta LENZA.

Os Estados resolveram formar, através de um tratado internacional, intitulado Artigos de Confederação, a Confederação dos Estados Americanos, um pacto de colaboração a fim de se protegerem das constantes ameaças da antiga metrópole inglesa. No aludido pacto confederado, permitia-se a denúncia do tratado a qualquer tempo, consagrando-se assim, o direito de retirada, de separação, de secessão do pacto.<sup>36</sup>

Destes acontecimentos, infere-se que a Revolução Americana surgiu como forma de libertação das colônias em face do governo tirânico e trouxe, ainda, a possibilidade da criação de um Estado fora dos moldes monárquicos com a fundação

---

<sup>35</sup>BURNS, Edward McNall. Op. cit.p. 766.

<sup>36</sup>LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo:Saraiva.p.246.

de um Estado Constitucional alicerçado na obediência a lei maior, a Constituição. Assinala, neste sentido BARROSO.

A primeira Constituição escrita do mundo moderno passou a ser o marco simbólico da conclusão da Revolução Americana em seu tríptico conteúdo: a) independência das colônias, b) superação do modelo monárquico, c) implantação de um governo constitucional, fundado na separação dos poderes, na igualdade e na supremacia da lei (rule of the Law). Em sua versão original, a Constituição não possuía uma declaração de direitos, que só foi introduzida em 1791, com as primeiras dez emendas, conhecidas como Bill of Rights.<sup>37</sup>

Certamente, não somente a Revolução Americana instituiu uma nova forma de Estado, com determinadas características, mas também, proclamou a maior delas, a legitimidade política desse novo Estado, residida na soberania popular, ou seja, no princípio democrático, preconizado na Declaração de Independência Norte Americana, a qual define que “os governos são instituídos entre os homens para garantir seus direitos naturais. E “toda vez que alguma Forma de Governo torna-se destrutiva (dos fins naturais da vida em sociedade), é Direito do Povo alterá-la ou aboli-la, e instituir uma nova forma de governo.”<sup>38</sup>

### 2.1.5 O Constitucionalismo na França do século XVIII

Ao passo em que ocorria o processo de independência das colônias inglesas nos fins do século XVIII, a França passava por um “imminente colapso financeiro, resultado das guerras dispendiosas e das extravagâncias reais”<sup>39</sup>. Tal colapso, levou a convocação dos representantes das três classes que formavam a sociedade francesa (clero, nobreza e burguesia). Para tentar solucionar a crise o Ministro Necker propôs que as duas primeiras classes pagassem impostos, pois somente a terceira o fazia. Após infrutíferas convocações dos Estados Gerais, o terceiro Estado se reuniu em Assembléia Constituinte realizando o juramento de que não se dispersariam até que a França tivesse uma Constituição. Segundo CASTRO.

---

<sup>37</sup>BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 39.

<sup>38</sup>COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. p.100.

<sup>39</sup>BURNS, Edward McNall. Op. cit. 1977.p. 605.

Para tentar achar um caminho para vencer a crise, o governo convocou representantes do Clero, da nobreza e da alta burguesia, era a Assembléia dos Notáveis de 1787. A proposta era o aumento dos impostos territoriais, o que foi recusado com veemência pelos nobres. O rei Luís XVI nomeou então um novo ministro e convocou a “Assembléia dos Estados Gerais” que não era convocada desde 1614. Em 9 de julho de 1789 a Assembléia Nacional tornou-se “Assembléia Constituinte”, sob juramento dos deputados de somente se dispersarem após dar a França uma Constituição.<sup>40</sup>

O estopim da Revolução veio com a queda da Bastilha, quando o Rei Luís XVI demitiu o ministro Necker, ávido por realizar a reforma do Estado. Tal sublevação viria a marcar o fim do absolutismo na França, a supressão dos direitos feudais e o reconhecimento dos direitos naturais do homem, sob a tríade da liberdade, igualdade e fraternidade, princípios da Revolução, que viriam a ser eternizados na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e com a primeira Constituição da França (1791). BURNS discorre.

Os resultados mais importantes da primeira fase da revolução Francesa foram as conquistas da Assembléia Nacional entre 1789 e 1791. O primeiro deles foi a destruição dos remanescentes do feudalismo. Aboliram-se expressamente os dízimos e as obrigações feudais dos camponeses. A servidão foi eliminada. Declararam-se extintos os privilégios de caça dos nobres, a isenção de impostos e os monopólios de toda sorte foram sacrificados como contrários a igualdade natural. Após derribar os privilégios a Assembléia consagrou-se ao preparo de uma carta de liberdades. O resultado foi a declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Parcialmente modelada pelo Bill of Rights dos ingleses e adotando os elementos dos filósofos liberais. Tanto a propriedade, como a liberdade, a segurança e a “resistência a opressão” são declaradas direitos naturais. Só em 1791 a Assembléia conseguiu completar a sua tarefa primordial de redigir uma nova constituição para o país. Além disso, o governo autocrático já era do passado.<sup>41</sup>

A revolução francesa teve com relação as demais, um caráter universal, havendo maior repercussão, expandindo seu ideal para toda a Europa, onde o

---

<sup>40</sup>CASTRO, Flavia Lages de. Op. cit. p.244-245.

<sup>41</sup>BURNS, Edward McNall. Op. cit. 1977.p. 607-609.

absolutismo iria ruir gradativamente. Sem dúvida a revolução francesa colocou um fim ao absolutismo e afirmou a limitação do poder político com base numa lei suprema, esta prescrevendo os direitos individuais sob a égide de um Estado liberal, ainda que na prática apenas a classe burguesa tivesse gozado de tais direitos<sup>42</sup>. COMPARATO corrobora, neste viés.

A declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, representa, por assim dizer, o atestado de óbito de Ancien Régime. Mas o caráter abstrato e geral das fórmulas empregadas, algumas delas lapidares, tornou a Declaração de 1789, daí em diante, uma espécie de carta geográfica fundamental para a navegação política dos mares do futuro, uma referência indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos.<sup>43</sup>

A Revolução francesa, abriu caminho para novos horizontes de pensamento político nos demais Estados, declarando não somente o cidadão como titular de direitos, mas também o homem, independente da nacionalidade. Contribuiu para a proliferação da institucionalização de um Estado que viria a ser o modelo dominante nos fins do século XIX e início do século XX, conhecido como Estado Constitucional Moderno.

### 3. O ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO E SEUS ASPECTOS FUNDAMENTAIS

O Estado Constitucional Moderno, inaugurado primordialmente nos Estados Unidos da América, França e Inglaterra, é marcado por determinadas características, que foram delineadas pelos movimentos revolucionários do século XVIII, que nos dizeres de SILVA são.

---

<sup>42</sup>“No seu início, a Revolução parecera acenar com promessas maravilhosas de igualdade e justiça para todos os cidadãos. Isto se aplica particularmente à Declaração dos Direitos, muito embora encarecesse ela a inviolabilidade da propriedade privada. Ao cabo, porém de três anos de revolução social e política, era tão difícil quanto antes ao operário urbano ganhar seu pão – senão mais difícil ainda, em vista da desorganização econômica. E não era só: depois de adotada a Constituição de 1791 o homem comum descobriu que nem mesmo votar podia. Tornava-se cada vez mais claro que ele não tinha feito outra coisa senão mudar de patrões.” BURNS, Edward McNall. Op. cit. 1977.p. 610.

<sup>43</sup>COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit.p.144.

(a) *Submissão ao império da lei*, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei, considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo de representantes do povo, cidadão, (b) *divisão de poderes*, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares. (c) *enunciado e garantia dos direitos individuais*. Essas exigências continuam a ser postulados básicos do Estado de Direito, que configura uma grande conquista da civilização liberal.<sup>44</sup>

A partir destas características típicas do Estado de Direito será traçada uma breve análise sobre cada uma delas, bem como, a corrente filosófica do direito que influenciou esta modelo de Estado.

### 3.1 A Teoria da Separação dos Poderes

A Teoria da separação dos poderes, em três poderes, foi concebido por Montesquieu em sua obra “Do Espírito das Leis (De L’Esprit des Lois, 1748), consistindo em uma das espécies de limitação do Poder Político, cujo escopo era a garantia dos direitos individuais, em especial a liberdade. Assim denota DALLARI: “A teoria da separação de poderes, que através da obra de Montesquieu se incorporou ao constitucionalismo, foi concebida para assegurar a liberdade dos indivíduos.”<sup>45</sup> Esta técnica consistiu na separação de poderes do Estado onde cada função seria exercida por órgãos independentes, chamados de órgãos legislativo, executivo e judiciário. Corrobora, ainda, neste viés o mesmo autor: “com Montesquieu, a teoria da separação de poderes já é concebida como um sistema em que se conjugam um legislativo, um executivo e um judiciário, harmônicos e independentes entre si.”<sup>46</sup>

Neste sentido, cada órgão desempenharia uma função típica, estabelecendo equilíbrio e controle no desenvolvimento de cada atividade, denominado de “freios e

---

<sup>44</sup>SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36 ed.. São Paulo: Malheiros, 2013.p.114-115.

<sup>45</sup>DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32 ed.. São Paulo:Saraiva, 2013.p.214.

<sup>46</sup>Ibidem, p.216.

contrapesos”<sup>47</sup>, onde o legislativo teria a função de criar leis, o executivo, nas palavras de Montesquieu, teria a função “das coisas que dependem do direito das gentes”<sup>48</sup> e judiciário “das que dependem do direito civil”<sup>49</sup>. Segundo NOJIRI.

Na conhecida versão de Montesquieu, o Poder Legislativo traduz-se na função de fazer leis, por um certo tempo ou para sempre, e de corrigir ou ab-rogar-se as que estão feitas. O Poder Executivo do Estado é o poder de fazer a paz ou a guerra, de enviar ou receber as embaixadas, de manter a segurança e de prevenir as invasões. O poder de julgar ou Poder Judiciário das coisas que dependem o direito civil é o de punir os crimes ou de julgar os litígios entre os particulares.<sup>50</sup>

A desconcentração do poder do Estado por meio da divisão de suas funções, teve como fito inicial enfraquecer o Estado, colocando-o numa postura de abstenção com relação aos direitos individuais conquistados, e, ainda, o fito de aumentar sua eficiência por meio dos órgãos especializados. Neste sentido, leciona DALLARI.

A teoria da separação dos poderes, com o fim exclusivo de proteção da liberdade, mais tarde seria desenvolvida e adaptada a novas concepções, pretendendo-se então que a separação dos poderes tivesse também o objetivo de aumentar a eficiência do Estado, pela distribuição de suas atribuições entre órgãos especializados. É importante assinalar que essa teoria teve acolhida e foi consagrada numa época em que se buscavam

---

<sup>47</sup>“O sistema da separação dos poderes, consagra nas Constituições de quase todo mundo, foi associado à idéia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo Poder Legislativo, consistem na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, particular. Sé depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas esta igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos gerais são praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência.” Ibidem, p.218.

<sup>48</sup>MONTESQUIEU. *De L'Espritdes Lois*. Livro VI.

<sup>49</sup>Idem.

<sup>50</sup>NOJIRI, Sérgio. *Neoconstitucionalismo versus Democracia*. Um olhar Positivista. Curitiba: Juruá, 2012.p.22.

meios de enfraquecer o Estado, uma vez que não se admitia sua interferência na vida social.<sup>51</sup>

Observa-se, portanto que a idéia de separação de poderes está intimamente ligada com a noção de constitucionalismo tendo este princípio constituído o alicerce dos Estados Constitucionais Modernos ao ser preconizados nas mais importantes Declarações de direito e nas Constituições Modernas, com o claro objetivo de evitar a formação de governos tirânicos que outrora havia se estabelecido durante a época moderna.

Assim, afirmaram a famosa Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo XVI que “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição” e a Declaração de Direitos Americanos de 1776, consta no parágrafo 5º “que os poderes executivo e legislativo do Estado deverão ser separados e distintos do judiciário”. Segundo DALLARI, a Constituição dos Estados Unidos, que dedica seu artigo 1º ao legislativo, o artigo 2º ao executivo e o 3º ao judiciário, não admite interferência recíprocas nem a transferência de poderes, ainda que parcial ou temporária.<sup>52</sup>

Ainda, corroborando com este pensamento, MADISON escreve num dos artigos de “O Federalista” que: “A acumulação de todos os poderes, legislativos, executivos e judiciais, nas mesmas mãos, sejam estas de um, de poucos ou de muitos, hereditárias, automeadas ou eletivas, pode-se dizer com exatidão que constitui a própria definição de tirania.”<sup>53</sup>

Entretanto, cumpre salientar que apesar de tal princípio estar presente nas declarações de direitos e nas Constituições Modernas, jamais a restrita separação de funções, descrita pela Teoria de Montesquieu foi posta e prática, pois cada Estado possui uma “característica normativa do princípio da separação dos poderes dependente da forma como está prevista em cada constituição”. No Brasil, por exemplo, cada órgão estatal desempenha suas funções típicas, mas também atípicas, o legislativo, segundo LENZA.

---

<sup>51</sup>DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. Cit. p.214.

<sup>52</sup>Ibidem, p.218..

<sup>53</sup>HAMILTON, Alexander. JAY, John. MADISON, James. **O Federalista**, XLVII. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1959.

Além de exercer uma função típica (legislar) inerente a sua natureza, exerce, também, uma função atípica de natureza executiva (ao dispor sobre sua organização, provendo cargos, concedendo férias, licenças a servidores etc) e outra função atípica de natureza jurisdicional (o Senado julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (artigo 52, I)).<sup>54</sup>

Conclui-se deste entendimento que entre os órgãos que representam o poder estatal pode haver, como há, a exemplo do Brasil, uma interligação entre estes órgãos, não havendo separação absoluta entre eles.

### 3.2 O Princípio da Legalidade

Além do princípio da separação dos poderes, o Estado Constitucional Liberal erigiu-se sob a égide da lei que serviu, também, como meio de impedir qualquer forma de violação aos direitos individuais, ora conquistados, limitando o poder político do Estado, tendo em vista o regime de épocas passadas.

De acordo com os ensinamentos de MARINONI.

O Estado Liberal de Direito, diante da necessidade de frear os desmandos do regime que lhe antecedeu, erigiu o princípio da legalidade como fundamento para a sua imposição. Esse princípio elevou a lei a um ato supremo, objetivando eliminar as tradições jurídicas do absolutismo e do ancien regime.<sup>55</sup>

Neste sentido, o direito surgiu como norma jurídica cuja deflagração era realizada pelo órgão legislativo onde a validade da regra jurídica residia apenas e tão somente na sua forma de produção. MARINONI argumenta.

O princípio da legalidade, assim, acabou por construir um critério de identificação do direito, o direito estaria na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a

---

<sup>54</sup>LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13 ed.. São Paulo:Saraiva, 2009.p.338-339.

<sup>55</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4 ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.p.25.

justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade de competência normativa.<sup>56</sup>

Neste viés, ao órgão judiciário caberia apenas o papel de reproduzir somente aquilo que a lei já havia determinado por meio de suas normas jurídicas, editadas pelo legislativo, com o claro escopo de impedir os abusos que poderiam surgir por meio do executivo e do judiciário, pois na era do absolutismo, muitos juízes eram arbitrários, cargos podiam ser comprados, como também eram hereditários. Portanto, o juiz não poderia interpretar a lei, apenas declará-la, exercendo, segundo Montesquieu um poder nulo, onde “os juízes de uma nação não são mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei.”<sup>57</sup> (bouche de La loi). Ao continuar ponderando, o mesmo autor.

O executivo somente poderia atuar se autorizado pela lei e nos seus exatos limites, e o judiciário apenas aplicá-la, sem mesmo poder interpretá-la. A transformação operada pelo Estado Legislativo teve a intenção de conter os abusos da administração e da jurisdição. Os juízes anteriores à Revolução Francesa eram tão comprometidos com o poder feudal que se recusavam a admitir qualquer inovação introduzida pelo legislador que pudesse prejudicar o regime. Os cargos de juízes não eram apenas hereditários, como também podiam ser comprados e vendidos, e daí a explicação natural para o vínculo dos tribunais judiciários com idéias conservadoras e próprias do poder instituído. Para Montesquieu o “poder de julgar” dos juízes ficaria limitado a afirmar o que jpa havia sido dito pelo legislativo, concluindo que o “poder de julgar” era um “poder nulo” (em quelquefacon, nulle).<sup>58</sup>

Analisa-se deste contexto, que o órgão legislativo tinha maior visibilidade que os demais poderes e não havia forma de fiscalizar qualquer abuso cometido por parte do órgão legislativo, pois o judiciário somente poderia afirmar o que já estava escrito na lei e o executivo somente poderia executar aquilo que havia sido determinado pelo judiciário, por isso, o Estado Constitucional Clássico, pode ser denominado também, de Estado Legislativo, pois apesar de haver a separação de funções entre os órgãos,

---

<sup>56</sup>Ibidem, p.27.

<sup>57</sup>Ibidem, p. 52.

<sup>58</sup>Ibidem, p.27-28.

o poder se concentrava no legislativo, o qual legitimava sua função com base na lei, no princípio da legalidade e na teoria da separação dos poderes.

### 3.3 Os Direitos Individuais e as Garantias Constitucionais

Os direitos individuais, também conhecidos como direitos fundamentais<sup>59</sup> de primeira dimensão<sup>60</sup>, são direitos que expressam a postura abstentista do Estado de Direito Moderno frente aos cidadãos, ou seja, frente a estes direitos o Estado não poderia intervir. Tais direitos são fruto do anseio de liberdade do indivíduo perante o Estado outrora autoritário, absoluto. Segundo SARLET.

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.”<sup>61</sup>

Os direitos de primeira dimensão são os “direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos”<sup>62</sup>.Correspondem a direitos naturais, como “os direitos à vida, à liberdade e

---

<sup>59</sup>“direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais.” BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed.. São Paulo:Malheiros, 2011.p.560.

<sup>60</sup>“Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um progresso cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10 ed.. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2009.p.45.

<sup>61</sup>Ibidem, p.46-47.

<sup>62</sup>BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p.563.

à igualdade perante a lei”<sup>63</sup>. Tais direitos foram complementados com o passar do tempo. Nos ensinamentos de SARLET.

São posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. Também, o direito de igualdade, entendido como igualdade formal (perante a lei) e algumas garantias processuais (devido processo legal, *habeas corpus*, direito de petição) se enquadram nesta categoria.<sup>64</sup>

Possuem, ainda, tais liberdades públicas, natureza jurídica correspondente a direitos subjetivos, ou seja, passíveis de serem sindicalizados quando forem violados perante a instituição competente. Corrobora, assim, FERREIRA FILHO.

Em termos técnicos – jurídicos essas liberdades são direitos subjetivos. São poderes de agir reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica a todos os seres humanos. E, eventualmente, entes a eles assimilados. Porém, são direitos subjetivos oponíveis ao Estado. Isto, antes de 1789 era desconhecido no direito positivo.<sup>65</sup>

As garantias são instrumentos jurídicos utilizados para a proteção dos direitos. Segundo FERREIRA FILHO.

Garantias são instrumentos ou meios de defender direitos específicos, provocando a atuação das instituições previstas para sua proteção (a estrutura de garantia institucional). Servem, assim para invocar a garantia institucional, em prol das garantias limites, constituindo, instrumento para proteção dos direitos fundamentais. Essas garantias *instrumentais* são, no Brasil, em face da garantia institucional judiciária, os chamados remédios, ações especiais constitucionalmente previstas. É o caso do *habeas corpus*, do mandado de segurança, do *habeas data*.

---

<sup>63</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p.47.

<sup>64</sup>Idem.

<sup>65</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Fundamentais**. 11 ed.. São Paulo: Saraiva, 2009.p.28-29.

Delas podem se aproximar a ação popular e as ações por que se efetiva o controle de constitucionalidade.<sup>66</sup>

Sendo assim, as liberdades públicas inauguram o elenco de direitos fundamentais nas Constituições Modernas, bem como as garantias, as quais são instrumentos constitucionais de proteção dos primeiros e não deixam de ser direitos fundamentais, igualmente.

### 3.4 A Corrente Jusfilosófica Predominante: O Positivismo Jurídico

O positivismo jurídico é uma corrente de pensamento que entende o direito como um conjunto de normas que regulam o comportamento da sociedade e que tais comandos são fruto de uma vontade política, sendo esta, o fundamento da causa existencial do direito. Segundo as reflexões de SABADELL.

As escolas positivistas entendem o direito como um sistema de normas (regras), que regulam o comportamento social. O direito então é elaborado com o intuito de governar. Ou seja, o direito é um instrumento de governo da sociedade. E por detrás desta ordem de “comando” está sempre uma vontade política. Significa que esta vontade existe e constitui a causa ou “fonte” do direito.<sup>67</sup>

Hans Kelsen, é o teórico do positivismo jurídico que criou a metodologia do positivismo e cujo pensamento jurídico influenciou diretamente a forma legalista de aplicação do direito no Estado Constitucional Moderno. Neste viés, explica SABADELL: “Este jurista, de origem austríaca (obra principal: Teoria Pura do direito, 1934), deu uma rigorosa fundamentação metodológica à visão positivista do direito.”<sup>68</sup>

Para Kelsen o direito é visto como uma ciência cujo único objeto é a análise da norma jurídica no ordenamento jurídico. Não há influência de qualquer outra ciência, seja ela histórica, sociológica ou política, por isso, não interessa ao magistrado, aplicador do direito ao caso concreto (por meio da técnica de subsunção do fato a

---

<sup>66</sup>Ibidem, p.32-33.

<sup>67</sup>SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica**. Introdução a uma Leitura Externa do Direito. 4 ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p.34.

<sup>68</sup>Ibidem, p.36.

norma), fazer qualquer análise crítica a lei sob o ponto de vista daquilo que é moralmente justo. Não poderá interpretá-la, realizando juízos de valor, pois seu papel é apenas aplicar a lei, já que o direito é uma ciência avaliativa, que tem por objeto a norma jurídica, não havendo a necessidade de determinar sua causa de criação, ou fazer qualquer juízo de justiça sobre a lei. Nas palavras de HESPANHA.

Todas as formas de positivismo têm em comum a recusa de quaisquer formas de subjetivismo ou de moralismo. O saber jurídico (agora a ciência jurídica) deve cultivar métodos objetivos e verificáveis, do gênero dos cultivados pelas ciências<sup>69</sup> duras, deles devendo ser excluídas todas as considerações valorativas (políticas, morais). Mas esse não era o da ciência, mas sim o da filosofia do direito ou da política do direito.<sup>70</sup>

Ainda, fundamentando com o pensamento acima, SABADELL.

Como diz Kelsen, o direito é o conjunto de normas em vigor e o estudo das mesmas deve ser realizado sem nenhuma interferência sociológica, histórica ou política. Apesar da sua concepção puramente jurídica do direito, Kelsen, não nega que existam classes e conflitos sociais, que incidem sobre a criação e aplicação do direito. Porém, o autor entende, que estes temas não são objeto da ciência jurídica, mas sim de outras disciplinas como a sociologia, a ciência política [...] Nesta perspectiva, as causas de criação de uma norma e o problema do respeito a ela na prática são fatos empíricos (origem e resultado da norma jurídica) que não interessam ao jurista, pesquisador da natureza da norma jurídica. Não compete ao jurista o estudo do

---

<sup>69</sup>“A evolução das ciências naturais e a sua elevação a modelo epistemológico lançaram a convicção de que todo saber válido se devia basear na observação das coisas, da realidade empírica (posta, positiva). De que a observação e a experiência deviam substituir a autoridade e a especulação filosofante como modos de saber. Este espírito atingiu o saber jurídico a partir das primeiras décadas do século XIX. Também ele, se quisesse merecer a dignidade da ciência, devia partir de coisas positivas e não de argumentos de autoridade (teológica ou doutoral) ou de especulações abstratas.

No campo do direito, este movimento integrava-se harmonicamente na campanha contra a incerteza e confusão do direito tradicional, disperso, casuística, dependente da teologia e da moral. Mas atingia também a proliferação de sistemas puramente especulativos de direito natural, surgidos no decurso do século XVIII.”HESPANHA, António Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia**. Fórum da História: Europa América, 1997.p.174.

<sup>70</sup>Ibidem,p.175.

comportamento humano ou das relações entre direito e sociedade.<sup>71</sup>

O positivismo também não se preocupava com a essência da norma jurídica e tão pouco com a possibilidade de haver lacunas no ordenamento jurídico, apenas com a devida observação ao procedimento de criação das normas jurídicas e a relação de hierarquia entre tais. MARINONI leciona.

O positivismo não se preocupava com o conteúdo da norma, uma vez que a validade da lei estava apenas na dependência da observação do procedimento estabelecido para sua criação. Além do mais, tal forma de pensar o direito não via lacuna no ordenamento jurídico, afirmando sua plenitude. A lei compreendia como corpo de lei ou como Código, era dotada de plenitude.<sup>72</sup>

Contudo, o positivismo jurídico foi a corrente filosófica do direito dominante, a qual justificou e fundamentou o Estado de Direito Moderno, entendendo o direito, apenas como um fato e não com um valor, a lei como única fonte do direito, o direito como um conjunto de normas que se sobrepõe de forma hierárquica, o direito como forma imperativa e o direito como ciência, cuja interpretação deve ser mecanicista, ou seja, apenas declarativa, sem que haja criação. Esta visão positivista do direito será objeto de repúdio perante a doutrina contemporânea do novo Direito Constitucional, chamada de neoconstitucionalista ou pós-positivista, a qual será analisada no capítulo posterior.

#### 4. CONSTITUIÇÃO

A Constituição é o documento legislativo fundamental do Estado Constitucional. De regra, escrito, onde, do ponto de vista político se institui o Estado e do ponto de vista jurídico se estabelece a forma de organização política do Estado, bem como, os direitos fundamentais, as finalidades e os valores almejados pela vontade geral da sociedade que compõe o Estado. Assim BARROSO explica.

---

<sup>71</sup>SABADELL, Ana Lúcia. Op. cit.

<sup>72</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p.32.

A Constituição, portanto, cria ou reconstrói o Estado, organizando e limitando o poder político, dispondo acerca de direitos fundamentais, valores e fins públicos. Como regra geral, terá forma de um documento escrito e sistemático, cabendo-lhe o papel, decisivo no mundo moderno, de transportar o fenômeno político para o mundo jurídico, convertendo o poder em Direito.<sup>73</sup>

Nesta ótica, a Constituição é a lei fundamental de um Estado onde estão preconizados as formas de limitação do poder político. Tais formas de limitação são denominadas de materiais e formais.

#### 4.1 Limitação Material do Poder Político

A limitação do poder político material é aquela que está constituída nas normas jurídicas constitucionais, as quais prescrevem a organização do poder político, os direitos fundamentais, princípios e valores, vetores da vontade social de um Estado. Pontifica LENZA.

O conceito de constituição pode ser tomado em sentido material como formal. Materialmente constitucional será aquele texto que contiver as normas jurídicas fundamentais e estruturais, a organização de seus órgãos, os direitos e garantias fundamentais. Formal, por seu turno, será aquela constituição que elege como critério o processo de sua formação, e não o conteúdo de suas normas.<sup>74</sup>

As limitações materiais da Constituição, representam o “espírito da Constituição”<sup>75</sup>, ou seja, a essência da Constituição (valores e direitos fundamentais da ordem constitucional), que deverá ser preservada, onde, não se poderá, em tese, sofrer nenhuma reforma constitucional. Neste sentido a doutrina se divide com a possibilidade ou não da dupla revisão<sup>76</sup>. Neste viés, a argumentação contra a dupla

---

<sup>73</sup>BARROSO, Luís Roberto. Op.cit.p. 97-98.

<sup>74</sup>LENZA, Pedro. Op.cit. p.40.

<sup>75</sup>HÄBERLE, Peter. **L'Etat Constitutionnel**, 2004.p.125.

<sup>76</sup>“Numa postura só aparentemente intermédia, afirma-se a validade dos limites materiais explícitos, mas, ao mesmo tempo, entende-se que as normas que os preveem, como normas de Direito positivo que são, podem ser modificadas ou revogadas pelo legislador da revisão constitucional, ficando. Assim, aberto o caminho para, um momento ulterior, serem removidos os próprios princípios correspondentes

revisão reside no sentido de que o poder constituído<sup>77</sup> é limitado àquilo que foi prescrito pelo poder constituinte originário<sup>78</sup>, cuja função é instaurar uma nova ordem jurídico-política com base na soberania popular, não podendo, portanto, aquele poder inaugurar novos preceitos e valores essenciais à ordem já instaurada. MIRANDA assinala.

O poder de revisão, porque criado pela Constituição e regulado por ela quanto ao modo de se exercer, porque o poder constituído, tem necessariamente de se compreender dentro dos seus parâmetros, não lhe compete dispor contra as opções fundamentais do poder constituinte originário. A faculdade de reformar a Constituição é a faculdade de substituir um ou várias regras legal-constitucionais por outra ou outras, no pressuposto de que fiquem garantidas a identidade e a continuidade da Constituição considerada como um todo. Não é faculdade de fazer nova Constituição, nem de substituir o próprio fundamento da competência de revisão. A função do poder de revisão não é de fazer novas Constituições, mas o inverso: guardá-las e defendê-las, propiciando a sua acomodação a novas conjunturas. Por isso, a adaptação que ele viabiliza, tendo caráter instrumental em relação à conservação do tipo de Estado existente, nunca pode sacrificar a forma essencial deste.<sup>79</sup>

Por outro lado, há argumentos pró-dupla revisão dos limites materiais, também denominados de cláusulas pétreas ou de intangibilidade, cujo fundamento estaria no sentido de que ambos os poderes são expressão da soberania popular, não havendo

---

aos limites. Nisto consiste a tese da dupla revisão ou duplo processo de revisão.” MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Editora Coimbra, 2002.p.603.

<sup>77</sup>“[...] o poder constituinte constituído ou derivado, é órgão constitucional, conhece limitações tácitas expressas, se define como poder parcialmente jurídico, que tem por objeto a reforma do texto constitucional. Deriva da necessidade de conciliar o sistema representativo com as manifestações diretas de uma vontade soberana, competente para alterar os fundamentos institucionais da ordem estabelecida.” BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p.146.

<sup>78</sup>“[...] o poder constituinte originário [...] faz a Constituição e não se prende a limites formais: é essencialmente político ou, se quiserem, extrajurídico. Politicamente é o poder constituinte um poder supra legem ou legibus solutus, um poder a que todos os poderes constituídos têm necessariamente de dobrar-se ao exercer ele a tarefa extrajurídica de criar a Constituição. O poder constituinte, tomado assim por esse aspecto – o político- só tem uma função capital: a de fazer que a Nação ou o Povo, os governados enfim, sejam os sujeitos da soberania. Sua criação teórica se explica desse modo pelo objetivo e necessidade de atalhar usurpações: usurpações de pessoas e grupos, de minorias ocasionais que, em dano da coletividade nacional, e popular, venham em proveito próprio monopolizar o poder ou instituir sistemas autocráticos de organização política e social ordinariamente divorciados da presença e da participação dos governados.” Ibidem, p.146-149.

<sup>79</sup>MIRANDA, Jorge. Op. cit. p.599-600.

diferenças entre normas constitucionais originárias e supervenientes, não sendo possível que gerações futuras se sujeitem as leis das gerações anteriores. MIRANDA expõe as contrarrazões de outra parte da doutrina.

Inversamente, aqueles que impugnam a legitimidade ou a eficácia jurídica das normas de limites materiais aduzem a inexistência de diferença de raiz entre poder constituinte e poder de revisão – ambos expressão da soberania do Estado e ambos, num Estado democrático representativo, exercidos por representantes eleitos, a inexistência de diferença entre normas constitucionais originárias e supervenientes – uma das outras, afinal, inseridas no mesmo sistema normativo. Um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de modificar a sua Constituição e nenhuma geração pode sujeitar as gerações futuras às suas leis.<sup>80</sup>

Essa restrição a reforma material da Constituição, denominada de cláusulas de intangibilidade, surgiu, primeiramente, na Constituição Americana (1787), onde em seu artigo 5º preconizou que todo Estado deveria ter sua igualdade de sufrágio perante o Senado sem sofrer nenhuma privação.

Seguindo a mesma orientação americana, outras restrições materiais surgiram nas Constituições francesa (1884), italiana (1948) e alemã (1949), ligadas a forma de governo, o Estado Democrático e a dignidade do homem.

A fundamentação para que haja limitação do poder político do constituinte derivado reformador sobre as cláusulas de intangibilidade pairam sobre a identidade da Constituição, a qual somente poderá ser restringida, modificada com a aprovação do constituinte originário, ou seja, do povo.

Leciona BARROSO:

É legítimo que o constituinte originário,- isto é, o povo – estabeleça limites ao constituinte derivado – isto é, aos representantes do povo -, de modo que alterações profundas e radicais exijam nova manifestação do titular da soberania: o povo, o constituinte originário.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup>Ibidem, p.601-602.

<sup>81</sup>BARROSO, Luís Roberto. Op, cit.p. 184.

Também, como alicerce ao fundamento da existência das cláusulas de intangibilidade está a proteção da democracia, onde a vontade da maioria fica limitada por tais justamente para proteger a própria democracia contra interesses que possam, nas palavras de VIEIRA destruir a:

reserva básica de justiça constitucional de um sistema, um núcleo básico que organize os procedimentos democráticos, como mecanismo de realização da igualdade política e do qual possam ser derivados as liberdades, garantias legais, inclusive institucionais e os direitos às condições materiais básicas.<sup>82</sup>

Para estabelecer um liame, no mesmo sentido, BARROSO:

Os limites materiais tem por finalidade, precisamente, o poder de disposição das maiorias parlamentares elementos tidos como pressupostos ou condições indispensáveis ao funcionamento do Estado constitucional democrático. As cláusulas pétreas ou de intangibilidade são a expressão mais radical de autovinculação ou pré-compromisso, por via do qual a soberania popular limita o seu poder no futuro para proteger a democracia contra o efeito destrutivo das paixões, dos interesses e das tentações. Funcionam, assim como reserva moral mínima de um sistema constitucional.<sup>83</sup>

Em quase todas as Constituições brasileiras se verificou, também, a prescrição de cláusulas pétreas, como na Constituição de 1891, em que havia limitação do poder de revisão quanto a forma de governo republicano, federação e igualdade de representação no Senado. As demais Constituições brasileiras, de 1934, 1946, 1967 e 1969, com exceção da de 1937 mantinham as cláusulas pétreas como proteção a república e a federação. Afirma o mesmo autor

A primeira Constituição brasileira a conter limitação material expressa ao poder de revisão foi a de 1891, que concedia proteção especial à república, à federação e à igualdade de representação dos Estados no Senado. À exceção da Carta de 1937, as Constituições subseqüentes à primeira Constituição republicana – 1946, 1967 e 1969 – mantiveram a república e a

---

<sup>82</sup>VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**. 1ed..São Paulo: Malheiros, 1999.p.230.

<sup>83</sup>BARROSO, Luís Roberto. Op. cit.p. 185.

federação como cláusulas pétreas. Na Constituição de 1988 a matéria vem tratada no art.60, parágrafo 4º que não faz menção à república.<sup>84</sup>

Atualmente, na Constituição de 1988, as cláusulas de intangibilidade vem preconizadas no artigo 60, parágrafo 4º, onde preconiza que: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa do Estado<sup>85</sup>, II – o voto direto, secreto, universal e periódico<sup>86</sup>, III – a separação dos poderes<sup>87</sup> e IV –os direitos e garantias fundamentais<sup>88</sup>.”<sup>89</sup>

---

<sup>84</sup>Ibidem,p. 190-191.

<sup>85</sup> “O federalismo baseia-se na união de coletividades políticas autônomas. Quando se fala em federalismo em Direito Constitucional, quer-se referir a uma forma de Estado, denominada federação ou Estado Federal. A federação consiste na união de coletividades regionais autônomas que a doutrina chama de Estados Federados, Estados Membros ou simplesmente Estados, nessa composição entram outros elementos, como Territórios Federais e o Distrito Federal, e, no sistema brasileiro, há que se destacar ainda, os Municípios. Os Estados federados são titulares tão só de autonomia, compreendida como governo próprio dentro do círculo de competências traçadas pela Constituição Federal. A autonomia federativa assenta-se em dois elementos básicos: (a) na existência de órgãos governamentais próprios, isto é, que não dependam dos órgãos federais quanto a forma de seleção e investidura, (b) na posse de competência exclusivas, um mínimo, ao, ao menos, que não seja ridiculamente reduzido. A repartição de competências entre União e os Estados Membros constitui o fulcro do Estado Federal, e dá origem a uma estrutura estatal complexa, que se apresenta, a um tempo, aspectos unitário e federativo. É unitário, enquanto possui um único território que, embora dividido entre os Estados-membros, está submetido ao poder da União no exercício da competência federal, e aí de uma só população, formando um único corpo nacional, enquanto regida pela Constituição e legislação federais. É federativo (associado), enquanto cabe aos Estados-membros participar na formação da vontade dos órgãos federais (especialmente no Senado Federal, que se compõe de representantes dos Estados, art. 46 da Constituição, e também pela participação das Assembléias Legislativas estaduais no processo de formação das emendas constitucionais, art. 60, III.)” SILVA, José Afonso da. Op. cit. p.101-103.

<sup>86</sup> “Ao voto secreto visa proteger a liberdade de participação política, universal, abriga a idéia de igual participação de todos e o caráter periódico, que é o controle popular e a alternância do poder.” BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 196.

<sup>87</sup> “A divisão de poderes fundamenta-se, pois em dois elementos: (a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função, assim, às Assembléias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função legislativa, ao, Executivo, a função executiva, ao Judiciário, a função jurisdicional, (b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros”. SILVA, José Afonso da. Op. cit. p.111.

<sup>88</sup> “direitos fundamentais são os direitos, jurídico-institucionais garantidos e limitados espacio-temporalmente. As clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção de seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade [...]” CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. 7 ed.. Coimbra: Almedina, 2003.p.393-396.

<sup>89</sup> CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988.

## 4.2 Limitação Formal do Poder Político

Já a limitação formal do poder político é aquele dado a forma como as normas jurídicas constitucionais ingressam no ordenamento jurídico. Tal forma é realizada por meio de um processo legislativo dificultoso, o que o diferencia do processo legislativo das demais normas. Segundo o entendimento de LENZA.

Em se tratando do sentido formal, qualquer norma que tenha sido introduzida por meio de um procedimento mais dificultoso (do que o procedimento de elaboração das normas infraconstitucionais), por meio de um poder soberano, terá natureza constitucional, não importando seu conteúdo (vale dizer, tornando-se o sentido formal, o que nos interessa é a forma de nascimento da norma).<sup>90</sup>

Na atual Constituição brasileira de 1988, os requisitos para a realização de emendas à Constituição, configurando o aspecto formal de limitação do poder político, ocorre conforme a iniciativa, quórum de votação e quanto ao seu procedimento legislativo. BARROSO explica:

A Constituição em vigor, promulgada em 5 de outubro de 1988, são os seguintes requisitos formais de aprovação de emendas constitucionais: a) iniciativa: a reforma do texto constitucional depende da iniciativa: (i) de 1/3 (um terço) dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, (ii) do Presidente da República, ou (iii) de mais da metade das Assembléias Legislativas dos Estados, b) Quórum de aprovação: 3/5 (três quintos) dos votos dos membros de cada Casa do Congresso, c) Procedimento: discussão e votação em cada Casa, em dois turnos.<sup>91</sup>

Caso a proposta de emenda a Constituição seja rejeitada, a matéria não poderá ser novamente apresentada na mesma sessão legislativa. SE aprovada, esta será promulgada pelas mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Tal não poderá sofrer veto presidencial, apenas quando for de iniciativa do mesmo. Segundo BARROSO.

---

<sup>90</sup>LENZA, Pedro. Op. cit.p.26.

<sup>91</sup>BARROSO, Luís Roberto. Op. cit.p. 180.

Se a proposta de emenda vier a ser rejeitada ou ser tida por prejudicada, a matéria dela constante não poderá ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa, isto é, no mesmo ano daquela legislatura. Se aprovada, a emenda será promulgada pelas mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Emenda constitucional não está sujeita a sanção do Presidente da República, cuja participação somente se dará no caso de ser dele a iniciativa do projeto.<sup>92</sup>

Assim conclui-se que a Carta Constitucional de 88 detona uma rigidez e exige atos de reforma constitucional complexos, os quais limitam o poder político no que tange a uma possibilidade de mudança casuística da Constituição. Este aspecto formal das normas jurídicas constitucionais colocam o texto magno em posição de superioridade perante o ordenamento jurídico. “A rigidez distingue poder constituinte dos poderes constituídos [...] em que a Constituição aparece como um conjunto de normas matrizes do ordenamento jurídico, em posição de prevalência sobre os atos normativos que não de nela encontrar fundamento último.”<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup>Idem.

<sup>93</sup>MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed.. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 62.

## 5. O NEOCONSTITUCIONALISMO

### 5.1 ORIGEM HISTÓRICA

O Estado Liberal Moderno surgiu em decorrência dos movimentos revolucionários do século XVIII ocorridos na Europa e na América do Norte e teve como fundamento os valores contemplados nesses movimentos sócio políticos, tais como a legitimidade democrática de Estado, a separação dos poderes e a tutela de direitos individuais. Este modelo de Estado não intervencionista não tardou muito para ser substituído por um modelo de Estado que pudesse concretizar os anseios de uma população menos favorecida e assolada pelas dificuldades financeiras<sup>94</sup> trazidas pelas consequências inevitáveis da Revolução Industrial. Segundo os ensinamentos de CANELA JUNIOR.

O modelo do constitucionalismo liberal preocupa-se, com a exclusividade, em proteger o indivíduo da ingerência do Estado, não lhe carregando qualquer orientação finalística em termos de ação governamental. Este estado de coisas altera-se com o fenômeno histórico da Revolução Industrial, cuja expansão tecnológica permitiu a produção e o consumo em massa, bem como a integração global da informação. A transição entre Estado Liberal e o Estado Social promoveu alteração substancial quanto à concepção de Estado e de sua finalidade.<sup>95</sup>

Tal revolução trouxe a criação de um novo cenário social, econômico e político, como a crescente população carente, miserável e sem condições de prover suas necessidades básicas. O aumento da riqueza e do imperialismo e a manifestação das idéias totalitárias de Estado com base num modelo arbitrário de governo, que mais

---

<sup>94</sup>“Ao mesmo tempo que a produção crescia velozmente, beneficiando os capitalistas, a miséria e a exploração colhiam os que, juridicamente livres e iguais em direitos aos donos das máquinas, deviam alugar-se aos mesmos para ter o pão de que viver. As máquinas, por fazerem o serviço anterior de muitas pessoas, aumentavam os braços disponíveis para um mercado de trabalho que crescia menos rapidamente que o das disponibilidades. A concorrência pelo emprego forçava o desempregado a aceitar salários ínfimos para tempo de serviço longo. Forçava a dissolução da família, obrigando a esposa a empregar-se, bem como os filhos, embora crianças, para que houvesse alimento para todos. Assim, o enriquecimento global redundava na prosperidade acrescida, e muito, de alguns e na miséria também acrescida, e muito, da maioria.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit.p.285.

<sup>95</sup>CANELA JUNIOR, Osvaldo. Controle Judicial de Políticas Públicas. São Paulo:Saraiva, 2011.p.70.

tarde levaria a ocorrência das duas Grandes Guerras Mundiais. Continua a ponderar CANELA JUNIOR.

Até um determinado ponto da história, a proteção dos direitos fundamentais de primeira geração foi o principal alvo de preocupação da teoria política. Entretanto, as consequências econômicas do uso das máquinas, durante a Revolução Industrial, provocaram uma enorme expansão da riqueza e o surgimento do imperialismo econômico. O século XX foi o palco da expansão industrial e da produção em massa. A concentração de riqueza acabou gerando gigantescos bolsões de miséria nas classes inferiores, permitindo, a expansão das idéias totalitárias, amparadas em um sistema arbitrário de referência, como as consequências nefastas das duas grandes guerras mundiais.<sup>96</sup>

Após o cenário nefasto de aniquilação dos direitos humanos ora conquistados, carregado pelas Guerras Mundiais, especialmente a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), desponta um Estado preocupado em garantir melhores condições de vida aos menos favorecidos, quando passa a tutelar novos direitos, os chamados direitos sociais e, também, por consequência a proteção da dignidade humana, tendo como parâmetro um novo modelo ético de referência<sup>97</sup>. Seguindo a linha de raciocínio, o mesmo autor.

A reação a este estado de coisas foi a opção pela adoção, em âmbito mundial, de um novo sistema ético de referência, baseado na proteção intransigente dos direitos humanos. Neste cariz, o reconhecimento de que a miséria era as causas determinantes para o surgimento de idéias totalitárias ensejou a afirmação do direito de igualdade como princípio da ordem substancial.<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup>Ibidem, p.70-71.

<sup>97</sup>“A análise histórica dos direitos humanos revela que sua concepção lastreia-se basicamente em dois sistemas de referência: o ético e o arbitrário. O primeiro reconhece no homem um centro de irradiação contínua de direitos não suscetíveis de restrição, senão por consenso de toda a comunidade e com vistas a proteção do bem comum. O segundo, embora admitindo a irradiação desses direitos, concebe a possibilidade de restrição, quando não o seu completo aniquilamento, consoante o interesse arbitrário das forças políticas dominantes.”Ibidem, p.32.

<sup>98</sup>Ibidem, p.71.

É neste contexto histórico que nasce a idéia de um novo paradigma constitucional, ancorado na idéia de reaproximação do direito com a moral, onde o direito deixa de ser analisado sob o ponto de vista estritamente positivista, ou seja, apenas como um sistema duro de regras, no qual, não há qualquer conteúdo moral nas normas jurídicas constitucionais. Esta linha de pensamento jusfilosófico, já analisado em capítulo anterior, calcada apenas na lei, permitiu a ascensão dos regimes nazista e fascista, os quais promoveram uma série de atos bárbaros e cruéis contra o ser humano em nome da lei. AGRA leciona.

O neoconstitucionalismo introduz em sua seara uma remoralização do fenômeno jurídico, mitigando a separação entre direito e moral. Como o direito é um fato social, ele não pode ser analisado de forma neutra, necessitando de uma análise que leve em conta valores que permeiam a sociedade. A remoralização do Direito decorre da premência de se garantir uma maior legitimidade ao ordenamento jurídico que não mais pode auferir, de forma exclusiva, por intermédio de dispositivos normativos, sua justificação. Em decorrência dos preceitos morais, o ordenamento jurídico passa a operar com determinados parâmetros de justiça que garantem uma maior justificação de seus postulados.<sup>99</sup>

Outrossim, BARROSO argumenta:

Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e a do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente.<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup> AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e Superação do Positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri. DUARTE, Écio Oto. **Teoria do Direito Neoconstitucional**. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?. São Paulo: Método, 2008.440-431.

<sup>100</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro** (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo).p.26.

As novas Cartas Constitucionais, ao promoverem um novo modelo de Estado, conhecido como Estado Democrático de Direito, passam a existir como lei suprema, cujas normas são dotadas de força normativa, tendo em vista o conteúdo material de grande relevância que tutelam. Assim, qualquer lei inferior contida no ordenamento jurídico que com ela entre em conflito deve ser expurgado do sistema legal.

Neste viés, para guardar os preceitos relevantes das novas Constituições contra atos normativos ou leis contrárias aos seus fundamentos o Poder Judiciário toma novos contornos, como a da fiscalização destas leis, por meio do controle de constitucionalidade realizado pela Corte Constitucional e a busca da efetivação dos direitos fundamentais agasalhados na Lex Legum, por meio de uma nova hermenêutica fundada na ponderação dos princípios normativos constitucionais, pois o texto constitucional passa a ser um documento não apenas de regras, onde os fatos devem se subsumir a tais, mas também de princípios abertos, indeterminados com alto conteúdo axiológico, cuja interpretação permite ao magistrado criar e renovar o direito por meio da observância dos valores constitucionais promulgados democraticamente pela vontade geral. EMERIQUE explica

O neoconstitucionalismo articula-se como um conjunto composto por uma multiplicidade de ideias que supera, o legalismo estrito do positivismo normativista, sem cair na fundamentação de razão subjetiva do jusnaturalismo. Os marcos desse modelo podem ser vislumbrados na ascensão de valores, no reconhecimento da normatividade dos princípios e no peso atribuído aos direitos fundamentais.<sup>101</sup>

O pensamento jurídico constitucional denominado de neoconstitucionalismo se constitui desta nova roupagem dada ao direito, a qual não abandona os fundamentos do Estado de Direito Moderno, mas dá a este uma nova forma de interpretar o direito dentro de um ótica moral, tendo como referência ética, os direitos fundamentais. Tal pensamento jurídico, também é conhecido como pós-positivista, pois a leitura ética das normas constitucionais não era albergada no modelo de Estado Constitucional Moderno, onde apenas se dava ênfase a uma interpretação silogística do direito, na

---

<sup>101</sup> EMERIQUE, Lilian Balmant. **Neoconstitucionalismo e alguns elementos das percepções contemporâneas da hermenêutica constitucional.** In: QUARESMA, Regina. OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. p. 664.

qual cabia ao órgão jurisdicional apenas aplicar a lei sem que houvesse uma interpretação da norma com base na observância dos direitos fundamentais, pois a Constituição não possuía força normativa. Pondera, neste sentido NOJIRI

O neoconstitucionalismo, na realidade, não se opõe a todos os pontos fundamentais do constitucionalismo, como se poderia supor à primeira vista. Ele não questiona a superioridade da constituição, ao contrário, afirma que há um “efeito expansivo” das normas constitucionais cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico, o que leva conseqüentemente à crença de que também não é contra o controle de constitucionalidade das leis. Da mesma forma, o neoconstitucionalismo não se opõe ao sistema de proteção dos chamados direitos humanos, chegando mesmo a pregar sua incorporação. Não se trata de um repúdio ou abandono de valores e ideais constitucionais do passado, mas de uma particular proposta metodológica destinada a analisá-los.<sup>102</sup>

Então, esta nova teoria do direito constitucional vem agregar ao positivismo vigente nova forma de aplicá-lo com base em uma leitura moral, tendo em vista o novo modelo de Estado que passou a possuir novas atribuições e uma Constituição vista como o ápice do ordenamento jurídico obrigando o poder político a observá-lo, bem como, atribuindo novo papel ao órgão judiciário, um judiciário mais participativo, justamente para que as finalidades do Estado possam ser concretizadas.

### 5.2 CARACTERÍSTICAS

Como visto, o neoconstitucionalismo surgiu em reação ao um contexto histórico, o qual permitiu se fazer uma nova leitura do direito sobre os institutos criados pelo constitucionalismo moderno alicerçada em valores morais, que, a priori, não eram observados na interpretação constitucional positivista, quais sejam: introdução de princípios constitucionais na Carta Magna, o método da ponderação, a força normativa da Constituição e a onipotência do Judiciário frente ao legislador ordinário. NOJIRI explana:

---

<sup>102</sup>NOJIRI, Sérgio. *Ibidem*, p.47-48.

É possível afirmar, dessa forma, que o confronto entre o “velho” e o “novo” constitucionalismo não se dá na forma como são aceitos, mas na forma como são compreendidos e utilizados os institutos da separação dos poderes, da supremacia da constituição e os direitos humanos. Para os neoconstitucionalistas, a interpretação e a concretização desses institutos exigem uma nova teoria do direito, de cunho ético e moral, que o positivismo jurídico não teria condições de proporcionar.<sup>103</sup>

Os principais postulados neoconstitucionalistas são: “Mais princípios que regras, mais ponderação que subsunção, onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços externos em favor da opção legislativa ou regulamentadora, onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário.”<sup>104</sup>

### 5.3 Diferença entre princípios e regras

A doutrina do pós-positivismo trouxe um novo adendo para interpretação da Constituição, ao inserir nos textos constitucionais princípios com força normativa, onde as normas jurídicas passaram a ser consideradas não apenas regras, mas também princípios. A partir deste viés, houve a necessidade de se distinguir regras de princípios com o escopo de trazer solução para os problemas de interpretação da norma jurídica ao caso concreto, a qual era baseada, anteriormente, apenas na subsunção do fato a norma, pois a teoria positivista apenas analisava o direito como sendo apenas regra. Reafirma tal pensamento OLSEN:

Foi a partir da distinção entre regras e princípios que uma série de problemas decorrentes da aplicação das normas de direitos fundamentais passaram a encontrar uma justificação racional, já que os critérios positivistas de subsunção se mostravam insuficientes para a solução dos casos concretos.<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup>Ibidem, p.51.

<sup>104</sup>Idem.

<sup>105</sup>OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**. Efetividade frente a Reserva do Possível. Curitiba: Juruá, 2008.p.63.

Para melhor compreender esta máxima a respeito da distinção entre regras e princípios normativos presentes na ótica do direito constitucional contemporâneo é importante realizar um breve apanhado a cerca das normas jurídicas, sua estrutura, as características das normas constitucionais, bem como, compreender o conceito e estrutura dos princípios.

#### 5.4 Norma Jurídica e seu conceito

O direito é um fenômeno prescritivo, ou seja, prescreve como deve ser a forma de conduta do homem em sociedade com o fito de garantir a ordem social, e o faz, neste sentido, por meio das normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico de um Estado, sendo sua observação obrigatória. DINIZ discorre:

A norma jurídica é, sem dúvida, uma norma de conduta, no sentido de que seu escopo direto ou indireto é dirigir o comportamento dos indivíduos particulares, das comunidades, dos governantes e funcionários no seio do Estado e do mesmo Estado na ordem internacional. Ela prescreve como se deve orientar a conduta de cada um, sendo portanto, prescritiva ou diretiva.<sup>106</sup>

As normas jurídicas impõe, não somente, um “dever ser” ao cidadão, uma forma de conduta, mas também, prescrevem a forma de organização de um Estado, “em síntese, a norma jurídica é a conduta exigida ou modelo imposto de organização social.”<sup>107</sup>

Neste contexto sobre o conceito de norma jurídica, a norma é também sinônimo de regra, mas não se equivale a lei. Segundo NADER, “As expressões norma e regra jurídicas são sinônimas, apesar de alguns autores reservarem a denominação regra para o setor da técnica e, outros para o mundo natural. Distinção há entre norma e lei”.

Quanto a distinção de norma jurídica e lei, pondera MACHADO.

---

<sup>106</sup>DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 1. Teoria Geral do Direito Civil. 25 ed.. São Paulo: Saraiva, 2008.p.26.

<sup>107</sup>NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 30 ed..Rio de Janeiro:Forense, 2008.p.83.

Em sentido formal, lei é ato jurídico produzido pelo Poder competente para o exercício da função legislativa, nos termos estabelecidos pela Constituição. Em sentido material, lei é ato jurídico normativo, vale dizer, que contém uma regra de direito objetiva, dotada de hipoteticidade.<sup>108</sup>

Contudo, a norma jurídica postula uma ordem de conduta humana, quando não, a forma de organização de um Estado, que se diferencia das leis e que deve ser observada de forma obrigatória.

### 5.5 Características Fundamentais da Norma Jurídica

As normas jurídicas possuem características específicas que as distinguem das demais normas de cunho social<sup>109</sup> e das leis físico-naturais<sup>110</sup>. Tais são: imperatividade, bilateralidade atributiva, generalidade, abstratividade e coercibilidade. Ensina NADER:

Considerando-se, contudo, as categorias mais gerais das normas jurídicas, verificam-se que estas apresentam alguns caracteres que, na opinião predominante dos autores, são as seguintes: bilateralidade, generalidade, abstratividade, imperatividade e coercibilidade.<sup>111</sup>

Para melhor compreender a estrutura da norma jurídica é importante fazer uma breve análise das características normativas.

---

<sup>108</sup>MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 32 ed..SãoPaulo:Malheiros, 2011.p.77.

<sup>109</sup>“Há na sociedade, outra categoria de regras que são seguidas por força do costume, de hábitos consagrados, ou, como impropriamente se diz, em virtude de “convenção social”. São normas de trato social.Esse tipo de regras, que alguns autores, como Radbruch e Del Vecchio, contestam, possam constituir um tertium genus, ocupam, por assim dizer, uma situação intermediária entre Moral e Direito. Ninguém pode ser coagido, por exemplo, a ser cortês, pois, é inconcebível a cortesia forçada, como seria uma saudação feita sob ameaça de agressão. Nesse ponto, as normas “convencionais” compartilham da espontaneidade e da incoercibilidade próprias da moral. Quem desatende a essa categoria de regras sofre uma sanção social, sem dúvida, tal como a censura ou desprezo público, mas não pode ser coagido a praticá-las.” REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed.. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 56-57.

<sup>110</sup>“A norma jurídica possui uma essência ética, uma vez que indica como deve ser a conduta dos simples indivíduos, autoridades e instituições na vida social. E é justamente isso que a distingue da lei físico-natural, cuja finalidade é a explicação de relações constantes entre fenômenos, sendo constatativa de uma ordem que se verifica em qualquer setor da natureza.” DINIZ, Maria Helena. Op. cit.p.27.

<sup>111</sup>NADER, Paulo. Op. cit.p.86.

Como já argumentado, as normas jurídicas são o meio instrumental para regular o comportamento do homem em sociedade. Neste sentido, para que a sociedade possa agir conforme prescrito em norma jurídica é fundamental que esta seja imperativa, ou seja, imponha a forma de conduta que deve ser seguida pelos indivíduos sociais obrigatoriamente para que haja efetiva ordem social. NADER leciona:

Na sua missão de disciplinar as maneiras de agir em sociedade, o Direito deve representar o mínimo de exigências, de determinações necessárias. Para garantir efetivamente a ordem social, o Direito se manifesta através de normas que possuem caráter imperativo. Não fosse assim, o direito não lograria estabelecer segurança, nem justiça. O caráter imperativo da norma significa imposição de vontade e não mero aconselhamento.<sup>112</sup>

Além do caráter imperativo, toda norma jurídica sempre indicará, na relação jurídica, duas partes ou mais, onde uma delas terá o poder de exigir um direito e a outra terá a obrigação de cumprir o preceito normativo, de forma que caso seja violado o preceito por quem tem o dever de cumpri-lo a norma atribui ao lesado a possibilidade de exigir do transgressor o cumprimento desta ou a reparação do dano sofrido, por meio do órgão competente. NADER continua em sua lógica.

O Direito existe sempre vinculado a duas ou mais pessoas, atribuindo poder a uma parte e impondo dever à outra. Bilateralidade significa, pois, que a norma jurídica possui dois lados: um representado pelo direito subjetivo e outro pelo dever jurídico, de tal sorte que um não pode existir sem o outro. Em toda relação jurídica há sempre um sujeito ativo, portador do direito subjetivo e um sujeito passivo, que possui o dever jurídico.<sup>113</sup>

Também corrobora segundo o contexto acima DINIZ.

O elemento essencial específico da norma jurídica passou a ser a atributividade, que é a qualidade inerente à norma jurídica de atribuir a quem seria lesado por eventual violação a faculdade de

---

<sup>112</sup>Ibidem, p.87.

<sup>113</sup>Idem.

exigir do violador, por meio do poder competente, o cumprimento dela ou a reparação do mal sofrido.<sup>114</sup>

As normas jurídicas são normas que, também, prescrevem ordens gerais, no sentido de que todas as pessoas estão obrigadas a cumprir seus preceitos, havendo, em tais, também, a abstração, pois visa a atingir um grande número de situações que se enquadram neste ou naquele preceito normativo. NADER explica:

O princípio da generalidade revela que a norma jurídica é, preceito de ordem geral, que obriga a todos que se acham em igual situação jurídica [...] Visando atingi o maior número possível de situações, a norma jurídica é abstrata, regulando os casos dentro do seu denominador comum, ou seja, como ocorrem via de regra. Se o método legislativo pretendesse abandonar a abstratividade em favor da casuística, para alcançar os fatos como ocorrem singularmente, com todas as suas variações e matizes, além de produzirem leis e códigos muito mais extensos, o legislador não lograria o seu objetivo, pois a vida social é mais rica do que a imaginação do homem e cria sempre acontecimentos novos e de formas imprevisíveis.<sup>115</sup>

Por fim, a coação é a “aplicação ou realização efetiva da sanção”, e seria mais um atributo da norma jurídica. Há quem entenda que a coação não pode ser uma característica essencial da norma de direito, pois, esta apenas prescreve uma conduta. A coação seria exercida pelo legislador ao ver seu direito infringido, e não pela norma. Argumentam, ainda, que o normal é o “acatamento espontâneo às normas jurídicas” pelos indivíduos e neste caso a coação nem sempre ocorreria. Outra parte da doutrina sustenta, que ao ser imposta, a sanção acarretaria a coação, com o uso da força. DINIZ ensina:

Os adeptos da teoria do coativismo sustentam que anota específica da norma jurídica reside no uso da força. A idéia de força das normas de direito em contradição manifesta com a realidade. Elas não exercem nenhuma pressão sobre o indivíduo, apenas lhe indicam o caminho que deve seguir. Realmente, como poderia a norma coagir? Como poderia tomar um indivíduo pelo braço e força-lo a fazer ou não fazer algo? A norma não age, logo não coage, apenas prescreve a conduta

---

<sup>114</sup>DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p.33.

<sup>115</sup>NADER, Paulo. Op..cit. p.87.

daquele que pode exercer coação. A coação não é exercida pela norma jurídica, mas por quem é lesado pela sua violação. Se a norma jurídica fosse coativa, a coação seguiria, necessariamente, a sua violação. Nem sempre isso ocorre, pode suceder que a norma seja violada sem que haja alguma coação contra o seu infrator.<sup>116</sup>

Para Goffredo Telles Jr. a norma jurídica também seria autorizante, pois a norma deve ou não autorizar o uso da possibilidade daquele que sofreu a lesão à norma de exigir seu cumprimento ou reparação do dano. DINIZ ensina:

Para Goffredo Telles Jr., a essência específica da norma de direito é o autorizamento, porque o que compete à norma é autorizar ou não o uso dessa faculdade de reação do lesado. É portanto, a norma jurídica que autoriza o uso da faculdade de coagir, legitimando-a. a coatividade é do lesado, mas o autorizamento para seu uso é da norma jurídica.<sup>117</sup>

Assim, ao analisar as características específicas das normas jurídicas, torna-se clara a diferenciação destas das demais normas, sejam de cunho social ou as leis físico-naturais, que não possuem tais características, pois são as primeiras incoercíveis e espontâneas e as segundas constatativas ou seja, nada se impõe as leis naturais e físicas.

### 5.6 Estrutura Lógica-valorativa da norma jurídica

Existem num ordenamento jurídico as normas jurídicas de estrutura lógica hipotética Kelsiana, a qual postula um fato genérico e uma consequência. Desta previsão se deduz, logicamente, que caso o indivíduo não se comporte do modo estabelecido na norma jurídica, deverá haver uma consequência, que será uma sanção instituída pela pena. Assim REALE demonstra:

Alguns autores, sob a influencia de Hans Kelsen, que efetivamente trouxe uma preciosa contribuição ao esclarecimento do assunto, começam por dizer que a norma

---

<sup>116</sup>DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 30-31.

<sup>117</sup>Ibidem, p. 34.

jurídica é sempre redutível a um juízo ou proposição hipotética, na qual se prevê um fato (F) ao qual se liga uma consequência (C), de conformidade com o seguinte esquema: Se F é, deve ser C. Segundo essa concepção, toda a regra de direito contém a previsão genérica de um fato, com a indicação de que, toda vez que um comportamento corresponder a esse enunciado, deverá advir uma consequência que, por sinal, na Teoria de Kelsen, corresponde sempre a uma sanção, compreendida como pena.<sup>118</sup>

Entretanto, nem sempre as normas jurídicas terão a estrutura lógica hipotética, como observado nas normas jurídicas que apenas enunciam algo sem haver uma consequência. Tais normas jurídicas são aquelas que preconizam a forma de organização do Estado, suas instituições, a distribuição de competências entre os entes federativos, bem como, aquelas que regulamentam a aplicação de outras normas jurídicas. Na mesma ponderação, segue REALE.

Essa estrutura lógica corresponde apenas a certas categorias de normas jurídicas, como por exemplo, às destinadas a reger os comportamentos sociais, mas não se estende a todas as espécies de normas como, por exemplo às de organização, à dirigidas aos órgãos do Estado, ou às que fixam atribuições, na ordem pública ou privada. Nestas espécies de normas nada é dito de forma condicional ou hipotética, mas sim categórica, excluindo qualquer condição [...] “Compete privativamente à União legislar sobre serviço postal. (Constituição, art. 22, V).<sup>119</sup>

Dentro deste aspecto lógico-formal da estrutura das normas jurídicas, em especial, das normas de conduta, há ainda o aspecto ético previsto nela, quando há um fito axiológico a ser alcançado com a não ocorrência da consequência prevista em caso de infração. O escopo, neste caso é impedir a realização de valores negativos, e, também, preservar a liberdade individual, no que concerne a escolha adotada pelo indivíduo em realizar ou não a conduta. Examina este aspecto REALE.

[...] a hipoteticidade ou condicionalidade da regra de conduta não tem apenas um aspecto lógico, mas apresenta também um caráter axiológico, uma vez que nela se expressa a objetividade de um valor a ser atingido, e ao mesmo tempo, se salvaguarda

<sup>118</sup>REALE, Miguel. Op. cit. p.93-94.

<sup>119</sup>Ibidem, p.94.

o valor da liberdade do destinatário, ainda que para a prática de um ato de violação. É razão pela qual, quando o art. 21 do Código Penal determina: “Matar alguém: Pena – reclusão de seis a 20 anos”, não se enuncia um simples juízo lógico de natureza hipotética (se alguém matar deverá ser punido com reclusão de seis a vinte anos) porque nesse juízo está implícito o valor vida, expresso no imperativo “não matar” que se subsume na hipoteticidade da norma jurídica, como seu fundamental moral.<sup>120</sup>

Tal entendimento é o que o próprio Miguel Reale chama de “estrutura trivalente da norma jurídica”, na qual sua estrutura “fato, valor e forma-lógica”<sup>121</sup> são inseparáveis.

Então, conclui-se que há duas estruturas lógicas de normas jurídicas, as quais se caracterizam por “ser uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória”<sup>122</sup>, onde as normas de conduta possuem uma estrutura jurídica tridimensional ligada a uma correlação lógico-valorativa. Tal forma de interpretar a norma jurídica em sua estrutura, proporciona um resgate de valores, de cunho ético, ao direito, que se coaduna com o novo pensamento jurídico constitucional.

### 5.7 Normas Jurídicas Constitucionais

As normas jurídicas constitucionais são normas jurídicas que possuem todos os caracteres de uma norma jurídica, mas se destacam das demais normas do ordenamento jurídico, pois se constituem de determinados elementos que as tornam hierarquicamente superiores com relação aquelas. Tais elementos estão relacionados ao conteúdo material das normas constitucionais, onde estas se caracterizam por serem normas de organização, não hipotéticas, como já visto no tópico anterior, as quais prescrevem sobre forma de organização política do Estado, a distribuição de competências e as normas de conduta, as quais preconizam direitos fundamentais. Segundo MENDES E BRANCO.

---

<sup>120</sup>Ibidem, p.102.

<sup>121</sup>Idem.

<sup>122</sup>REALE, Miguel. Ibidem, p.103.

Normas constitucionais dão ensejo a que se cogite de pelo menos de duas grandes partes da constituição – parte orgânica e parte dogmática. Na parte orgânica, o constituinte se dedica a normatizar aspectos da estrutura do Estado. Aqui estão as regras que definem a organização do Estado, determinando suas competências e dos órgãos essenciais para sua existência. Aqui também se encontram as normas que disciplinam as formas de aquisição de poder dos processos de seus exercício. Na parte dogmática, o constituinte proclama os direitos fundamentais, declarando e instituindo direitos e garantias individualista, como também direitos econômicos, sociais e culturais.<sup>123</sup>

Também, surge como elemento típico das normas constitucionais a abertura de linguagem, pois tais normas veiculam, muitas vezes princípios, que são caracterizados por seu grau de indeterminação, exigindo do magistrado uma interpretação lastreada em uma argumentação mais densa para solucionar o caso concreto. Isto permite que o texto constitucional permaneça “dentro de seu tempo e, assim, evitar risco de desmoronamento de sua “força normativa””<sup>124</sup> ao incorporar novos valores. Assim entende BARCELLOS: “Os princípios exigem uma atividade argumentativa muito mais intensa, não apenas para precisar seu sentido, como também para inferir a solução que ele propõe para o caso.”<sup>125</sup>

Além da abertura de linguagem, as normas constitucionais se revestem de uma profundidade política, pois são normas que exprimem a vontade política que institui o Estado de Direito, o qual corresponde a idéia de democracia, separação de poderes e soberania popular. E por fim, as normas constitucionais são superiores as demais normas, no sentido em que “nenhuma lei, nenhum ato normativo a rigor, nenhum ato jurídico, pode subsistir validamente se for incompatível com a Constituição”<sup>126</sup>.

Em suma, as normas jurídicas constitucionais se diferenciam das demais pela sua superioridade normativa, abertura de linguagem, por representarem uma vontade política e por possuir conteúdos referentes a organização do Estado e preceitos de direitos fundamentais.

---

<sup>123</sup>MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p.65.

<sup>124</sup>LENZA, Pedro. Op. cit. p.29.

<sup>125</sup>BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3 ed.. São Paulo: Renovar, 2013.p.55

<sup>126</sup>BARROSO, Luis Roberto. Op. cit.p.221.

## 5.8 Princípios

O princípio em seu significado lógico, corresponde a verdades que fundamentam um sistema de conhecimento. Os princípios de direito são monovalentes, pois são válidos apenas para a ciência do direito, não pode ser aplicado a outros ramos científicos. Preconiza, neste sentido BETIOLI

A palavra “princípio” tem duas acepções: uma de natureza moral, outra de ordem lógica. Em seu significado lógico, são verdades ou juízos fundamentais que servem de alicerce ou garantia de certeza a um sistema de conhecimento, filosófico ou científico. Os princípio monovalentes são válidos só para determinada ciência, como é o caso dos princípios gerais de direito, aplicáveis apenas a Ciência do Direito.<sup>127</sup>

No âmbito jurídico, princípios são nas palavras de REALE, “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.”<sup>128</sup>

Neste sentido, os princípios possuem uma estrutura de norma aberta indicando finalidades a serem alcançadas. BARROSO leciona:

Princípios normalmente apontam para estados ideais a serem buscados, sem que o relato da norma descreva de maneira objetiva a conduta a ser seguida. Há muitas formas de respeitar ou fomentar o respeito à dignidade da pessoa humana, de exercer com razoabilidade o poder discricionário ou de promover o direito a saúde. Tal abertura faz com que os princípios funcionem como uma instância reflexiva, permitindo que os diferentes argumentos e pontos de vista existentes na sociedade, acerca dos valores básicos à Constituição, ingressem na ordem jurídica e sejam processados segundo a lógica do Direito.<sup>129</sup>

Assinala, também a função finalística dos princípios ÁVILA.

---

<sup>127</sup>BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao Direito**. Lições de Propredêutica Jurídica Tridimensional. 10 ed..São Paulo: Saraiva, 2008.p. 353-354.

<sup>128</sup>REALE, Miguel. **Direito Natural/Direito Positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984.p.300.

<sup>129</sup>BARROSO, Luis Roberto. Op. cit. p.229.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos decorrentes da adoção de comportamentos a ela necessários. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante [...]<sup>130</sup>

## 5.9 Princípios e Regras como normas jurídicas e a questão da resolução dos conflitos entre regras e princípios.

Segundo Dworkin, tanto as regras como os princípios são tipos normativos. Entretanto são distintos entre si. As regras somente podem ser aplicadas se foram válidas, seguem o esquema do “tudo ou nada”<sup>131</sup>, quanto à sua aplicação. Os princípios exprimem razões, condições fáticas e jurídicas para uma decisão jurídica com base em avaliação de peso, como diria CANOTILHO “são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoantes condicionamentos fáticos e jurídicos.”<sup>132</sup> Neste viés, nos ensinamentos de ALEXANDER.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção

---

<sup>130</sup>ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** (da definição à aplicação dos princípios jurídicos). 2 ed.. São Paulo: Malheiros, 2003.p.119.

<sup>131</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.p.43.

<sup>132</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra:Almedina, 1998.p.1035.

entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou regra ou um princípio.<sup>133</sup>

A diferença entre as normas regras e normas princípios é melhor visualizada e compreendida nos casos em que há conflitos entre regras entre si e princípios entre si. No caso de haver conflito entre normas regras a solução a ser adotada estará alicerçada na validade da norma para o caso concreto, onde uma regra deverá ser eliminada em face da outra, por ser inválida para a questão. Neste caso, lança-se mão das questões de antinomia entre as regras, onde se postula que a lei posterior revoga a lei anterior, ou que a lei especial revoga lei geral ou ainda, se resolve o conflito com base no grau de importância entre elas. Argumenta a esse respeito ALEXY:

Ou uma norma jurídica é válida, ou não é. Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. [...] quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras e nada diz sobre qual das regras deverá ser tratada dessa forma. Esse problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *Lex specialis derogat generali*, mas é possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito.<sup>134</sup>

Ainda, pode ser resolvido o conflito entre regras com base na cláusula de exceção, onde esta deve ser introduzida na questão em conflito quando há duas normas de conduta contrárias, sendo solucionada a questão, introduzindo uma cláusula. Continua a ponderar ALEXY: “Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos umas das regras for declarada inválida.”<sup>135</sup>

No caso do conflito entre princípios, a resolução deste tipo de situação jurídica não se estabelece com base na validade das normas ou introdução de uma cláusula de exceção, mas sim diante de um sopesamento razoável feito entre as normas princípios, em que uma delas terá preferência em face da outra com base em suas

---

<sup>133</sup>ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed.. São Paulo:Malheiros, 2012.p. 90-91.

<sup>134</sup>Ibidem,p. 92-93.

<sup>135</sup>Ibidem, p. 92.

condições e razões apresentadas em relação ao caso concreto, o que acabará por restringir a aplicação de uma delas. Leciona ALEXY:

As colisões entre princípios devem ser solucionados de forma diversa. Se dois princípios colidem, um dos princípios terá que ceder. Isto não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele devesse ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes que os princípios com maior peso têm precedência.<sup>136</sup>

Neste sentido, os deveres registrados nas normas princípios em colisão devem ser “aplicadas na medida das possibilidades fáticas e jurídicas”<sup>137</sup>, caso contrário não há como resolver o caso concreto de formalógica-formal. Interessante, também, é notar que o resultado do sopesamento entre os princípios em conflito gera um mandamento definitivo, uma regra, onde haverá subsunção do caso a regra. Ponderando o assunto, ALEXY sintetiza: “[...] como resultado de todo sopesamento que seja do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual pode ser subsumido.”<sup>138</sup>

#### 5.10 Aproximação do Direito com a Moral

Um dos marcos do direito constitucional contemporâneo reside na idéia de que a interpretação do direito deve seguir a orientação de determinados valores morais. Tal forma de interpretação do direito é, na verdade, o reflorescimento de idéias concebidas inicialmente pela escola jurídica moralista racional do século XVIII, na qual predominava o pensamento filosófico do direito, conhecido como jusnaturalismo racional, cujo maior mentor foi Immanuel Kant.

O jusnaturalismo racional entendia que o direito natural era um direito preestabelecido, derivado da natureza humana e da própria sociedade e cujo único

---

<sup>136</sup>Ibidem, p. 93-94.

<sup>137</sup>Ibidem, p. 95.

<sup>138</sup>Ibidem, p. 102.

fundamento consistia na razão humana e não na religião. Nas palavras de SABADELL:

Segundo o racionalismo jurídico, o direito constitui uma ordem preestabelecida, decorrente da natureza do homem e da sociedade. O acesso ao direito não pode ser, porém, oferecido por meio de textos ou tradições “sagradas”, como sustentava a escola teológica. O uso da razão humana é o único meio adequado para descobrir os fundamentos da ordem jurídica natural.<sup>139</sup>

Para esta escola o direito, deve ser fundamentado em determinados princípios de ordenação social instituídos pela razão cujo escopo é a busca da paz social e do bem comum entre as pessoas. Kant argumentava que um dos princípios de ordenação social deveria ser o de justiça, onde somente haveria um verdadeiro direito se este fosse justo. Ainda, ponderando, SABADELL:

Um racionalista reconhece a existência de um direito positivo (no sentido de leis aprovadas pelo poder político), mas o submete a um dever ser, que são os princípios de organização da sociedade estabelecidos pela razão. Somente a razão permite distinguir o justo do injusto e dizer se o direito em vigor é um verdadeiro direito. Nesse sentido, o critério de “justo” é para Kant a essência do direito.<sup>140</sup>

O pensamento jusnatural racional não predominou por muito tempo, tendo sido substituído pelo pensamento jurídico positivista do século XIX, o qual racionalizou o direito para os códigos. Nada além do que estava preconizado em códigos, como princípios albergados fora do direito objetivo poderia ser utilizado. Este pensamento jurídico influenciou a fundamentação do Estado de Direito Moderno. De acordo com BOBBIO, MATTEUCCI E PASQUINO.

Com a promulgação dos códigos, principalmente o napoleônico, o jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava o seu triunfo. Transposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este. O

---

<sup>139</sup> SABADELL, Ana Lúcia. Op. cit. p.27.

<sup>140</sup>Ibidem, p.32.

recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo.<sup>141</sup>

Tal escola jurídica era extremamente cientificista e analisava o direito apenas quanto a validade das normas jurídicas, a forma como tais se relacionavam umas com as outras dentro de um padrão hierárquico normativo e procedimento de criação de tais, não levando em consideração o conteúdo da norma jurídica com princípios de justiça e equidade como fazia a escola jusnaturalista racional. O direito era a lei “pura”, assim entendido por Kelsen e não aquilo que é justo, assim entendido por Kant. Segundo BOBBIO.

A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser conhecimento puramente objetivo da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre subjetivos (ou pessoais) e conseqüentemente contrários à exigência da objetividade. O fato novo que assinala a ruptura do mundo moderno diante das épocas precedentes é exatamente representado pelo comportamento diverso que o homem assumiu perante a natureza: o cientista moderno renuncia a se pôr diante da realidade com uma atitude moralista ou metafísica, abandona a concepção teleológica (finalista) da natureza (segundo a qual a natureza deve ser compreendida como pré-ordenada por Deus a um certo fim) e aceita a realidade assim como é, procurando compreendê-la com base numa concepção puramente experimental.<sup>142</sup>

Foi com as conseqüências desumanas e nefastas da Segunda Guerra Mundial que fez surgir a necessidade de reafirmar princípios morais, outrora pensados e defendidos, na interpretação das normas jurídicas, princípios que seriam prescritos e tutelados por uma nova Constituição preocupada com uma interpretação racional pragmática do direito, atenta a preceitos morais, o maior deles, corolário das novas Constituições surgidas na segunda metade do século XX, dignidade da pessoa humana, e, também atenta a legitimidade do poder político centrado na vontade popular. Neste viés, argumenta HESPANHA.

---

<sup>141</sup> BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 2 ed.. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.p.659.

<sup>142</sup>Ibidem, p.135-136.

O vigor antilegalista das décadas que se seguiram à II Grande Guerra não é uma simples consequência de movimentos de natureza filosófica no domínio do direito. O trágico contexto político (ou mesmo civilizacional) dos totalitarismos contemporâneos e do cortejo de catástrofes por eles causadas – ditaduras ferozes, genocídio, guerra – teve um enorme impacto sobre a consciência jurídica e obrigou a repensar a função do direito como garante de valores civilizacionais.<sup>143</sup>

Para complementar a ideia neoconstitucional da interpretação jurídica moral, Dworkin trouxe nova abordagem a questão da interpretação do direito pelos juízes, ao entender que estes devem dizer o que é o direito com base em uma teoria construtiva e integrativa, na qual o juiz deve ajustar as opções políticas passadas às circunstâncias atuais por meio da leitura moral dos princípios de justiça e equidade, buscando a menor solução possível e coerente. O direito é entendido como um “romance em cadeia”<sup>144</sup>. Nas palavras de DWORKIN.

O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – comunidade jurídica – expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. Elaboramos nossa terceira concepção do direito, nossa terceira perspectiva sobre quais são os direitos e deveres que decorrem de decisões políticas anteriores, ao reafirmarmos essa orientação como uma tese sobre os fundamentos do direito. Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.<sup>145</sup>

---

<sup>143</sup> HESPANHA, António Manuel. Op. cit.p.236.

<sup>144</sup> “Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse projeto) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes.” DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.p. 271-272.

<sup>145</sup> Idem.

Conclui-se que a idéia neoconstitucional de se estabelecer um liame entre o direito e a moral “como exigência da justiça e da igualdade, [...] propõe a chamada estratégia da continuidade, ou seja, a idéia de que existe um ideal moral comum a todos os membros de uma determinada república”<sup>146</sup>. O Positivismo liberal, ao contrário, descomprometido com questões sociais, o conteúdo moral dos direitos sequer eram analisados, pois o direito era meramente declarativo, não havia espaço para interpretação com vistas a salvaguardar os direitos fundamentais dos mais carentes.

#### 5.11 Método da ponderação: “mais ponderação e menos subsunção”<sup>147</sup>

O discurso neoconstitucionalista refuta completamente a forma de interpretação positivista, considerando-a insuficiente, pois apenas se pauta na técnica da subsunção (subsunção do fato à norma) e na discricionariedade de interpretação do juiz, conduzindo-o a arbitrariedade, não levando em apreço os princípios, apenas a aplicação de regras. NOJIRI explica:

No entendimento praticamente unânime dos neoconstitucionalistas, o positivismo jurídico equivocadamente vê o sistema jurídico como um conjunto de (apenas) regras, simplesmente ignorando a existência dos princípios ou, o que é pior, não dando conta, sob o aspecto teórico, de compreendê-los e explicá-los. O neoconstitucionalismo, de outro lado, não só reconhece os princípios jurídicos como ainda os coloca em lugar privilegiado no sistema jurídico. A mencionada distinção ocupa papel proeminente no discurso neoconstitucionalista pelo fato de tornar clara a deficiência na interpretação e aplicação de normas constitucionais realizadas pelo positivismo, mormente em se tratando de hipótese de colisão entre princípios. Nessa linha de compreensão, as técnicas de interpretação e aplicação das normas jurídicas propostas pelo positivismo jurídico, inevitavelmente: a) na subsunção dos fatos à norma ou b) na discricionariedade judicial. O primeiro método, da subsunção,

---

<sup>146</sup> LOIS, Cecília Caballera. **Teoria Constitucional e Neoconstitucionalismo no limiar do século XXI: mudança política e aceitabilidade racional no exercício da função jurisdicional**.p.244-245.

<sup>147</sup> NOJIRI, Sérgio. Op. cit. p.51.

trata apenas das regras e exclui os princípios, o segundo, da discricionariedade judicial, como arbitrariedade judicial.<sup>148</sup>

Ao considerar os princípios como normas constitucionais, inovando o texto constitucional, o novo direito constitucional introduz a técnica de interpretação normativa da ponderação fundamentada no princípio da proporcionalidade, quando houver colisão entre os princípios. Continua a ponderar NOJIRI.

Na hipótese de mais de um princípio ser relevante para a solução do litígio, o julgador deverá avaliar quais são os princípios jurídicos preponderantes e operar uma atividade de sopesamento. Dessa forma, a colisão entre princípios deverá ser resolvida mediante processo de ponderação. [...] a ponderação faz parte de um princípio mais amplo: o princípio da proporcionalidade.<sup>149</sup>

O princípio da proporcionalidade surgiu com os trabalhos de interpretação constitucional desenvolvidos pela Suprema Corte Alemã, com o intuito de produzir um forma de “censura ao vício de inconstitucionalidade substancial decorrente de excesso de poder legislativo” e, também, para limitar a “discricionariedade administrativa”. Tal princípio verificava a razoabilidade entre os meios e os fins utilizados por tais poderes. Esta Corte criou, ainda, uma subdivisão ao princípio da proporcionalidade, o qual foi dividido em subprincípios chamados de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. BARROSO leciona:

Na Alemanha, o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se no âmbito do direito administrativo, funcionando como limitação à discricionariedade administrativa. [...] ao princípio da proporcionalidade estava a idéia de uma relação racional entre meios e fins tanto na sua aplicação à esfera legislativa quanto na administrativa. Foi na jurisprudência alemã que se dividiu o conteúdo do princípio da proporcionalidade em três subprincípios: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade.<sup>150</sup>

---

<sup>148</sup>Ibidem, p.70.

<sup>149</sup>Ibidem, p.71-72.

<sup>150</sup> BARROSO, Luis Roberto. Op. cit. p. 278-279.

O princípio da proporcionalidade é aplicado no sentido de restringir direitos fundamentais de forma adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Isto significa que a decisão jurisdicional, para o caso concreto, deve ser adequado, ou seja, deve guardar razoabilidade entre o meio e o fim, necessário, ou seja, o meio escolhido deverá atingir em menor grau os direitos fundamentais em conflito e proporcional em sentido estrito, isto é, deve haver relação de peso na restrição de um direito em relação a outro. No entendimento de OLSEN.

Segundo o preceito da proporcionalidade de uma restrição ao direito fundamental deve ser adequada, necessária e estritamente proporcional. Assim, a medida restritiva: a) é adequada se guarda relação entre o meio utilizado e o fim almejado, b) é necessária, se para alcançar o resultado em questão, correspondente ao meio que atinge em menor grau dos direitos fundamentais de terceiros, de modo que o meio escolhido seja imprescindível e infungível, e c) é proporcional, se mostra uma relação racional entre peso e importância de um direito que restringe o outro no conflito de normas, ou seja, quanto mais atingido o direito fundamental, maior deve ser o peso do direito fundamental ou bem jurídico contraposto.<sup>151</sup>

Outro princípio ligado ao método da ponderação comentado pelos doutrinadores do direito, onde inclusive não consenso quanto a sua equiparação ou não ao princípio da proporcionalidade, é o princípio da razoabilidade. Este princípio nasceu em decorrência da aplicação da cláusula do devido processo legal substantivo<sup>152</sup> pelo direito americano, no qual, os magistrados, em curso do processo judicial, passaram a controlar o mérito sobre os atos do órgão legislativo, utilizando critérios de razoabilidade entre os meios empregados e os fins a serem atingidos por aqueles atos com o escopo de tutelar os direitos fundamentais. Nas palavras de BARROSO.

---

<sup>151</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. cit. p.168-169.

<sup>152</sup> “[...] O substantivo devido processo legal refere-se ao conteúdo ou à matéria tratada na lei ou no ato administrativo, ou seja, se a sua substância está de acordo com o devido processo, como cláusula constitucional garantidora das liberdades civis. Envolve, desse modo, aspectos mais amplos da liberdade, como direito à privacidade ou à uma educação igualitária. O governo precisa demonstrar uma razão imperativa antes de infringir tais liberdades.” SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal. Due Process of Law**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.p.67.

O devido processo legal passou a ter um alcance substantivo (substantive due process), por via do qual o Judiciário passou a desempenhar determinados controles de mérito sobre o exercício de discricionariedade pelo legislador, tornando-se importante instrumento de defesa dos direitos fundamentais. O fundamento de tais controles assentava-se na verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como na aferição da legitimidade dos fins.<sup>153</sup>

Essa ponderação entre meio e fim para decidir o caso concreto está assentada em argumentos razoáveis, que pressupõem “equilíbrio, moderação e harmonia, o que não seja arbitrário ou caprichoso, o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar”. Nesta ótica, esses princípios utilizados para sopesar os bens jurídicos em conflito passam a ser a melhor maneira de se obter decisões racionais, claras, certas e justas. Assim, neste sentido, OLIVEIRA:

O razoável é conforme a razão, racionável. Apresenta moderação, lógica, aceitação, sensatez. A razão enseja conhecer e julgar. Expõe o bom senso, a justiça, o equilíbrio. Promove a explicação, isto é, a conexão entre um efeito e uma causa. É contraposto ao caprichoso, à arbitrariedade. Tem a ver com prudência, com virtudes morais, com senso comum, com valores superiores propugnados em dada comunidade.<sup>154</sup>

Neste contexto, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade surgiram, inicialmente, como forma de proibir o excesso do poder político. Atualmente, defende-se, também, a idéia de que a técnica da ponderação deve ter o fito de proibir a omissão ou a insuficiência de ação dos órgãos legislativo e executivo. Segundo os ensinamentos de SILVA.

Antes se falava em Übermabverbot, ou seja, proibição do excesso. Já há alguma tempo fala-se também em Üntermabverbot, que poderia ser introduzido por proibição de insuficiência. O debate sobre a aplicabilidade da regra da proporcionalidade também para os casos de omissão ou ação estatal insuficiente ainda se encontra em fase embrionária, mas a simples possibilidade de aplicação da proporcionalidade a

---

<sup>153</sup> BARROSO, Luis Roberto. Op. cit. p.278.

<sup>154</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios:** o princípio constitucional da razoabilidade. 2 ed.. Rio de Janeiro:Lummen Juris, 2007, p.92.

casos que não se relacionam com o excesso estatal já é razão suficiente para abandonar o sinônimo da regra da proporcionalidade e proibição de excesso.<sup>155</sup>

Do breve esboço sobre a técnica da ponderação, se conclui que a interpretação constitucional tradicional baseada somente na subsunção do fato a norma é insuficiente para a interpretação dos interesses jurídicos analisados em casos concretos, tendo em vista a atual conjuntura da Constituição Contemporânea, a qual é dotada de normas e princípios, onde estes surgem como normas jurídicas dotadas hierárquica superior as demais normas do ordenamento jurídico.

A ponderação com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade permitem ao órgão jurisdicional interpretar os conflitos entre bens jurídicos e leis de forma equilibrada, clara, correta e justa a luz da razão.

#### 5.12 Onipotência da Constituição

Outro postulado neoconstitucional que surge como estrutura de um novo modelo constitucional é o da presença onipotente das novas Constituições, no sentido de que o sistema normativo constitucional, tanto formal, como material, formado por regras e princípios de direitos fundamentais, em sua maioria, ocupam uma posição de supremacia hierárquica com relação as demais normas do ordenamento jurídico. BULOS leciona:

A idéia do princípio da supremacia constitucional advém da constatação de que a constituição é soberana dentro do ordenamento (paramountcy). Por isso, todas as demais leis e atos normativos a ela devem adequar-se. É que o ordenamento se compõe de normas jurídicas situadas em planos distintos, formando um escalonamento de diferentes níveis. E, no nível mais elevado do Direito Positivo, está a constituição que é o parâmetro, a lei fundamental do Estado, a rainha de todas as leis e atos normativos, a Lex legum (leis das leis). Consequência disso: sendo a constituição a lei máxima, a lei das leis, o

---

<sup>155</sup> SILVA, Luis Virgilio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. RT, São Paulo, ano 91, n. 789, abr. 2002, p. 26-27.

fundamento último de validade de toda e qualquer disposição normativa, não se admitem agressões à sua magnitude.<sup>156</sup>

Anteriormente a este novo panorama, as normas constitucionais não possuíam força normativa irradiante, pois a Constituição possuía um papel apenas formal, visto como um documento legislativo político. O direito era apenas a declaração de regras que se fazia por meio do Judiciário. As normas constitucionais não tinham aplicabilidade imediata. Assim, leciona BARROSO:

No início do constitucionalismo moderno, na Europa, a Constituição era vista como uma Carta Política, que servia de referência para as relações entre o Estado e o cidadão [...]. Nessa etapa histórica, o papel da Constituição era limitado, funcionando como uma convocação à atuação dos Poderes Públicos, e sua concretização dependia, como regra geral, da intermediação do legislador. Destituída de força normativa própria, não desfrutava de aplicabilidade direta e imediata.<sup>157</sup>

A evolução das Constituições meramente formais para as Constituições carregadas de força normativa, principiológica e axiológica se deu lentamente, pois em tempos passados, o Direito privado, através do Código Civil, exercia um papel de maior relevância e independência em relação a Constituição. Discorre a respeito PADOIN E SPAREMBERGER.

As constituições de cada Estado eram vistas como meras cartas políticas, responsáveis por estruturar o sistema de proteção do cidadão em face do Estado, o Código Civil centralizava monoliticamente a disciplina das relações patrimoniais, que era o cerne do direito civil. O Código Civil pela cultura jurídica tradicional era visto como a “constituição do direito privado”, o que tornava possível que o intérprete prescindisse da Constituição para a análise dos conflitos oriundos das relações jurídicas privadas.<sup>158</sup>

---

<sup>156</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ed..São Paulo: Saraiva, 2012.p.128.

<sup>157</sup> BARROSO, Luis Roberto. Op. cit. p.42.

<sup>158</sup> PADOIN, Fabiana F.. SPAREMBERGER, Raquel Fabiana L. **A (re)construção das relações jurídicas privadas em face do constitucionalismo**. p. 447. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/577/494>. Acesso em 13/04/2014.

Devido as conseqüências econômicas e políticas decorrentes da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), o Estado eminentemente liberal passou a intervir na economia. Neste viés, o direito privado que gozava anteriormente de plena independência passou a ser publicizado por meio de leis infraconstitucionais, inicialmente, e posteriormente, pela Constituição. No caso do Brasil a Carta Constitucional de 1988 inovou trazendo esta aproximação do direito privado com o direito público. Ensinam PADOIN E SPAREMBERGER:

O estudo e interpretação do Direito Civil nos países de tradição romano-germânica, no século XIX, têm suas premissas focadas no Código de Napoleão, no qual o Estado se mantinha alheio às negociações privadas. Após a Segunda Guerra Mundial altera-se esse sentido de interpretação ante a crise e as exigências do pós-guerra, em que são aplicáveis às relações entre particulares. Dá-se com isso o fenômeno da publicização do Direito Civil. Mais recentemente, no final do século XX, dá-se um novo salto interpretativo, pelo qual há o deslocamento da Constituição para o centro do sistema jurídico, por isso a constitucionalização do Direito Civil, importando na transformação axiológica deste último.<sup>159</sup>

O fenômeno da constituição do direito observada após a publicização do direito privado à Constituição, não se limitou apenas a esfera do direito civil, mas se expandiu para outros ramos do direito, tais como direito penal, tributário, processual e administrativo como se pode observar nas lições de SARMENTO.

No Direito Civil, Penal, Administrativo, por exemplo, cada vez mais a doutrina emprega normas e valores constitucionais para reler os institutos tradicionais, colorindo-os com novas tintas. E trata-se não apenas de aplicar diretamente as normas especificamente voltadas para cada uma destas áreas, como também de projetar sobre estes campos a influência dos direitos fundamentais e dos princípios mais gerais do nosso

---

<sup>159</sup> PADOIN, Fabiana F.. SPAREMBERGER, Raquel Fabiana L.. **A (re) construção das relações jurídicas privadas em face do neoconstitucionalismo.** Revista Jurídica Cesumar, v.7, n. 2, 2007.p.447-448. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/577/494>. Acesso em 13/04/2014.

constitucionalismo, muitas vezes superando antigos dogmas e definindo novos paradigmas.<sup>160</sup>

A posição de supremacia da Carta Constitucional se justifica do ponto de vista jurídico, pois ela é fruto de um momento político, onde as opções fundamentais daqueles que compõe o Estado constituem a essência da Constituição, a qual não pode ser suprida por vontade de um poder constituído majoritário. Portanto, todo o ato normativo ou lei que não se compatibilize com ela não poderá ser válido e com ela subsistir. Neste viés argumenta BARROSO.

Do ponto de vista jurídico, este é o principal traço distintivo da Constituição: sua posição hierárquica superior às demais normas do sistema. A Constituição é dotada de supremacia e prevalece sobre o processo político majoritário – isto é, sobre a vontade do poder constituído e sobre as leis em geral – porque fruto de uma manifestação especial da vontade popular, em uma conjuntura própria, em um momento constitucional.<sup>161</sup>

O postulado da onipotência da Carta Constitucional se faz presente pela força normativa de suas normas jurídicas, devido a enorme carga axiológica do conteúdo do direitos fundamentais albergados nelas. Esta nova visão da Constituição se tornou possível graças a mudança de paradigma histórico-social dos Estados evidenciado, principalmente no período pós guerra, onde as relações privadas, alicerçadas no Código Civil, deixam de ser os centros das atenções, emergindo uma Constituição invasora no plano jurídico ordinário no sentido de fazer prevalecer a observância aos direitos fundamentais em todo o sistema jurídico.

---

<sup>160</sup> SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** In: QUARESMA, Regina. OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009.p.283.

<sup>161</sup> BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit. p.323.

### 5.13 Onipotência do Judiciário: “A era do Judiciário”<sup>162</sup>.

Uma das causas que permitiram a expansão da atuação do órgão judiciário nos Estados Contemporâneos, foi o surgimento do Estado Providência, ou seja, de um Estado Intervencionista, o qual tem como premissa fundamental, como já visto, a concretização do princípio da democracia econômica, social e cultural<sup>163</sup>, por meio da intervenção dos poderes públicos na economia. Declara, neste sentido RAMOS.

O primeiro elemento de impulsão do ativismo judiciário está relacionado ao modelo de Estado que o constitucionalismo pátrio vem prestigiando desde a Carta de 1934: o Estado democrático-social, de perfil intervencionista. Não é difícil demonstrar que a atual Constituição manteve este modelo, com alguns exageros nacional-estatistas em matéria econômica [...] a Carta de 1988 indica que a qualificação da República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de direito (art. 1º, caput) teve o propósito de conciliar a tradição liberal-democrática com a democratização de oportunidades e a participação cidadã. Não permitem dúvidas de que o sistema político democrático estruturado pela Constituição não é de padrão liberal clássico e sim do Welfare state.<sup>164</sup>

Do surgimento deste novo Estado, cujas causas já foram citadas no início deste capítulo, ao órgão jurisdicional constitucional foi dada a competência

---

<sup>162</sup> “o Ministro da Suprema Corte nacional Ricardo Lewandowski, em uma alusão ao conhecido livro de Norberto Bobbio A era dos direitos, falou que atualmente vivemos a “era do judiciário”. Disse que os anteriores, séculos XIX e XX, teriam sido do Legislativo e do Executivo, mas que no presente momento estamos presenciando o nascimento de uma nova era, a do Judiciário.” NOJIRI, Sérgio. Op. cit. p.99-100.

<sup>163</sup> “O princípio da democracia econômica e social justifica e legitima a intervenção econômica constitutiva e concretizadora do Estado nos domínios econômico, cultural e social (“realização e concretização de direitos sociais”) [...] O Estado é obrigado pela Constituição a manter e desempenhar um papel relevante no âmbito de direitos sociais. Isto não significa que tenha sido eliminado o princípio da auto responsabilidade ou se negue a bondade de fórmulas dinâmicas da sociedade civil socialmente comprometidas: cada um tem, em princípio, capacidade para obter um grau de existência digno, para si e para sua família. [...] O princípio da democracia econômica, social e cultural é, porém, uma imposição constitucional conducente a adoção de medidas existenciais para os indivíduos e grupos que, em virtude de condicionamentos particulares ou de condições sociais, encontram dificuldades no desenvolvimento da personalidade em termos econômicos, sociais e culturais (ex: rendimento mínimo garantido, subsídio de desemprego). A actividade social do Estado é, assim, actividade necessária e objectivamente pública.” CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit.2003.p.341-342.

<sup>164</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2013.p.268-269.

constitucional para realizar o “controle jurídico da atividade intervencionista dos demais poderes”<sup>165</sup>, com o escopo de tutelar e efetivar o conteúdo da Constituição quando da mora da Assembléia Legislativa no desempenho de suas funções. Neste sentido, o poder Judiciário passou a alcançar espaços de atuação que não lhe é reservado, ampliando, assim, suas atividades. Este modo de ampliação de poder do Judiciário tem relação direta com a crise institucional pela qual passa o Legislativo. Segundo BARROSO:

No Brasil dos últimos anos, apesar de muitos vendavais, o Poder Executivo, titularizado pelo Presidente da República, desfruta de inegável popularidade. Salvo, por questões ligadas ao uso excessivo de medidas provisórias e algumas poucas outras, é limitada a superposição entre Executivo e Judiciário. Não é assim, porém, no que toca ao Congresso Nacional. Nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral.<sup>166</sup>

Exemplo claro desta desenvoltura jurisdicional é observada em sede de controle abstrato de normas<sup>167</sup>, por meio do número crescente de ações diretas de inconstitucionalidade <sup>168</sup>, bem como, em igual sentido, pelas decisões de

---

<sup>165</sup>Ibidem, p.271.

<sup>166</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática.** Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica) Acesso em: 10/04/2014

<sup>167</sup>“O sistema de controle por via de ação permite o controle da norma in abstrato por meio de uma ação de inconstitucionalidade prevista formalmente no texto constitucional. Nesse caso, impugna-se perante determinado tribunal uma lei, que poderá perder sua validade constitucional e conseqüentemente ser anulada erga omnes (com relação a todos).

Caracteriza-se esse processo por seu teor sumamente enérgico, pela sua agressividade e radicalismo, pela natureza fulminante da ação direta. Consente aos governados e com mais freqüência a certas autoridades públicas a iniciativa de promover o ataque imediato e ofensivo ao texto eivado de inconstitucionalidade. Uma vez declarada inconstitucional, a lei é removida da ordem jurídica com a qual se apresenta incompatível.” BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p.307.

<sup>168</sup>“ O sistema de controle de inconstitucionalidade compreende três modalidades: (1) a interventiva, que pode ser federal por proposta exclusiva do Procurador Geral da República e de competência do Supremo Tribunal Federal (arts. 23, III, 102, I, a, e 129, IV), ou estadual por representação do Procurador Geral de Justiça do Estado (art.129, IV), interventivas, porque destinadas a promover a intervenção federal em Estado ou do Estado em Município, conforme o caso, (2) a genérica: (a) de competência do Supremo Tribunal Federal, destinada a obter a decretação de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, federal ou estadual, sem outro objetivo senão o de expurgar da ordem jurídica a

inconstitucionalidade de leis infraconstitucionais editadas pelos entes federativos, como União e Estados-membros. A justificativa é a ausência de qualidade jurídica das normas editadas pelo Legislativo, pela falta de observação destas com o parâmetro constitucional, acarretando a violação de direitos fundamentais e tornando desarmônico o equilíbrio entre os poderes. MELLO argumenta:

A formulação legislativa no Brasil, lamentavelmente, nem sempre se reveste de necessária qualidade jurídica, o que é demonstrado não só pelo elevado número de ações diretas promovidas perante o Supremo Tribunal Federal, mas, sobretudo, pelas inúmeras decisões declaratórias de inconstitucionalidade de leis editadas pela União Federal e pelos Estados-membros. Esse déficit de qualidade jurídica no processo de produção normativa do Estado brasileiro, em suas diversas instâncias decisórias, é preocupante porque afeta a harmonia da Federação, rompe o necessário equilíbrio e compromete, muitas vezes, direitos e garantias fundamentais dos cidadãos da República.<sup>169</sup>

Outra causa importante, a qual tornou a jurisdição mais atuante e já citado no item anterior estão albergados nos princípios constitucionais da supremacia e da força normativa constitucionais, os quais orientam o intérprete a revogar atos normativos ou leis contrários aos preceitos constitucionais, por meio de controle de constitucionalidade de leis<sup>170</sup>, os quais veiculam matéria e valores de extrema relevância. Assinala RAMOS.

---

incompatibilidade vertical, é a ação que visa exclusivamente a defesa do princípio da supremacia constitucional (arts. 102, I, a e 103, incisos e parágrafo 3º), (b) de competência do tribunal de justiça em cada Estado, visando a declaração de inconstitucionalidade, em tese, de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, parágrafo 2º), dependendo da previsão nesta, (3) a supridora de omissão: (a) do, legislador, que deixa de criar lei necessária à eficácia e aplicabilidade de normas constitucionais, especialmente nos casos em que a lei é requerida pela Constituição, (b) do administrador, que não adote as providências necessárias para tornar efetiva norma constitucional (art. 103, parágrafo 2º).” SILVA, José Afonso da. Op.cit. p.54.

<sup>169</sup> MELLO, Celso de. **Atuação do Supremo Tribunal Federal**. Consultor Jurídico, 15 de março de 2006. Entrevista concedida a Marcio Chaer. Disponível em :[http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes\\_papel\\_ativo\\_interpretacao\\_lei](http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes_papel_ativo_interpretacao_lei). Acesso em 12 de abril de 2014.

<sup>170</sup> “Controle de constitucionalidade das leis é o instrumento de garantia da supremacia das constituições”. Serve para verificar se os atos executivos, legislativos e jurisdicionais são compatíveis com a carta magna. Controlar a constitucionalidade, portanto, é examinar a adequação de dado com portamento ao texto maior, mediante análise dos requisitos formais e materiais. Enquanto a inconstitucionalidade é a doença que contamina o comportamento desconforma à constituição, o controle é o remédio que visa restabelece o estado de higidez constitucional.” BULOS, Uadi Lammêgo. Op. Cit.p.186.

A singularidade do ativismo judiciário em matéria constitucional está, pois diretamente relacionada às especificidades da atividade de interpretação e aplicação da Lei Maior, que, dentre outras, compreendem: a supremacia hierárquica das normas constitucionais sobre todas as demais do ordenamento, revogando-as ou invalidando-as em caso de conflito.<sup>171</sup>

Outrossim, a atividade criativa do direito feita pelo intérprete, por meio da argumentação<sup>172</sup> jurídica pragmática e moralista, quando este está diante de casos difíceis (hard cases)<sup>173</sup>, coloca o Judiciário numa situação de maior visibilidade e importância. A revolta ao formalismo, característica da nova hermenêutica<sup>174</sup> constitucional, que constitui o neoconstitucionalismo, é portanto, fator decisivo a

---

<sup>171</sup> RAMOS, Elival da Silva. Op. cit. p.139.

<sup>172</sup>"A tópica ou teoria da argumentação é, [...] o nome dado pela antiga teoria jurídica do discurso à técnica de encontrar soluções no domínio dos saberes problemáticos, ou seja, dos saberes em que não existem certezas evidentes, como direito, a moral, etc. Aplicada ao direito, está idéia vem a colocar na primeira linha da actividade de achamento ou declaração do direito o juiz (ou o jurista) que, para decidir um caso concreto, lança mão de argumentos (tópicos) disponíveis (princípios doutrinários, precedentes, disposições legislativas), no sentido de ganhar o assentimento (das partes, mas também do público em geral) para a solução. Neste contexto a lei é apenas um dos argumentos, cuja eficácia argumentativa dependerá da sua consonância com o sentido concreto de justiça vigente no auditório como do prestígio de que a forma lei (e, em geral, a entidade Estado) aí goze." HESPANHA, António Manuel. Op. cit. p. 240-241.

<sup>173</sup>"[...] Há muitas situações em que não existe uma solução pré-pronta no Direito. A solução terá de ser construída argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma e de elementos externos ao Direito. São os casos difíceis. Há três grandes situações geradoras de caos difíceis: (a) *Ambiguidade da linguagem*. Quando se vale de princípios ou de conceitos jurídicos indeterminados, o Direito utiliza termos e expressões que têm múltiplos significados possíveis e cujo sentido somente poderá ser estabelecido à luz dos elementos do caso concreto [...] (b) *Desacordos morais razoáveis*. No mundo contemporâneo, nas sociedades plurais e complexas em que nós vivemos, pessoas esclarecidas e bem intencionadas pensam de maneira diferente acerca de temas moralmente controvertidos. (c) *Colisões de normas constitucionais ou de direitos fundamentais*. A Constituição, por ser um documento dialético, abriga valores contrapostos que, por vezes, entram em tensão entre si, quando não colidem frontalmente. Diante disso, a solução terá de ser construída argumentativamente mediante ponderação, isto é, a valoração de elementos do caso concreto com vistas a produção da solução que melhor atende ao caso concreto. As suas soluções possíveis vão disputar a escolha pelo intérprete." BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p.337-338.

<sup>174</sup> "A Hermenêutica Jurídica tem por objetivo o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e alcance das expressões do Direito. As leis positivas são formuladas em termos gerais, fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e alcance das expressões do Direito." MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2011.p.1.

expansão da jurisdição, tornando a atividade do magistrado ativista. Ainda, nas palavras de RAMOS.

Se o positivismo clássico nos remete ao passivismo<sup>175</sup>, o pragmatismo e o moralismo jurídico, necessariamente, desembocam em ativismo judiciário. Quanto ao pragmatismo, bastaria lembrar o seu ceticismo quanto à possibilidade de contenção normativa da atividade judiciária, liberado-se o juiz para decidir de acordo com a a necessidades sociais. Mas, a aceitação dos pressupostos teóricos do moralismo jurídico também constitui fator de impulsão ao ativismo judicial, ainda que sem a mesma magnitude das concepções pragmáticas no tocante a esse quesito. A razão disso reside no fundamentalismo axiológico que está na base do moralismo jurídico, prescindindo a idéia de que há uma ordem objetiva de valores fundamentais que deve servir de modelo ao direito positivo, atuando o juiz como um autêntico sacerdote a serviço dessas diretrizes ontológicas. Para tanto, deve se valer das ambiguidades, contradições e insuficiências de que os textos normativos são permeados e, principalmente, do controle de constitucionalidade, que lhe permite recusar a validade a atos legislativos a partir de parâmetros normativos altamente flexíveis e que se prestam a manipulações argumentativas de toda a espécie.<sup>176</sup>

Por derradeiro, pode-se citar como amostra da atuação extraordinária da jurisdição brasileira, as súmulas vinculantes preconizadas no dispositivo 103-A<sup>177</sup>, da

---

<sup>175</sup>"[...] o passivismo está radicado nas duas variantes do chamado interpretativismo: o textualismo e originalismo. [...] textualismo ou literalismo "a teoria que requer que toda interpretação constitucional considera apenas o texto da Constituição" [...] No que concerne ao originalismo, foi apresentado como "uma teoria de interpretação constitucional que toma o texto da Constituição tão autoritariamente como faz o textualismo, mas os originalistas olham, além da mera linguagem textual, para o significado que os constituintes ou as ratificações pretenderam ao texto". RAMOS, Elival da Silva. Op. cit. p. 129-130.

<sup>176</sup>Ibidem, p.134-135.

<sup>177</sup>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.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou

Carta Constitucional de 88, introduzida pela Emenda n. 45 de 2004. Tal dispositivo sucinta a natureza normativa das súmulas vinculantes, onde os juízes da Corte Suprema poderão, quando presentes os pressupostos formais e materiais do dispositivo, criar o direito, pois as súmulas vinculantes se assemelham a norma legal, no que concerne a eficácia obrigatória, geral, abstrata, possuindo o escopo de uniformizar a jurisprudência, mas certamente não são atos do legislativo, devido ao seu grau hierárquico inferior. Neste sentido pondera RAMOS.

Na verdade, a súmula vinculante apresenta-se antes como um ato de criação de normas do que de aplicação normativa muito mais pela liberdade de escolha que se reconhece ao Supremo Tribunal Federal de editá-la (e também de modifica-la ou cancela-la) ou não, muito embora, quanto ao conteúdo do comando emitido, em contraposição à ampla discricionariedade do legislador, esteja o tribunal adistrito à orientação jurisprudencial que veio a consolidar, após a prolação de reiterados veredictos, sobre a matéria sumulada. A doutrina tem reconhecido de modo praticamente uníssono a natureza normativa da súmula vinculante. Manoel Gonçalves Ferreira Filho vê na nova atribuição do STF uma "função paralegislativa". Já para Rodolfo de Camargo Mancuso, "a súmula, quando potencializada com a nota de obrigatoriedade, pouco ou nada fica a dever, em termos de eficácia jurídica e social, à própria norma legal". Não se trata aqui de ato de ato legislativo, quer em sentido forma, quer em sentido material, por atuarem as súmulas em nível inferior àquele em que se manifesta o exercício da função legislativa. Não há como se negar os ganhos proporcionais pelas súmulas vinculantes em termos de uniformização jurisprudencial. Menciono o fato de vir a se converter a atribuição do STF sub examine em elemento impulsionador do ativismo judicial, porquanto se observa aqui uma aproximação (e, a meu juízo, desnecessária) da atividade legiferante, a qual, embora compatível com o princípio da separação dos poderes, uma vez contemplada em nível c, se constitucional, se prestará a ir, lenta e progressivamente, solapando -lhe as bases.<sup>178</sup>

Em suma, tendo em vista a importância dada aos valores albergados na Carta Constitucional, a posição de supremacia e força normativa de suas normas, o

---

sem a aplicação da súmula, conforme o caso." MORAES, Alexandre de. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de Outubro de 1988**. 37 ed.. São Paulo: Atlas, 2013. p. 127.

<sup>178</sup> RAMOS, Elival da Silva. Op. cit.p.296-298,300.

Judiciário tem expandido seus horizontes, extrapolando, por vezes, seu âmbito de atuação e competência, colocando o princípio da separação dos poderes em xeque. Mas, também, por vezes, a justificativa é racional e até democrática, tendo em vista a crise de representatividade e legitimidade do órgãos políticos frente a crescente atuação do Judiciário em prol da concretização dos escopos constitucionais não cumpridos por aqueles.

## 6. NEOCONSTITUCIONALISMO E A QUESTÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

A competência típica do órgão jurisdicional corresponde a julgar os conflitos de interesses, bem como, resolver o conflito entre normas jurídicas, entre leis, especialmente aquelas que com a Constituição não se compatibilizam. Entretanto, tendo em vista os propósitos e a nova roupagem neoconstitucional do Estado Democrático de Direito, a jurisdição tem ampliado a sua participação para além desses limites, importando numa ingerência funcional aos demais órgãos que compõe as formas de expressão do poder do Estado. Tal fenômeno de maior participação do judiciário é conhecido como ativismo judicial. Neste sentido leciona RAMOS:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.<sup>179</sup>

Isto se deve a uma nova postura assumida pelo Estado Social em detrimento daquela imposta pelo Estado Liberal, ou seja, o Estado Social passa a ter uma postura ativa no que concerne a realização da igualdade social por meio da efetivação de novos direitos, os quais requerem para tanto, não apenas mais uma conduta de proteção as liberdades negativas, mas uma conduta intervencionista do Estado em prestar obrigações positivas como a saúde e educação. A prescrição e tutela de tais direitos pelo Estado, foram fruto da reivindicação da imensa camada da população carente, a qual vivia em condições precárias em decorrência do fenômeno industrial do século XX e que, por consequência, acabavam não gozando concretamente da liberdade e igualdade tuteladas pelo Estado Liberal. Nas palavras de SARLET.

---

<sup>179</sup>Ibidem, p.129.

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva destes direitos é sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, de propiciar um direito de participar do bem estar social. Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado. Estes direitos fundamentais, caracterizam -se, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais e abstratas para liberdades materiais concretas [...]. É contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições.<sup>180</sup>

Neste viés, para que o Estado pudesse alcançar as suas finalidades de igualdade social, por meio da concretização dos direitos fundamentais, as Constituições atuais prescrevem uma nova forma de atuação vinculada e conjunta dos órgãos que compõem a forma de expressão do Poder do Estado para alcançar tal escopo denominada de políticas públicas<sup>181</sup>. Expressa COMPARATO.

Aos poderes públicos são, cada vez mais, assinados objetivos fundamentais, que devem nortear a sua ação. As novas constituições já não se limitam a definir a competência estrita dos órgãos do Estado, sem fixar nenhum rumo à sua ação em conjunto, como faziam as Constituições do modelo liberal, as

---

<sup>180</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7 ed.. Porto Alegre:Revista do Advogado, 2007.p.56.

<sup>181</sup>"Assim, políticas públicas, no Brasil, são todas aquelas atividades desenvolvidas pelas formas de expressão do poder estatal tendentes à realização dos objetivos insculpidos no art. 3º da Constituição Federal. Entre estes objetivos, destaca-se a efetivação dos direitos fundamentais, com especial enfoque para a igualdade substancial: "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (inciso I), "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (inciso II) e "promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (inciso IV). A garantia de "desenvolvimento nacional" (inciso II) é de objetivo que, em última análise, subsidia a efetivação da igualdade substancial. A igualdade substancial somente alcançará sua plenitude por meio da efetivação da dos direitos fundamentais sociais." CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas**. Públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p 57-58.

quais partiam do pressuposto de que o Estado deve assegurar a cada indivíduo a livre definição das suas metas de vida, não podendo fixar nenhum rumo objetivo geral para a sociedade. [...] em decorrência dessa orientação marcadamente teleológica do direito público contemporâneo, a função primordial do Estado já não é apenas a edição de leis, ou seja, a fixação de balizas de conduta, como pensaram os autores clássicos, nas também, e sobretudo, a realização de políticas públicas ou programas de ação governamental em todos os níveis e setores.<sup>182</sup>

Ocorre que, quando um dos órgãos estatais, que deve agir conjuntamente com os outros órgãos para implementar os fitos a que se propõe o Estado Contemporâneo, deixa de cumprir com suas funções democráticas, a Constituição de 88 delega ao órgão jurisdicional, o realinhamento de suas funções, com o escopo de atender as finalidades do Estado e proteger os direitos fundamentais. Segundo CUNHA JUNIOR:

A atividade legislativa, ante o princípio da legalidade, cria as normas de conduta dos agentes públicos adequadas a realização dos objetivos do Estado. As normas de conduta vinculam a intervenção humana dos agentes públicos representada pela atividade administrativa, e a destinação do patrimônio estatal. Caso esta atividade não se harmonize com os objetivos do Estado, a jurisdição promoverá o realinhamento necessário. Como toda atividade exercida pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo deve compatibilizar-se com a Constituição Federal, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação, e desde que provocado (CF, art. 5º XXXV), a constitucionalidade respectiva. Aquilo que se convencionou chamar de "atos de governo" ou "questões políticas" deverá ser examinado pelo Poder Judiciário sob o prisma do atendimento aos fins do Estado [...].<sup>183</sup>

Neste contexto, o órgão jurisdicional ao promover o realinhamento dos demais órgãos quando estes não cumprem com suas funções, impõe condutas aos poderes públicos para a implementação dos direitos fundamentais sociais, por exemplo. Assim, o ativismo judicial no âmbito de políticas públicas pode se dar de forma graduada, ou seja, a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais podem se fazer de imediato

---

<sup>182</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. 3 ed.. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.p.676.

<sup>183</sup> CUNHA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.p.56-57-89.

ou não. A conduta do órgão jurisdicional, em especial, o órgão constitucional, neste sentido, segue, por vezes, as opções de justiciabilização albergados em fundamentos doutrinários, os quais serão analisados a seguir.

## 6.1 A JUSTICIABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Uma parte da doutrina entende que os direitos fundamentais sociais devem ser imediatamente sindicalizados pelo órgão jurisdicional independentemente de haver ou não os possíveis limites orçamentários ou a lei para regulamentar tais direitos, tendo em vista o preceito constitucional preconizado no artigo 5º, § 1º<sup>184</sup> da Carta Constitucional, a qual enuncia que todos os direitos fundamentais tem aplicação imediata. Assim CUNHA JUNIOR.

todas as normas definidoras de direitos fundamentais, sem exceção, têm aplicabilidade imediata, independentemente da concretização legislativa, o que permite que o titular do direitos desfrute da posição jurídica por ele consagrada. Na hipótese de eventual omissão estatal, impeditiva de gozo desses direitos, pode e deve o judiciário, como Poder apto a proporcionar a realização concreta dos comandos normativos quando provocado por qualquer meio processual adequado, suprir aquela omissão, completando o preceito consignador de direitos diante do caso concreto. [...] sempre haverá um meio de remanejar os recursos disponíveis, retirando-os de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço da dívida, mordomias para ex-Presidentes e outras autoridades etc.) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem, como a vida, a integridade física, a saúde e a educação, por exemplo os problemas de caixa não podem ser guindados a obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais sociais.<sup>185</sup>

---

<sup>184</sup>“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:

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Moraes, Alexandre de. Op. cit. Organizador 35 ed. São Paulo:Atlas, 2012.p.19

<sup>185</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. 2 ed.. São Paulo:Saraiva, 2008.p.664-666.

Observa-se deste entendimento doutrinário que os direitos fundamentais devem ser tutelados e efetivados de forma irrestrita pelo judiciário. Buscam, claramente, concretizar a função transformadora e emancipatória da Constituição.

## 6.2 JUSTICIABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS SOB A ÓTICA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Por outro lado, outra parte da doutrina, encabeçada pelos argumentos de Ana Paula de Barcellos, entendem que a justiciabilidade dos direitos sociais dependem da violação do mínimo existencial contido no núcleo do princípio da dignidade humana<sup>186</sup>. O mínimo existencial, como regra, corresponde a um elenco de direitos sociais mínimos, sem os quais a pessoa não possui dignidade. Caso haja violação deste mínimo, a justiciabilidade será imediata, simétrica ou positiva, independente das contrarrazões do Poder Político calcadas na reserva do possível<sup>187</sup>. Caso não seja violado o mínimo, a jurisdição não sindicalizará o direito, deixando a cargo do debate democrático. Salienta BARCELLOS.

Em suma: o chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica. Para além desse núcleo, ingressa-se em um terreno no qual se desenvolvem primordialmente outras modalidades de eficácia

---

<sup>186</sup> “De forma bastante simples, é possível afirmar que o conteúdo jurídico da dignidade se relaciona com os chamados direitos fundamentais ou humanos. Isto é: terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles.” BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3ed..Rio de Janeiro:Renovar, 2011.p.132.

<sup>187</sup> “é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Novamente: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo. A rigor, sob o título geral da reserva do possível convivem ao menos duas espécies diversas de fenômenos. O primeiro deles lida com a inexistência fática de recursos, algo próximo da exaustão orçamentária, e pode ser identificado como reserva do possível fática. O segundo fenômeno identifica uma reserva do possível jurídica já que não descreve propriamente um estado de exaustão de recursos, sim a ausência de autorização orçamentária para determinado gasto particular.” BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade Humana. 3 ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 277-278.

jurídica, decorrência da necessidade de manter-se o espaço próprio da política e das deliberações majoritárias.<sup>188</sup>

Para Gustavo Amaral, a efetivação do direito social está ligada ao grau de essencialidade do mínimo existencial, ou seja, quanto maior a sua essencialidade maior será a chance de ser judicializado, tendo em vista que, por outro lado, sopesará a reserva do possível. Neste caso o juiz deve ponderar para aferir este grau de essencialidade a fim de haver possibilidade de satisfazer o direito violado. Segundo AMARAL:

o grau de essencialidade está ligada ao mínimo existencial, a dignidade da pessoa humana. Quanto mais necessário for o bem para a manutenção de uma existência digna, maior será seu grau de essencialidade. Veja-se que quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser a razão para que ela não seja atendida. Caberá ao aplicador ponderar essas duas variáveis, de modo que se a essencialidade for maior que a excepcionalidade, a prestação deve ser entregue, caso contrário, a escolha estatal é legítima.<sup>189</sup>

Outrossim, no mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover entende que se o mínimo existencial for afetado, o direito deve ser entregue de imediato ao titular do direito invocado. Entretanto, de forma peculiar e muito ativista, Ada, também pondera a possibilidade de que, o juiz, ao acatar a reserva do possível, como argumento do Estado para o não cumprimento da obrigação, não afastaria o acolhimento da tutela invocada, mas apenas o seu diferimento, determinando o Judiciário ao executivo, a inclusão de recursos para a implementação de tal direito no orçamento seguinte. WATANABE explica.

segundo o entendimento da eminente jurista, o acolhimento da alegação da falta de recursos não conduziria à rejeição do pedido de tutela jurisdicional, e sim apenas seu diferimento. Acolhendo a alegação, sustenta a jurista, o Judiciário "determinará ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública", disso resultando a condenação da Administração a duas obrigações de fazer, "a de fazer a inclusão

---

<sup>188</sup>Ibidem, p.292.

<sup>189</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito**, escassez e escolha. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p.213-216.

no orçamento da verba necessária para o adimplemento da obrigação e a obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação. "Nos casos de urgência e violação ao mínimo existencial, o princípio da reserva do possível não deverá constituir obstáculo para a imediata satisfação do direito."<sup>190</sup>

Deste contexto se infere que o ativismo judicial pode existir se no quesito da implementação de direitos fundamentais sociais a decisão judicial for fundamentada na violação do mínimo existencial, que neste viés, deverá ser aferido em cada caso concreto sempre levando-se em consideração o método da ponderação, tendo em vista que os direitos são custosos, o que incorre na máxima de HOLMES E SUSTEIN, onde "levar os direitos a sério é levar a escassez a sério. Nada que custe dinheiro pode ser absoluto"<sup>191</sup>.

### 6.3 A POSIÇÃO DA SUPREMA CORTE QUANTO A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A posição da Suprema Corte Brasileira segue no mesmo entendimento da doutrina de Ana Paula de Barcellos, bem como, Gustavo Amaral. Quando no caso concreto há clara violação do mínimo existencial a jurisdição constitucional efetiva o direito social, afastando a cláusula da reserva do possível, como se observa no precedente em Recurso Extraordinário 482.611/SC. Também segue no mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do Recurso Especial 1.185.474/SC. Assim nas palavras do Ministro Celso de Mello.

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da reserva do possível - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até

---

<sup>190</sup> WATANABE, Kazuo. **Controle Judicial das Políticas Públicas: Mínimo Existencial e demais Direitos Fundamentais Imediatamente Judicializáveis**. *Revista de Processo*. V. 36, n. 193. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p.22.

<sup>191</sup> HOLMES, Stephen. SUSTEIN, Cass. **The Cost of Rights**. Why Liberty Depends on Taxes. New York: W.W.Norton&Company, 1999.p.94.

mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial de fundamentalidade.<sup>192</sup>

Neste sentido, pode-se entender que a intromissão da jurisdição, especialmente a constitucional, em casos de implementação de políticas públicas, de efetivação dos direitos fundamentais sociais, os órgãos jurisdicionais tendem a determinar condutas de concretização de tais direitos aos órgãos públicos, apenas quando há violação ao núcleo do princípio da dignidade humana, ao se violar os direitos prestacionais. Neste mesmo contexto NOJIRI explica.

A pergunta (óbvia) que vem a seguir é a de saber se a implementação das políticas públicas, papel tradicionalmente reservado aos Poderes Legislativo e Executivo, estaria incluída no rol das medidas judiciais concretizadoras da Lei Fundamental. A resposta contida na decisão da Suprema Corte brasileira é: não ordinariamente, mas sim em bases excepcionais, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estrutura constitucional, ainda que derivados de cláusulas de conteúdo programático.<sup>193</sup>

Diante do exposto, em termos de políticas públicas, "a atuação judicial é derivada e subsidiária, não ocupando, o Judiciário, a função de distribuição de bens sociais por si próprio, mas servindo como garantidor dos meios empregados pelas políticas públicas"<sup>194</sup>, quando houver a sindicalização dos direitos fundamentais sociais, tendo em vistas a ausência de implementação de políticas públicas.

#### 6.4 O ATIVISMO JUDICIAL QUANTO AS OMISSÕES LEGISLATIVAS

O Poder Judiciário Constitucional ampliou sua atuação, também, nas questões relativas a falta de norma infraconstitucional que regulamenta um direito fundamental.

---

<sup>192</sup> NOJIRI, Sérgio. Op. cit. 2012.p.101.

<sup>193</sup>Idem.

<sup>194</sup> CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. **Direitos Fundamentais**, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2 ed.. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2011.p.281.

A criação do remédio constitucional, mandado de Injunção<sup>195</sup>, pelo Constituinte Originário, estabeleceu ao Poder Judiciário o papel de concretizador dos direitos fundamentais, quando houver falta da norma jurídica integradora que torne viável o exercício de tais direitos por meio do titular do bem da vida. Assim, leciona DIMOULIS E LUNARDI.

Essa dinamização do Mandado de Injunção enfatiza o papel do Judiciário e dá um novo significado às Constituições dirigentes-transformadoras. O Judiciário torna-se garante da efetividade das normas constitucionais, substituindo-se ao legislador. A doutrina considerou essa evolução como "grande conquista para a cidadania brasileira."<sup>196</sup>

A postura ativista do órgão jurisdicional tem sido revelada quanto aos efeitos do mandado de Injunção. Esta nova conduta é muito recente, pois, anteriormente, o Poder Judiciário Constitucional apenas se limitava, em sede de mandado de Injunção, a declarar a mora do órgão legislativo quanto a produção de lei para tornar eficaz a norma de direito fundamental, posição esta, considerada pela doutrina e jurisprudência da Corte como não concretista<sup>197</sup>, como se observa no MI n. 107-3/DF. Segundo DIMOULIS E LUNARDI:

Por duas décadas, o Mandado de Injunção foi considerado ação sem utilidade prática em razão da insignificância prática de seus efeitos, pois as decisões se limitavam a declarar a omissão legislativa sem providências concretas. Isso causava a falta de

---

<sup>195</sup>"Artigo 5º, LXXI. Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania". Constituição da República Federativa do Brasil. 5 de outubro de 1988. Organizador Alexandre de Moraes. 35 ed.. São Paulo: Atlas, 2012.p.18

<sup>196</sup> DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional**. Controle de Constitucionalidade e remédios constitucionais. São Paulo:Atlas, 2011.p.387-388.

<sup>197</sup>"[...] a posição não concretista, adotada por muito tempo - até o julgamento do MI 708 (greve no serviço público) - pela jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal, que se firmou no sentido de atribuir ao mandado de Injunção a finalidade específica de ensejar o reconhecimento formal da inércia do Poder Público, "em dar concreção à norma constitucional positivadora do direito postulado, buscando-se, com essa exortação ao legislador, a plena integração normativa do preceito fundamental invocado pelo impetrante do writ como fundamento da prerrogativa que lhe foi outorgada pela Carta Política". Sendo esse conteúdo possível de decisão injuncional, não há falar em medidas jurisdicionais que estabeleçam, desde logo, condições viabilizadoras do exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucionalmente previstas, mas, tão somente, deverá ser dado ciência ao poder competente para que edite a norma faltante". MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 29 ed.. São Paulo: Atlas, 2013. p. 187.

efetividade do instrumento, que não possibilitava ao impetrante o exercício do direito pretendido.<sup>198</sup>

O início da mudança paradigmática ocorreu com o MI 232-1/RJ, onde a Corte Constitucional não se limitou apenas a declarar a omissão legislativa, mas também estabeleceu prazo ao legislativo para que elaborasse a norma regulamentadora, sob pena de o autor ter seu direito efetivado pelo Judiciário, produzindo efeito inter partes. Tal entendimento foi chamado pela doutrina e jurisprudência de posição concretista individual intermediária. Nas palavras de MORAES.

Pela segunda, concretista individual intermediária, posição idealizada pelo Ministro Néri da Silveira, após julgar a procedência do mandado de Injunção, fixa ao Congresso Nacional o prazo de 120 dias para a elaboração da norma regulamentadora. Ao término desse prazo, se a inércia permanecer o Poder Judiciário deve fixar as condições necessárias ao exercício do direito por parte do autor.<sup>199</sup>

Superando o entendimento do MI 232-I/RJ, a Corte Constitucional, no julgamento dos mandados de Injunção 670, 708 e 712, sobre a ausência de regulamentação do direito de greve, previsto no artigo 37, VII<sup>200</sup> da CF/88, inovou de forma ampla, ao exercer competência normativa de efeitos erga omnes até que o legislativo promulgue a lei, o que a doutrina chamou de posição concretista geral da Suprema Corte. Esta posição da Corte Constitucional mostra-se claramente ativista, ao suprimir a inércia legislativa, concretizando direitos fundamentais. Ainda, no mesmo raciocínio de MORAES.

Pela posição concretista geral, a decisão do Poder Judiciário terá efeitos erga omnes, implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente. Ocorre, porém, que em virtude da inércia do legislador em colmatar as lacunas

---

<sup>198</sup> DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. Op. cit. p.386.

<sup>199</sup> MORAES, Alexandre de. Op. cit.p.186.

<sup>200</sup>“Art. 37. 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:

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;” Ibidem, p.61.

constitucionais, após 20 anos do texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal alterou seu posicionamento e adotando claro ativismo judicial passou a adotar a posição concretista, tanto geral, quanto individual.<sup>201</sup>

Na mesma ótica de evolução do Poder Judiciário, ao tratar das omissões legislativas em sede de mandado de injunção, também, o mesmo tem tratado da "síndrome de inefetividade das normas constitucionais"<sup>202</sup>, por meio do instrumento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão<sup>203</sup>, cujo escopo é buscar a concretização de direitos, quando da mora do legislador em deflagrar leis que regulamentem norma constitucional de eficácia limitada<sup>204</sup>. Uma das diferenças entre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de Injunção é que o primeiro flui em sede de controle concentrado<sup>205</sup> de constitucionalidade de leis, é uma garantia constitucional, e o segundo em sede de controle difuso<sup>206</sup> de constitucionalidade de leis, é uma garantia individual<sup>207</sup>. Nas palavras de CUNHA JÚNIOR.

[...]o mandado de injunção foi concebido como instrumento de controle concreto ou incidental de constitucionalidade da omissão, voltado à tutela de direitos subjetivos. Já a ação direta

---

<sup>201</sup> MORAES, Alexandre de. Op. cit. p.183.

<sup>202</sup> LENZA, Pedro. Op. cit. p.257.

<sup>203</sup> "Artigo 103. Podem propor ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade: § 2º declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias". Ibidem, p.126-127.

<sup>204</sup>[...] III - normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. [...] são todas as que não produzem com a simples entrada em vigor, todos os efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou outro órgão do Estado. [...] as normas de eficácia limitada são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após a normatividade ulterior que lhes devolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência reduzida e surtam outros efeitos não essenciais [...] ". SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 76.

<sup>205</sup>"[...] uma Corte Constitucional (ou Suprema Corte) é a responsável pelo julgamento da alegação de inconstitucionalidade, concentrando o poder de controle judicial de constitucionalidade". DIMOULIS, Dimitri, LUNARDI, Soraya. Op. cit. p. 77.

<sup>206</sup>"Trata-se do também chamado modelo "americano", por serem os Estados Unidos o primeiro país a adotar esse modelo. A fiscalização constitucional é realizada por todos os órgãos judiciais do ordenamento."Idem.

<sup>207</sup>"[...] os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens". SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 414.

de inconstitucionalidade por omissão foi ideada como instrumento de controle abstrato ou principal de constitucionalidade da omissão, empenhado na defesa objetiva da Constituição. Isso significa que o mandado de injunção é uma ação constitucional de garantia individual, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma ação constitucional de garantia da Constituição.<sup>208</sup>

Os efeitos produzidos pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem caráter mandamental, pois determina, segundo o dispositivo constitucional, artigo 103, § 2º, que o órgão executivo, no prazo de 30 dias deflagre e promulgue a lei faltante, sob pena de responsabilidade e que ao órgão competente seja dada aquiescência do fato para que faça o mesmo. O ativismo judicial, quanto a está questão foi claramente observado na ADO n. 3.682, onde se discutia a mora do legislador para elaborar lei complementar federal, que fixasse procedimento de criação de novos Municípios, com previsão constitucional no artigo 18, § 4º<sup>209</sup>, cuja nova redação foi dada pela EC 15 de 1996, onde tal ação foi declarada inconstitucional e a Corte Suprema determinou um prazo para que a Casa Legislativa elaborasse a lei, mesmo que tal prazo não tenha sido fixado pela Constituição. Segundo o voto do Ministro Carlos Britto:

[...]diferentemente da Constituição portuguesa, a nossa não se limitou a cuidar da ADI por omissão de medida legislativa, foi além. Quando a nossa Constituição falou em dar ciência ao poder competente, claro que mais de um poder, não só ao Poder Legislativo, apenas a Constituição avançou o comando de que, em se tratando de órgão administrativo, esse prazo seria de trinta dias, mas sem com isso excluir a possibilidade de se fixar um prazo, logicamente, maior para o Poder Legislativo.<sup>210</sup>

---

<sup>208</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle das Omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004.p.553.

<sup>209</sup>“Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.” MORAES, Alexandre de. Op. cit. p.34.

<sup>210</sup> MARIANO, Cynara Monteiro. LIMA, Martonio Mont´Alverne Barreto. **Municipalismos e separação de poderes: análise da legitimidade do julgado proferido na ADO 3.682 e da edição da**

A doutrina entende que na ADI por omissão, caso o órgão competente não elabore a lei, consequências podem advir desta mora como a possibilidade de ser travada a pauta no Congresso Nacional, para que seja elaborada a lei ou até o entendimento de que a Corte Suprema possa suprir a mora, como na solução dada em julgamento de mandado de injunção.

Neste viés, leciona LENZA:

Em não elaborando a lei, dado o caráter mandamental, consequências processuais podem decorrer e, ainda, nos parece que se possa aplicar, por analogia, o art. 64 e seus parágrafos, com a idéia de travamento de pauta, ou quem sabe, dada a evolução da jurisprudência do STF no controle das omissões legislativas (MI 712), o suprimento da omissão pelo próprio STF. O que não dá para aceitar é a inconsequente e desarrazoada inertiadeliberandi, manifestamente negligente e desidiosa, conforme reconheceu o Min. Gilmar Mendes.<sup>211</sup>

O fenômeno do ativismo judicial não se restringe apenas a questões pertinentes em matéria de políticas públicas, ou questões pertinentes a omissão legislativa, mas também, em sede de Controle de Constitucionalidade de leis, como por exemplo, quando a Constituição é aplicada diretamente a situações não previstas nela de forma expressa sem a manifestação do poder constituído. Um exemplo desta natureza é observada no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n.12 de 1996, a qual foi postulada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, onde se pretendeu ver declarada constitucional a Resolução n. 7 de 2005 do Conselho Nacional de Justiça. Tratava-se sobre a questão da vedação ao nepotismo no âmbito do Poder Judiciário. Foi aforada, pois havia resistência quanto a sua aplicação. O entendimento da Corte Constitucional foi no sentido de que apesar de não haver norma expressa no texto Constitucional que vede a prática do nepotismo o artigo 37, caput do mesmo diploma legal contempla os princípios da moralidade e impessoalidade que indiretamente vedam o favorecimento de parentes para a ocupação de cargos em comissão ou de confiança.

---

emenda constitucional 57/2008. *Novos Estudos Jurídicos*, [S.l.], v. 19, n. 1, p. 21-41, abr. 2014. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5541/2946>>. Acessado em: 12/04/2014.

<sup>211</sup> LENZA, Pedro. Op. cit.p.263.

O desdobramento de tais princípios já aventariam diretrizes normativas para regular a questão não havendo necessidade de edição de lei formal ordinária para o caso, pois os princípios constitucionais possuem força normativa. Tal entendimento é aferido por meio da ementa, cujo relator era o Ministro Carlos Britto.

Noutro giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode desapegar dos princípios que se veiculam pelo caput do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se trata, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dos Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público.<sup>212</sup>

Outrossim, entendeu o Ministro Gilmar Mendes no mesmo sentido, de que não apenas leis formais tem força normativa, mas as normas princípios contidas na Constituição. Esta análise não apenas demonstra o entendimento corroborado pelo relator, mas também, coloca em evidência a nova roupagem dada ao constitucionalismo por meio da Carta. Constitucional, ao aventar sobre as normas princípios. Nas palavras de MENDES.

Assim, é certo que não apenas a lei em sentido formal, mas também a Constituição emite comandos normativos direcionados a atividade administrativa. Esses comandos podem possuir estrutura de regras ou princípios. No primeiro caso, a prescrição detalhada e fechada da conduta deontologicamente determinada estabelece uma estrita vinculação da Administração Pública. Por exemplo a regra da anterioridade tributária descrita pelo enunciado normativo do art. 150, III, da Constituição. No caso, dos princípios, a estrutura normativa

---

<sup>212</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=12&processo=12>

aberta deixa certas margens de 'livre apreciação' (freie Ermessen) ao Poder Administrativo. Assim ocorre quando a Constituição, em seu art. 37, determina a obediência, pela Administração Pública, à moralidade e à impessoalidade.<sup>213</sup>

Neste sentido, ao ser novamente ventilada a mesma situação em outro caso concreto, a Corte Suprema, decidiu emitir súmula vinculante, n.13<sup>214</sup>, para que a questão pudesse vincular todos os órgãos da Administração Pública direta e indireta.

O ativismo judicial também mostrou-se evidente em outras atitudes tomadas pelo órgão jurisdicional constitucional, como a "declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição"<sup>215</sup>. Neste caso, a questão pairou sobre a declaração de inconstitucionalidade da aplicação da nova redação do § 1º do artigo 17 dada pela Emenda Constitucional n. 52 de 2006 que tornava obrigatória a aplicação imediata da nova conduta normativa sobre as coligações partidárias, caso de extinção da verticalização partidária. O Supremo declarou inconstitucional a imediata aplicação do respectivo artigo, pois este se chocava com o princípio da anterioridade eleitoral contemplada no artigo 16 da Carta Constitucional, o qual explicita a necessidade de se aguardar um ano da publicação da nova regra eleitoral para que esta surta seus efeitos jurídicos tendo em vista o princípio da segurança jurídica. Assim entende a Ministra Helena GRACIE em seu voto.

No presente caso, é a própria Constituição que estipula um limite temporal para a plena aplicabilidade das novas regras que venham a alterar o processo eleitoral. Trata-se, conforme ressaltado pela requerente, de uma segurança jurídica qualificada pela própria Constituição. Por critério do legislador constituinte originário, somente após um ano contado da sua vigência, terá a norma aptidão para reger algum aspecto do processo eleitoral sem qualquer vinculação a circunstância de

<sup>213</sup><http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>

<sup>214</sup>“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da união, dos estados, do distrito federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a constituição federal.”

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>

<sup>215</sup> BARROSO, Luis Roberto. Op. cit. p.307.

fato anterior à sua edição. A eleição alcançada nesse interregno fica, por isso, blindada contra as inovações pretendidas pelo legislador, subsistindo, assim, a confiança de que as regras do jogo em andamento ficarão mantidas. Além de o princípio constitucional da anterioridade eleitoral conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 da Constituição ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). Ante todo o exposto, reconhecendo violação ao art. 60, § 4º, IV, c/c art. 5º, caput, LIV e § 2º, da Constituição Federal, julgo procedente o pedido formulado na presente ação direta para: a. declarar a inconstitucionalidade da expressão “aplicando-se às eleições que ocorrerão no ano de 2002”, contida no art. 2º da Emenda Constitucional 52, de 08.03.06; b. dar à parte remanescente do dispositivo interpretação conforme à Constituição, no sentido de que a referida Emenda somente seja aplicada às eleições que venham a ocorrer após decorrido um ano da data de sua vigência.<sup>216</sup>

Outro caso que vale a pena ser situado no presente trabalho sobre a atuação expansiva da Corte Constitucional foi a repercussão jurídica da decisão prolatada pelo Ministro relator Marco Aurélio sobre o afastamento da proibição de progressão de regimes no caso dos crimes hediondos, em que se entendeu que a proibição da progressão nestes casos violaria os princípios constitucionais da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana. Consequentemente, deste entendimento, inúmeros presos solicitaram a progressão de regime, entretanto, houve um juízo de Execuções Penais que indeferiu a solicitação ao entender que a autorização produziu efeito apenas inter partes e não erga omnes. Para produzir tal efeito é necessário que seja declarada a suspensão da execução da lei inconstitucional pelo Senado Federal, o qual possui a competência privativa para tanto, segundo o disposto no artigo 52, inciso X<sup>217</sup> da Constituição Federal de 88. Neste contexto o Supremo, diante da Reclamação 4335-5/Acre, entendeu, segundo NOJIRI que.

<sup>216</sup> [http://www.conjur.com.br/2006-mar-24/leia\\_voto\\_ministra\\_ellen\\_gracie\\_verticalizacao?pagina=7](http://www.conjur.com.br/2006-mar-24/leia_voto_ministra_ellen_gracie_verticalizacao?pagina=7)

<sup>217</sup> Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;" MORAES, Alexandre de. Op. cit.

Diante das circunstâncias o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Reclamação 4335, afirmou, mediante o voto do Ministro Gilmar Mendes, que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade vem passando por um largo processo de mutação, marcado pela ampliação da importância do sistema de controle concentrado em detrimento do controle difuso. Após a introdução do efeito vinculante em nosso sistema jurídico, a regra do art. 52, X, ficou destituído de maior significado prático, tendo, portanto, ocorrido, segundo o voto do ministro, "uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação de texto."<sup>218</sup>

Acompanhando o mesmo entendimento do Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Eros Grau.

O exemplo que no caso se colhe é extremamente rico. Aqui passamos em verdade de um texto [compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal] a outro texto [compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo].<sup>219</sup>

Constata-se que decisões "ativas" deste tipo interferem cada vez mais nas funções desempenhadas pelo Legislativo, pois tal decisão extinguiu a competência privativa do Senado Federal, expressa na Constituição e protegida pelo artigo 60, § 4º, inciso III<sup>220</sup> deste diploma legal. Tal postura da Suprema Corte corrobora com o entendimento contido na chamada "Teoria da Transcendência dos motivos determinantes da sentença"<sup>221</sup>, a qual se justifica pelas características supremas da

---

<sup>218</sup> NOJIRI, Sérgio. Op. cit. p.109.

<sup>219</sup> <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rc14335eg.pdf>

<sup>220</sup> "Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos poderes. [...]".MORAES, Alexandre de. Op. cit.

<sup>221</sup> "Em diversas passagens, o STF vem atribuindo efeito vinculante não somente ao dispositivo da sentença, mas, também, aos fundamentos determinantes da decisão. Fala-se, então, em transcendência dos motivos determinantes. Há que se observar, contudo, a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*. *Obiter dictum* ("coisa dita de passagem") são comentários laterais, que não influem na decisão, sendo perfeitamente dispensáveis. Portanto, não vinculam para fora do processo. Por outro lado, a *ratio decidendi* é fundamentação essencial que ensejou aquele determinado resultado da ação. Nessa hipótese,

Constituição Contemporânea já ventilada em capítulo anterior, da força normativa da Constituição, da supremacia da Constituição.

Neste contexto de ativismo judicial onde se busca a efetivação dos direitos fundamentais e dos fitos do Estado Democrático de Direito por meio de um novo método de interpretação constitucional, onde se visa cada vez mais ampliar o alcance e sentido dos comandos constitucionais, há, como visto, consequências como a interferência no exercício da atividade funcional dos outros órgãos públicos. Esta interferência, indevida, porém, inevitável dos órgãos jurisdicionais, em especial, da Corte Constitucional, trazida pela nova ordem constitucional, neoconstitucionalista sofre severas críticas doutrinárias ancoradas na questão da violação do princípio democrático. É o que passa a ser analisado no tópico seguinte.

## 6.5 TEORIAS A CERCA DA QUESTÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

### 6.5.1 O Procedimentalismo

A teoria procedimentalista defende a idéia de que a postura da Corte Constitucional frente ao Controle de Constitucionalidade das leis e atos normativos, apenas deve garantir o correto procedimento democrático, preconizado constitucionalmente, com relação a lei ou ato normativo questionado e não fazer uma leitura de tais com base a escolher os valores substantivos e morais, de conteúdo, imbutidos na Constituição para a análise da lei. Esta escolha deve ser feita apenas pelos cidadãos, por meio de seus representantes, que compõe os órgãos públicos, os quais foram democraticamente eleitos, quais sejam o legislativo e executivo. Segundo CAMBI.

O procedimentalismo nega que a atividade da jurisdição constitucional esteja na tutela do conteúdo material dos direitos fundamentais. Caberia à jurisdição, apenas corrigir eventuais desvios no processo de representação popular, para assegurar a efetiva participação do povo no poder e a participação política das minorias. Nega que a legitimidade da jurisdição esteja na análise dos conteúdos substanciais das normas

---

o STF vem entendendo que a "razão da decisão" passa a vincular outros julgamentos". LENZA, Pedro. Op. cit. p. 207.

infraconstitucionais, pretensamente subjacentes à Constituição.<sup>222</sup>

Neste sentido, o intervencionismo jurisdicional somente é legítimo quando garante o processo político de participação dos cidadãos durante o debate democrático. Esta circunstância ocorre, segundo ELY, quando:

(1) os incluídos estão obstruindo os canais da mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se neguem explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos.<sup>223</sup>

A razão pela qual o Judiciário deve desempenhar um papel de garantidor do procedimento democrático perante a interpretação das normas jurídicas, em sede de revisão judicial, reside no ponto crucial de que os juízes, não eleitos democraticamente, colocariam a democracia representativa em risco, pois "a invasão da sociedade pelo Judiciário, ou a não resistência à tentação de interpretar o direito mediante a introdução de juízos morais, comprometeria a sua imparcialidade, além de debilitar a democracia representativa"<sup>224</sup>. O risco da não imparcialidade contrariaria o princípio democrático e a separação dos poderes, por isso entende-se a necessidade, dentro de tal teoria, do combate a politização do Judiciário. HABERMAS discorre.

A lógica da divisão dos poderes não pode ser ferida pela prática de um tribunal que não possui os meios de coerção para impor suas decisões contra uma recusa do Parlamento e do governo. A concorrência do tribunal constitucional com legislador legitimado democraticamente pode agravar-se no âmbito do controle abstrato de normas. Na visão da teoria do discurso, a lógica da divisão dos poderes exige uma assimetria no cruzamento dos poderes do Estado: em sua atividade, o executivo, que não deve dispor das bases normativas da

<sup>222</sup> CAMBI, Eduardo. Op. cit. p.282.

<sup>223</sup> ELY, John Hert. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.p.137.

<sup>224</sup> CAMBI, Eduardo. Op. cit.

legislação e da justiça, subjaz ao controle parlamentar e judicial, ficando excluída a possibilidade de uma inversão dessa relação, ou seja, uma supervisão dos outros dois poderes através do executivo. [...] A lógica da divisão dos poderes, fundamentada numa teoria da argumentação, sugere que se configure auto reflexivamente a legislação, de modo idêntico ao da justiça e que se a revista com a competência do autocontrole de sua própria atividade.<sup>225</sup>

Nesta ótica, a jurisdição constitucional se limita a uma justiça procedimental em sentido estrito, no caso de dirimir conflitos individuais e a uma justiça procedimental em sentido amplo, ao garantir a participação ampla no processo democrático dos indivíduos que buscam soluções justas para a resolução dos problemas, com base em suas opiniões e vontade. Neste sentido HABERMAS.

A jurisdição constitucional que parte do caso concreto está limitada à aplicação de normas (constitucionais) pressupostas como válidas, por isto, a distinção entre discursos de aplicação de normas e de fundamentação de normas oferece, mesmo assim, um critério lógico-argumentativo de delimitação de tarefas legitimadoras da justiça e da legislação. [...] ao estabelecer suas políticas o legislador, interpreta a estrutura de direitos ao passo que a justiça só pode mobilizar as razões que lhe são dadas, segundo o 'direito e a lei', a fim de chegar a decisões coerentes ao caso concreto. Isso vale também [...] para as interpretações constitutivas de um tribunal constitucional, cujo papel é alvo de restrições por parte de um compreensão procedimentalista do direito. O paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático [...] na medida que os programas legais dependem de uma concretização que contribuí para desenvolver o direito - a tal ponto que a justiça, apesar de todas as cautelas, é obrigada a tomar decisões nas zonas cinzentas que surgem entre a legislação e a aplicação do direito - os discursos acerca da aplicação do direito têm que ser complementados, de modo claro, por elementos dos discursos de fundamentação.<sup>226</sup>

---

<sup>225</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.p.300-301.

<sup>226</sup>Ibidem, p.324.

Na visão procedimentalista, os valores subjacentes da Constituição não podem ser aplicados sem que haja um consenso público, dado por meio dos procedimentos democráticos. É necessário que os cidadãos possam se autodeterminar, ao escolherem suas opções políticas para a concretização dos valores materiais da Constituição. Esta não pode, simplesmente apenas determinar a "forma de vida sobre a sociedade"<sup>227</sup>. Por isso o Tribunal Constitucional deve ter limites de atuação. HABERMAS entende.

A Constituição também não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor a priori uma determinada forma de vida sobre a sociedade. Ao contrário, a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, pode perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas porém serem equitativas). Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito. [...] O tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrática. Tal compreensão procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico - democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição.<sup>228</sup>

Ainda, quanto a questão da ilegitimidade de juízes não eleitos tomarem decisões substantivas de responsabilidade legislativa, por meio do Judicial Review, Waldron corrobora com a idéia procedimental da justiça constitucional, ao entender que o indivíduo, cidadão de uma sociedade tem o direito de participar, tomando a decisão final, ao decidir sobre o desarranjo de interesses substantivos da maioria quando colidem com os a minoria. O poder de autoridade da decisão, neste caso, seria dos próprios cidadãos envolvidos naquele descompasso de interesses, os quais, resolveriam o problema com base em princípios de justiça e equidade, havendo na participação individual a idéia de justiça comparativa entre os cidadãos. Segundo WALDRON.

---

<sup>227</sup>Ibidem, p.326.

<sup>228</sup>Idem.

O que acontece com o partilhar que a noção de participação conota nessa segunda exigência mais radical? Compartilhar, nesse segundo sentido, refere-se ao fato de que todo indivíduo reivindica o direito a participar no governo da sociedade na mesma medida em que participam os demais indivíduos. Como portador de direitos, pede que sua voz seja escutada e considerada no processo de tomada de decisões públicas. Todavia, a maneira como essa reivindicação é feita – um direito à participação – reconhece por si mesmo que a sua voz não é a única na sociedade, e que ela não deveria valer mais do que a voz de qualquer outro portador de direitos no processo político. Sua contribuição aspira, evidentemente, ser decisiva. Mas essa aspiração é temperada por princípios de equidade e igualdade implicados pela universalização dessa pretensão.<sup>229</sup>

Diante do novo contexto do direito e da teoria Constitucional Contemporânea, o poder dos órgãos jurisdicionais se ampliaram e as decisões judiciais tomaram um grau de importância maior que as decisões políticas tomadas por meio do debate democrático dos cidadãos, através de seus representantes na Assembleia Legislativa. No sentido de tentar resgatar o prestígio e dignidade do órgão legislativo, Waldron propõe o distanciamento das barganhas eleitorais, "negociata, troca de favores, manobras de assistência mútua, intriga por interesses e procedimentos eleitoreiros"<sup>230</sup>, existentes no poder Legislativo, bem como, a reunião participativa de todos os cidadãos com suas opiniões e entendimentos diversos sobre as questões políticas, albergando o respeito as distintas formas de pensar. Isto, implicaria o respeito as decisões democráticas e uma nova forma de analisar o direito. Nas palavras de WALDRON.

Quero que vejamos o processo de legislação – na sua melhor forma – como algo assim: os representantes da comunidade unindo-se para estabelecer solene e explicitamente esquemas e medidas comuns, que se podem sustentar em nome de todos eles, e fazendo-o de uma maneira que reconheça abertamente e respeite (em vez de ocultar) as inevitáveis diferenças de opinião e princípio entre eles. Esse é o tipo de compreensão da legislação que eu gostaria de cultivar. E penso que, se capturássemos isso como a nossa imagem de legislação,

---

<sup>229</sup> WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004.p.236.

<sup>230</sup> WALDRON, Jeremy. **A dignidade da Legislação**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.p.2.

haveria, por sua vez, uma saudável diferença no nosso conceito geral do direito.<sup>231</sup>

Outrossim, os juízes, alerta o autor, não podem decidir sobre as pretensões de um corpo social, pois vivem distantes da realidade dos anseios coletivos, estão isolados da vida cotidiana da maior parte da população, por isso, propugna o retorno da fundamentalidade do procedimentalismo democrático majoritário. Assim leciona WALDRON:

A legislação não é apenas deliberada, administrativa ou política: é, acima de tudo, no mundo moderno, o produto de uma assembléia – os muitos, a multidão, o populacho (ou seus representantes). Os juízes erguem-se acima de nós no seu solitário esplendor, com seus livros, seu saber e seu isolamento das condições de vida comum. Se não estão sozinhos na banca, estão rodeados por um número bem pequeno de íntimos de distinção similar com os quais podem cultivar relações de espírito acadêmico, erudição e virtude exclusiva. Um parlamento, em contraste, é um corpo rebelde, muitas vezes maior que esse número – talvez até centenas de vezes maior. Fazendo eco a Blackstone, exige-se um longo percurso para que alguém se torne juiz, mas todo membro do populacho enviado pelos eleitores a Westminster pensa em si como legislador nato. E há tantos deles que não conseguimos nos ouvir pensar.<sup>232</sup>

Acentua, também Waldron, que as decisões coletivas tomadas nas Assembléias Legislativas, são sempre mais democráticas, tendo em vista a participação e discussão ampla dos cidadãos. Essa idéia contrapõe-se ao argumento de que a pluralidade de idéias, advindas de pessoas com graus de instruções diversos interferiria no encontro de um consenso cívico razoável. WALDRON, conforme este aspecto.

todos supomos que, mesmo que o executivo e o judiciário sejam ocupados nas suas instâncias mais elevadas por apenas um punhado de pessoas, a legislatura – sozinha entre todos os ramos de um governo – deve reunir centenas de pessoas. Qual é a base dessa suposição? O que ela nos diz sobre a legislação? Como algo que é tão evidentemente uma má idéia – a legislação

---

<sup>231</sup>Ibidem, p.3.

<sup>232</sup>Ibidem, p.37.

por uma grande congregação – pode ter se entrincheirado tanto como princípio de organização constitucional? Nos capítulos que se seguem, argumentarei que esse consenso a respeito de “grandes congregações” não é tão monolítico como parece. Maquiavel nos preveniu, quase quinhentos anos atrás, que não nos deixássemos lograr e pensar que calma e solenidade são a marca de uma boa política, e que o barulho e o conflito são sintoma de patologia política. ‘Boas leis’, disse ele, podem surgir de “desses tumultos que muitos maldizem inconsideravelmente.”<sup>233</sup>

Contudo, o procedimentalismo se preocupa com a questão de quem deve decidir e como decidir as questões políticas. Entende-se que a essencialidade da Constituição reside na forma, qual instituição que deve prolatar a decisão sobre os valores substantivos escolhidos. Não reside em sua substância. E neste caso, um corpo de juízes não teria legitimidade para decidir, pois seria contramajoritário. MENDES ensina.

“Auctoritas, non veritas, facit legem”. Quem decide por último? Essa é a pergunta que interessa à descrição procedimental, não o que se decide. Interessa a forma, não a substância. Se a decisão se legitimasse pelo seu conteúdo (se devêssemos obediência a ela pela sua substância), as pessoas que não concordassem com ela iriam desobedecer. Seria, na concepção hobbesiana, um retorno ao estado de natureza. Essa a descrição puramente hobbesiana do sistema constitucional: supremacia da Constituição é um nonsense, porque a supremacia não se define pelo apontamento de restrições substantivas (declarações de direitos, cláusulas pétreas etc), mas pelo procedimento, pela indicação da autoridade que deve decidir. Hobbes diria: há supremacia do Tribunal constitucional, não da Constituição. Não se deve descrever o controle de constitucionalidade de maneira idealista, pois ele não tem como assegurar a proteção da Constituição ou dos direitos. Simplesmente decide por último. É sob esse enfoque que deveríamos perguntar: e a democracia?.”<sup>234</sup>

Infere-se diante do contexto apresentado, que a legitimação do Tribunal Constitucional se verifica apenas quanto a observação do procedimento democrático

---

<sup>233</sup>Ibidem, p.41.

<sup>234</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008p.100.

pela Corte, não podendo os juízes fazerem qualquer interpretação moral com relação a matéria constitucional, no sentido de buscar a sua implementação, nem tão pouco escolher os valores substantivos, pois seria uma postura antidemocrática. Tal função está relegada, ao processo político, aos representantes do povo, eleitos de forma democrática, considerados dentro de uma participação igualitária, como o "direito dos direitos"<sup>235</sup>. Dessa forma a teoria procedimental procura defender o princípio da separação dos poderes e a democracia representativa da intervenção jurisdicional, buscando tal proteção na própria idéia democrática de legitimação do poder político.

### 6.5.2 A Teoria substancialista e a Constituição de 1988

Ao passo que a teoria procedimentalista defende que o ativismo judicial, ou seja, a intervenção da Corte Constitucional perante a função dos demais órgãos do Estado, deve se restringir ao zelo do procedimento democrático, a teoria substancialista entende exatamente o oposto, e se justifica com base na relevância da matéria constitucional. Segundo CAMBI.

A corrente substancialista da jurisdição entende que o Poder Judiciário é o intérprete da vontade geral ou dos valores substanciais implícitos no direito positivo. Afinal, não é exato sustentar que o direito ou a democracia se contentam em estabelecer uma regra de jogo puramente formal, compatível com qualquer conteúdo material.<sup>236</sup>

As Constituições Contemporâneas não se limitam, a agasalhar em seus textos apenas valores puramente procedimentais, como entende John Hart Ely, mas também valores substantivos. Isto implica, que o próprio conceito de democracia, não reside

---

<sup>235</sup>“Our rights in society are numerous; the right of enjoying life and property; the right of exerting our physical and mental powers in a innocent manner; but, the great right of all, and without which there is, in fact, no right, is, the right of taking a part in the making if the laws by which we are governed. [...] The great right [...] of every man, the right of rights, is the right of having a share in the making of the laws, to which the good of the whole makes in his duty to submit”. COBBETT, Willian (1833). “Letter I – To a Youth”. In: Advice to Young Men, and (incidentally) to Young Women, in the Middle and Higher Ranks of Life. In a Series of Letters Addressed to a Youth, a Bachelor, a Lover, a Husband, a Citizen or a Subject. New York: Published by John Doyle, 12 Liberty Street, p. 22.

<sup>236</sup> CAMBI, Eduardo. Op. cit. p.288.

somente na regra da maioria, mas também na observância dos direitos fundamentais e nos interesses da minoria. SUSTEIN argumenta:

[...] a ideia geral da democracia não é meramente processual. Mesmo os seus aspectos processuais [...] dependem de crenças substantivas. Indo mais além no caráter fundamental, é imperioso escolher qualquer conceito específico de democracia representativa a partir de um universo de possibilidades. Tal conceito deve ser sustentado mais pela ideia geral em si do que identificado com ela mesma. O próprio conceito de Ely é mais atraente, mas não é “na” Constituição em qualquer sentido; o documento, sem as ideias complementares do próprio Ely, não demanda esse conceito. Se a Constituição deve ser interpretada de modo a impor a noção particular de Ely, deve ocorrer com base em argumentos consistentes – uma “abordagem de valor”, justamente o que o autor procura evitar. [...] [Q]ualquer abordagem do controle de constitucionalidade deve ser defendida com base em razões substantivas. Nenhum ponto de vista peca por depender delas. Ele [Ely] não forneceu a defesa necessária; em vez disso, recorreu a um argumento meramente processual e, em um sentido decisivo e completamente desnecessário, a uma alegação de neutralidade.<sup>237</sup>

Pela teoria substancialista entende-se que o Poder Judiciário possui legitimidade para intervir em espaços políticos que não lhe competem, pois as Constituições Contemporâneas, em especial a brasileira de 1988 albergam em seus textos uma substância ou matéria de extrema relevância democrática, que são os direitos fundamentais, os quais constituem a essência da Constituição, ou seja, os valores fundamentais escolhidos por uma vontade geral no momento da formação do Contrato Social. Tais direitos fundamentais, em especial os sociais, neste sentido, argumenta-se, que devem ser concretizados pelos poderes políticos, caso contrário o órgão jurisdicional encontrará sua legitimidade para interferir no espaço que não lhe é reservado, para efetivar tais direitos. Portanto, o Poder Judiciário possui legitimidade para efetivar os direitos fundamentais, mesmo que signifique uma postura contramajoritária. STRECK ensina:

Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência,

---

<sup>237</sup> SUSTEIN, Cass R. **A Constituição parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009p.131-132.

inclusive a contra maiorias eventuais. A vontade geral implícita no direito positivo [...] é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que pertence à jurisdição constitucional.<sup>238</sup>

Neste viés, os valores substanciais agasalhados na Constituição Federal de 1988 estabelecem um novo paradigma, um novo modelo de Estado, Estado Democrático de Direito, o qual possui fitos a serem alcançados, o maior deles é a igualdade substancial da sociedade. Esses escopos insculpidos no artigo 3º da Carta Magna somente serão alcançados com a concretização dos direitos fundamentais sociais. Dentro desta perspectiva, este novo paradigma confere ao Estado um papel transformador, ao assegurar que os princípios e regras contidas nas normas jurídicas fundamentais possam ser concretizados. CAMBI leciona:

Com isto quer se resgatar o caráter transformador da Constituição, para que se possa assegurar a devida força normativa aos princípios e regras constitucionais, capazes de realizar o núcleo axiológico das promessas emancipatórias não cumpridas. Portanto, fazer com que a Constituição realize o contrato social.<sup>239</sup>

No contexto sobre o substancialismo, o consenso cívico garantido pela teoria procedimental da Constituição, defendida pela corrente procedimentalista de Habermas, é amplamente criticada pelo substancialismo no sentido de que primeiramente é necessário garantir concretamente os direitos fundamentais sociais aos cidadãos, para que estes possam formar uma opinião crítica sobre os problemas apresentados e debaterem a respeito, pois uma população carente de um Estado, provavelmente não chegará formar um consenso verbal sobre assuntos políticos se não tiverem uma formação intelectual. Portanto não haverá democracia. Por isso é importante a concretização da matéria constitucional para poder haver cidadãos autônomos, para que haja um consenso cívico. STRECK argumenta:

---

<sup>238</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2004.p.147-148.

<sup>239</sup> CAMBI, Eduardo. Op. cit. p.288.

Como ter cidadãos plenamente autônomos, como Habermas propugna, se o problema da exclusão social não foi resolvido? Como ter cidadãos plenamente autônomos se suas relações estão colonizadas pela tradição que lhes conforma o mundo da vida?. Pode uma eleição ser justa, se uma grande parte do eleitorado carece de instrução necessária para compreender as principais linhas do debate político?.<sup>240</sup>

Corroborar neste prisma SARMENTO.

Não pode haver democracia se grande parte do eleitorado é analfabeto ou semiletrado, não tendo instrução necessária para compreender as principais questões colocadas no debate político, ou estão doentes e sem adequado atendimento médico-hospitalar, ou se estão passando fome ou, ainda, se estão desempregadas ou trabalhando em condições opressivas. Não basta assegurar direitos sem que seus titulares possuam condições mínimas de, efetivamente, desfrutá-los. Quem é analfabeto, tem dor e fome, não é livre: não há liberdade, onde existem miséria e exclusão social em níveis eticamente inaceitáveis.<sup>241</sup>

A concretização do conteúdo constitucional, como propugna a democracia substancial por meio da atividade jurisdicional busca sua fundamentação, também, ao tecer críticas quanto ao fato de os juízes não serem eleitos por via democrática. A corrente procedimentalista entende que os juízes não podem intervir em questões políticas, sob este argumento. Pois bem, o substancialismo refuta tal premissa ao contrarrazoar no sentido de que a legitimidade democrática dos órgãos jurisdicionais reside na democracia substancial, ou seja, na tutela dos direitos fundamentais, os quais foram escolhidos por uma sociedade como um todo, para serem os valores essenciais da comunidade. Não está fundamentada na vontade de uma maioria posta no poder de tempos em tempos. Daí, infere-se que democracia não pressupõe apenas governo da maioria, mas também a preservação de direitos fundamentais e dos interesses de uma minoria. CAMBI neste sentido discorre.

---

<sup>240</sup> STRECK, Lênio Luiz. Op.cit.p.174-175.

<sup>241</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2 ed.. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2010.p. 149-154.

A legitimidade do Judiciário, ao tutelar os direitos fundamentais, e, inclusive, ao formular ou executar políticas públicas, está fundada no caráter democrático da Constituição, não na vontade da maioria. Não decorre das urnas, mas está baseada na noção de democracia em sentido substancial cabendo, aos juízes, a tutela constitucional dos direitos fundamentais. Para além do princípio da maioria, que estrutura formalmente a democracia, os direitos fundamentais representam o conteúdo do Estado Democrático de Direito. Precisam ser assegurados para todas as pessoas, independentemente de fazerem ou não, parte da maioria. Estão acima dos interesses políticos hegemônicos em determinado momento histórico.<sup>242</sup>

Outrossim, a atividade jurisdicional é considerada democrática, pois representa o Povo, na medida em que realizada justiça por meio de suas decisões, as quais protegem os direitos fundamentais dos abusos do poder político. Promove a justiça em nome do Povo e guarda os direitos fundamentais em nome do Povo, ou seja, é a representante argumentativa do povo, por meio do processo judicial. Segundo QUEIROZ.

é certo que o juiz e o poder judicial não podem agir ex officio em razão do princípio do pedido. Sob este ponto de vista, os tribunais são 'passivos' no que concerne ao poder de 'inovação' (mas não já de 'criação') na ordem jurídica democrática. Agem não como representantes (políticos) do Povo, que não o são, mas em 'representação' de sua vontade. Não é o juiz individualmente considerado, mas o tribunal, a função específica que exerce, que é considerada soberana, e, nesse sentido, actuando 'em representação' do Povo, posto que torna presente sua vontade soberana. A justiça é aplicada 'em nome do Povo'. Não se trata de simples alegoria. Está possui um simbolismo próprio, uma representação específica e insofismável.<sup>243</sup>

No mesmo sentido, esta visão democrática da jurisdição vem sendo defendida pela Suprema Corte brasileira, onde o Ministro Gilmar Mendes "vem afirmando que o STF faz a "representação argumentativa" da sociedade, diferenciando-se do Legislativo por ter o ônus de argumentar (convencer), e não de formar maiorias,

---

<sup>242</sup> CAMBI, Eduardo. Op. cit. p.280.

<sup>243</sup> QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais sociais**. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra, 2006.p.157.

podendo corrigir distorções da atividade legislativa. O STF na opinião do Ministro, seria um espaço democrático, aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na sociedade, já que, antes da tomada de grandes decisões a Corte vem realizando audiências públicas, recebendo todo o tipo de argumentação" 244

Na esteira da argumentação de que a Corte Suprema representa os anseios sociais, a doutrina entende que através do Judiciário, parte da população relegada a margem do poder político encontra acesso fácil ao processo jurisdicional, buscando proteção aos seus direitos, ao passo que, no processo político tal apoio é mais difícil. CAPPELLETTI ensina.

São exatamente esses grupos marginais, grupos que acham impossível procurar acesso nos poderes "políticos", que a Corte pode melhora servir (...) Enquanto, efetivamente, são essencialmente políticos os poderes da Corte, pelo que os grupos marginais podem aguardar por parte da Corte o apoio político que não estão em condições de encontrar em outro lugar, os procedimentos da Corte, pelo contrário, são judiciários. Significa isso que tais procedimentos se baseiam no debate em contraditório ("adversary") entre as duas partes, vistas como indivíduos iguais, dessa forma, os grupos marginais podem esperar audiência muito mais favorável de parte da Corte do que organismos que, não sem boa razão, olham além do indivíduo, considerando em primeiro lugar a força política que pode trazer à arena.<sup>245</sup>

Por outro lado, na ótica de se criticar negativamente o papel antidemocrático da Corte Constitucional através das exposições procedimentalistas, há que se endagar se o Legislativo e o Executivo, composto por representantes do povo eleitos democraticamente, é efetivamente democrático em suas ações. CAPPELLETTI afirma.

[...] os próprios entes públicos, com o fim de auxiliar o seus programas e os dos grupos por eles representados procuram promover apoios e alianças com outros grupos dentro e fora do governo. Nesse processo de formação troca e empréstimo de "força política", as questões que frequentemente aparecem não

---

<sup>244</sup> NOJIRI, Sérgio. Op. cit. 2012.p.102.

<sup>245</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.p.99.

dizem respeito a decisões majoritárias. Não há sentido, portanto, no mundo político real, em submeter, de forma simplística, os vários ramos do governo a análises baseadas em etiquetas como "voz da maioria", "democrático" ou "não democrático". Certamente há muitos casos em que as decisões políticas de governo (...) refletem o sentimento da maioria, mas isto não é verdade também em muitos casos.<sup>246</sup>

Assim, também, OLSEN, tece a mesma observação quanto a realidade da estrutura política brasileira, que, muitas vezes, realiza os anseios de grupos ligados ao poder econômico, de modo a barganhar os favores prestados por estes em época eleitoral, enquanto que a concretização de valores escolhidos por uma vontade majoritária fica em segundo plano. Segunda a autora:

esta realidade é bastante evidente no Brasil. Diversas normas emanadas pelo Legislativo, e mesmo do Executivo, como as medidas provisórias, não gozam de representatividade, indo, na realidade, em direção contrária aos anseios da sociedade brasileira. O mesmo se verifica com os atos do administrativo que muitas vezes atendem a um juízo de oportunidade e conveniência do próprio Executivo, e não necessariamente da população.<sup>247</sup>

É bem verdade que os juízes, assim como a governo da maioria, também podem tomar decisões injustas ou arbitrárias, mas há, neste caso, mecanismos constitucionais para corrigir o direito criado pelos órgãos jurisdicionais, como a instrumento da revisão constitucional. Pondera CAPPELLETTI:

Certamente, também os juízes podem se transformar em burocratas distantes, isolados do seu tempo e da sociedade, mas, quando isto ocorre, um sadio sistema democrático tem a capacidade de intervir e corrigir a situação patológica, mediante instrumentos de "controles recíprocos". Em particular, a normas inaceitável, judicialmente, criada, pode ser corrigida ou ab-

---

<sup>246</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores Op. cit. p.95-96.

<sup>247</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. cit. p.283.

rogada mediante um ato legislativo, e, no limite, até por meio de uma revisão constitucional.<sup>248</sup>

Outros fundamentos albergados pela teoria substancialista sobre o papel democrático desempenhado pelos juízes constitucionais estão alicerçados no princípio da legalidade e na interpretação criativa do juiz com base em valores morais presentes no próprio ordenamento jurídico, em especial contidos na Carta Magna, o que permitem aos magistrados irem além das decisões políticas para salvaguardar e concretizar os escopos do Estado Democrático de Direito. O problema, na verdade, não é de legitimidade democrática jurisdicional, mas da medida das restrições exaradas pelos juízes em suas decisões. Nas palavras de CAPPELLETTI.

E visto que, especialmente nos países de "Civil Law", o direito se identifica frequentemente com a lei, a vontade majoritária, que está à base da legislação democrática, torna-se também, indiretamente, fundamento da legítima atividade jurisdicional, enquanto, exatamente, "baseada na lei". Bem sabemos, porém, que, em certa medida, a "lei" é um mito, que deve ser "interpretada" e completada para traduzir-se em ação real e que a interpretação judiciária, mesmo tendo por objeto a lei, em certa medida é sempre criativa do direito. O verdadeiro problema não é portanto o de uma abstrata legitimação, mas é sobretudo de um problema de restrições concretas. Quais restrições adota o juiz de particular lugar e tempo, em sua função (inevitavelmente) criativa de direito e valores? "Textos" escritos e normas de "direito natural", a "tradição" e o "consenso geral", "a idéia de progresso" etc.: esses e outros elementos e critérios, embora vagos, flexíveis, contraditórios e, em todo caso, incompletos e insuficientes, podem todavia auxiliar para fazer os valores criados pelo juiz, inevitavelmente pessoais, sejam apesar disso menos individuais email sociais, isto é, mais objetivos. Não se cuida de uma questão de impessoalidade, nunca alcançável, mas de uma questão de objetividade relativa, ou seja, de conexão com a história, evoluções, necessidades, tendências e ideais da sociedade.<sup>249</sup>

---

<sup>248</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores?. Op. cit. p.100-101.

<sup>249</sup> Ibidem.p.102-103.

Neste sentido é necessário que o órgão jurisdicional saiba ser contido em sua decisões e não permita que a interpretação excessiva por meio de princípios constitucionais, podendo tornar-se arbitrário dentro de sua discricionariedade subjetiva. STRECK argumenta:

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 a 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 (soliptistas). 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 juridicização perde-se no emaranhado de ativismos.<sup>250</sup>

O excesso de constitucionalização, por meio do ativismo judicial, tem conseqüências negativas, quais sejam, o engessamento da lei infraconstitucional e o surgimento do decisionismo judicial, o que prejudica a o desenvolvimento do governo democrático. Leciona BARROSO:

Não se deve passar despercebido o fato de que a constituição exacerbada, sobretudo pela via interpretativa do ativismo judicial, pode trazer conseqüências negativas, duas das quais foram destacadas e podem ser destacadas: (a) de natureza política: o esvaziamento do poder das majorias, pelo engessamento da legislação ordinária, (b) de natureza metodológica: o decisionismo judicial, potencializado pela textura aberta e vaga das normas constitucionais.<sup>251</sup>

No sentido de salvaguardar o princípio democrático, os juízes podem tomar decisões substantivas, mas não de forma demasiada, pois “o reconhecimento de que juízes e tribunais podem atuar criativamente em determinadas situações não lhes dá

---

<sup>250</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Ativismo Judicial não é bom para a democracia**. Disponível em: [oabuberlandia.org.br/oab10.qps/Ref/QUIS-7W4SZ6](http://oabuberlandia.org.br/oab10.qps/Ref/QUIS-7W4SZ6)Acesso em 10/4/2014.

<sup>251</sup> BARROSO, Luis Roberto. Op.cit.p.449-450.

autorização para sobrepor o legislador [...] o uso abusivo da discricionariedade judicial pode comprometer a legitimidade democrática da função judicial”<sup>252</sup>.

## 6.6 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A QUESTÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

De todo exposto, observou-se, por meio dos casos concretos contemplados no presente trabalho, a expansão da atuação da jurisdição brasileira, em especial, a atuação da Corte Constitucional. A expansão do Poder Judiciário se deve, como visto, a uma nova leitura dada ao Estado de Direito Constitucional, concebida pelas consequências fáticas de uma conjuntura histórico-social evidenciada no período posterior a Segunda Guerra Mundial.

Esta nova leitura está relacionada às novas atribuições dadas ao Estado Contemporâneo, como a tutela de novos direitos, os quais impuseram ao Estado deveres prestacionais para que este pudesse atingir os novos escopos estabelecidos pela soberania popular, como da concretização da igualdade substancial lastreada no princípio da dignidade da pessoa humana.

Com o fito de efetivar os novos direitos albergados no texto constitucional, o Estado adotou nova roupagem observada em alguns pontos específicos do constitucionalismo, os quais a nova doutrina constitucional convencionou em denominar de neoconstitucionais ou pós-positivos. Os pontos paradigmáticos, como já visto, foram a aproximação dos juízos de valores morais ao direito, outrora refutados pelo Estado Legislativo de Direito, a força normativa e a supremacia da Constituição, bem como a adoção de normatividade aos princípios.

Todos esses novos elementos imperativos do novo direito constitucional, acarretaram, conseqüentemente uma mudança na forma de interpretação dos casos concretos dados pelos órgãos jurisdicionais às demandas apresentadas à jurisdição. A interpretação jurisdicional passou a ser não somente silogística, mas também argumentativa, fundada no método da ponderação. Esta nova forma de interpretar os casos concretos, e aqui se quer dizer os chamados “casos difíceis”, leva o magistrado

---

<sup>252</sup> Ibidem.p.450-451.

a inevitável criação do direito, com base nos valores constitucionais de justiça e equidade. Este é um dos pontos importantes que torna o Judiciário expansivo.

Entretanto, não somente a nova interpretação torna o Judiciário amplo, mas também, quando este é chamado a resolver casos de ineficiência democrática dos demais órgãos que formam a expressão de poder do Estado, Legislativo e Executivo. Nestes casos, como visto, o Judiciário acaba por ter que interferir em questões que não são de sua competência, muitas vezes decidindo valores constitucionais que são de legitimidade política e portanto, democrática.

Ocorre que os juízes, especialmente os da Suprema Corte, ao decidirem as demandas, acabam por torná-las contramajoritárias, pois tais não foram eleitos democraticamente para tomar decisões tanto de cunho de políticas públicas, como em sede de controle de constitucionalidade de leis. E aí, reside a crítica procedimentalista sobre a intervenção da Corte Constitucional. Para esta teoria, a Corte Constitucional possui o papel único e exclusivo de, em sede de controle de constitucionalidade de leis ou questões de políticas públicas, apenas salvaguardar o procedimento democrático de escolhas substantivas feitas pela maioria.

No entanto, mesmo sendo contramajoritárias, as decisões tomadas pela Corte Suprema, no caso de Estados que seguem o modelo de Estado Social, Estado Democrático de Direito, a decisão mesmo sendo anti-democrática é democrática, tendo em vista a função primordial da Corte Constitucional em tutelar e efetivar os valores substantivos da Carta Magna, independente das escolhas feitas por uma maioria transitória no poder, a qual, por vezes, pode tomar escolhas anti-democráticas. A Corte Constitucional tem a obrigação de zelar e tornar as escolhas substantivas feitas por uma sociedade, como um todo, em um determinado momento político de instituição de um modelo de Estado observadas por todos, especialmente pelo poder político.

Isso leva a conclusão de que democracia não pressupõe governo de uma maioria, mas também a observação e efetivação de direitos fundamentais e proteção aos direitos da minoria.

No caso de Estados de desenvolvimento econômico tardio, como o Brasil, fica evidente, que primeiro é necessário realizar os valores substantivos da Carta Magna, como saúde e educação, por exemplo, para que o cidadão, principalmente o menos favorecido, possa ter a liberdade real para participar direta e ativamente das escolhas

democráticas, pois o pluralismo de idéias e o pensamento crítico não é evidenciado na maior parte da população brasileira. Além disso, a Carta Constitucional brasileira não é eminentemente formal, mas também substancial.

É neste contexto que se conclui que a tendência das decisões da Corte Constitucional, muitas vezes, “ativas”, é de realizar justiça constitucional, ou seja, substancial. Entretanto, o Judiciário não deve abusar da técnica da interpretação principiológica, a qual pode gerar decisionismos, os quais são antidemocráticos. Deve se conter quando necessário, pois a discricionariedade excessiva pode levar a arbitrariedade, o que é antidemocrático e inconstitucional. O governo brasileiro é democrático e não deveria ser juristocrático.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Identificou-se no capítulo que trata sobre o Constitucionalismo, que a limitação do poder político com base na lei nasceu na Grécia Antiga, tendo sido angariada tal idéia, também, pela Roma Antiga. Com a queda do império romano, no final da Idade Antiga, o constitucionalismo desapareceu, ressurgindo no final da Idade Média, na Inglaterra, com a Carta Magna de 1215. Após a vitória do Parlamento inglês sobre a monarquia absolutista, que teve seu ápice máximo com a Revolução Gloriosa e o reconhecimento de direitos, através do Bill of Rights (1689), esta serviu de exemplo para as Revoluções que vieram logo a frente, a Americana (1776), a qual influenciou a Francesa (1789). Tais acontecimentos histórico-sociais do século XVIII, impetrado pela povo americano e pela burguesia francesa, em face das premissas do Estado Absoluto, o Estado Constitucional Moderno nasceu sob os ideais de limitação do poder com base em uma Lei Suprema, a Constituição, a implantação da separação dos poderes do Estado e a prescrição e tutela de direitos civis e políticos. Tendo em vista o Estado arbitrário de outrora, surgiu a necessidade de se racionalizar o direito, por meio da lei, através do fenômeno da codificação, onde o poder Legislativo se tornou o poder de maior influência, entre as formas de expressão do Poder Estatal, tendo o executivo apenas que executar as leis e o Judiciário apenas aplicar, declarar a lei, sem a possibilidade de interpretá-la, com base em juízos de valor moral, consubstanciados na Constituição. A Carta Magna, possuía apenas valor político e não força normativa, tampouco seus princípios. O direito era analisado apenas sob o ponto de vista formal, perfazendo tais características do Direito positivista centrada na legislação. Identificou-se, também, as formas de limitação do poder político nas Cartas Constitucionais, inclusive a brasileira, de outras épocas e a atual.

Reconheceu-se, também, no capítulo que trata do Neoconstitucionalismo, o seu conceito sob o ponto de vista de que não houve superação das características do constitucionalismo moderno, pois a teoria neoconstitucional ou pós-positiva não buscou refutar a Constituição, os direitos fundamentais e o princípio da separação dos poderes, mas dar a tais elementos uma nova roupagem. A necessidade de se dar uma nova roupagem ao positivismo jurídico, surgiu após o homem tomar consciência de que necessitava de um novo referencial ético, a dignidade do ser humano, já que

a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) havia aniquilado o valor humano, os direitos civis e políticos e alguns sociais, já implantados, em algumas Constituições, como as de Weimar (1919) e a Mexicana (1917). Um novo formato de Estado de Direito passa a ser instituído após 1945, um Estado preocupado em garantir a igualdade substancial entre as pessoas, por meio da tutela de novos direitos sociais e com a busca da efetivação de todo o elenco dos direitos fundamentais. Tais situações permitiram se adotar novos elementos para que os fins desse novo Estado, Estado Democrático de Direito, fossem atingidos, como a adoção de um direito não mais centrado puramente na legislação, mas, também, de um direito centrado em valores morais, como, os de justiça e equidade. O direito passa a ser interpretado de forma pragmática, real, se afastando da corrente jusfilosofica positivista do direito baseada estritamente na formalidade da lei e na avaliação das normas constitucionais. A Constituição, então passa a ser o centro do sistema jurídico, suprema e dotada de força normativa, normas princípios, os quais inauguraram uma nova forma de interpretação jurídica, o método da ponderação. Além disso, o Judiciário, que outrora era “poder nulo”, passa a controlar a constitucionalidade das leis e a efetivar os direitos fundamentais.

Por fim, compreendeu-se no capítulo derradeiro, que trata sobre O Neoconstitucionalismo e a questão do princípio democrático, que dentre as características neoconstitucionais, a que mais se sobressaiu, sendo, na realidade consequência natural das demais, foi o questionamento da atividade jurisdicional, em especial da Corte Constitucional analisados sob a ótica da juridicização da política, no que concerne a sua intromissão em políticas públicas, omissões legislativas e no próprio controle de constitucionalidade de leis. Demonstrou-se sua expansão através da breve análise de decisões de casos concretos recentes, os quais por meio da abertura valorativa da Constituição e sua supremacia, permitiu aos órgãos jurisdicionais, que de forma, muitas vezes, discricionária, realizassem a efetivação dos valores substantivos da Carta Magna, de maneira subsidiária ou não com relação aos demais poderes. Tal ingerência em assuntos não pertinentes ao Judiciário, suscitou a preocupação teórica de se permitir ou não intervenção da Corte Constitucional em questões que não lhe competem. Do ponto de vista procedimental, viu-se que o apoio a não intervenção da Suprema Corte se baseia na questão de que suas decisões finais são contramajoritárias, pois são decididas por juízes não eleitos democraticamente. Esta corrente defende claramente

que o papel da mais alta Corte dos países constitucionais é unicamente garantir o procedimento democrático e respeitar a escolha política dos valores substantivos da Constituição pelos representantes do povo, a Assembléia Legislativa. Por outro lado, a corrente substancialista defende a idéia de que há necessidade de que haja a intervenção da Corte Constitucional quando houver violação dos valores essenciais da Carta Magna, pois tais representam a essência da Constituição, ou seja, os valores substantivos fundamentais escolhidos por uma sociedade como um todo, em um momento de político específico e relevante. Tal essência não poderia ser violada por maiorias políticas que se revezam no poder. Mesmo sendo contramajoritárias suas decisões, a postura da Corte, ainda assim seria democrática, por proteger os valores primordiais da Carta Magna.

Por meio desta análise, reconheceu-se que, pelas recentes decisões da Corte Constitucional brasileira, o Estado de Direito brasileiro possui tendência a ser interventivo, ou seja, substancial, devido ao novo paradigma estabelecido pelo Estado em 1988, através da Constituição. Neste viés, apenas é necessário, se estabelecer a extensão da legitimidade da Corte Constitucional quanto as suas decisões, pois em virtude da abertura dos princípios e conceitos indeterminados trazidos pela Lex Legum, a discricionariedade judicial pode se converter em arbitrariedade e isto seria anti-democrático e inconstitucional, fulminando o princípio da separação dos poderes e criando uma juristocracia, o que seria inadmissível, num Estado cuja soberania é popular.

Assim é necessário que os juízes se mantenham dentro do parâmetro constitucional, não deixem seu subjetivismo criar novos princípios que não estão albergados na Constituição e que os demais órgãos possam realizar suas funções democráticas, pois o agigantamento do Judiciário demonstra a crise representativa e de legitimidade desidiosa dos demais poderes, o que acaba por sobrecarregar o Judiciário, o qual não possui condições para tudo fazer, ser paternal, além do que, cria a desarmonia no equilíbrio entre os poderes e “cidadãos de segunda classe”<sup>253</sup>, como diria Streck.

---

<sup>253</sup> “Isso, hoje, é facilmente perceptível nos municípios brasileiros, em que os conflitos, na sua maior parte, são levados ao Ministério Público, que os repassa ao Judiciário. A excessiva judicialização das relações sociais acarreta o risco de estarmos criando cidadãos de “segunda classe”, que, em vez de se

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ed.. São Paulo: Malheiros. 2012.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARISTÓTELES. **A Constituição de Atenas**, IX, 1. São Paulo: Hucitec, 1995

ARRUDA, José Jobson de A. PILETTI, Nelson. **Toda História: História Geral e História do Brasil**. 6 ed.. São Paulo: Ática, 1996.

\_\_\_\_\_. PILETTI, Nelson. **Toda História: História Geral e História do Brasil**. 4 ed.. São Paulo: Ática, 1995.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** (da definição à aplicação dos princípios jurídicos). 2 ed.. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3 ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democracia](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democracia)> Acesso em: 10 abril 2014

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo, 4 ed.. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). p 42. Revista da ESMEC, Themis: Fortaleza, v.4, n.2, jul/dez 2003. Disponível em: [www2.tjce.jus.br:8080/esmec/wp-content/uploads/.../themis\\_v4\\_n\\_2.pdf](http://www2.tjce.jus.br:8080/esmec/wp-content/uploads/.../themis_v4_n_2.pdf)

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 2 ed.. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed.. São Paulo: Malheiros, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed.. São Paulo: Saraiva, 2012.

BURNS, Edward MacNall. MEACHAN, Standish. LERNER, Robert E. História da Civilização Ocidental. **Do Homem das Cavernas às Naves Espaciais**. V. 2. 31 ed.. São Paulo: Globo, 1993

---

organizarem e lutarem por seus direitos, delegam essa prerrogativa cidadã a uma espécie de administrativização da sociedade. Esse fenômeno é mais visível nos municípios, em que os vereadores, tais quais os cidadãos, preferem correr ao gabinete do Promotor de Justiça do que lutar politicamente pelos direitos da comunidade. Neste ponto, devemos dar razão a autores como Habermas, que chamaria a isso de “colonização do mundo da vida”. STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11 ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 65.

BURNS, Edward McNall. **História da Civilização Ocidental**. Do Homem das Cavernas até a Bomba Atômica. O Drama da Raça Humana. 1 V. Porto Alegre:Globo, 1975

\_\_\_\_\_. **História da Civilização Ocidental**. Do Homem das Cavernas até a Bomba Atômica. O Drama da Raça Humana. V II. Porto Alegre:Globo, 1977.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2 ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed.. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Delgado de. **História Geral**. V.1. São Paulo: São Paulo Editora S/A, 1956

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito**. Geral e do Brasil. 8 ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

COBBETT, Willian (1833). “**Letter I – To a Youth**”. In: Advice to Young Men, and (incidentally) to Young Women, in the Middle and Higher Ranks of Life. In a Series of Letters Addressed to a Youth, a Bachelor, a Lover, a Husband, a Citizen or a Subject. New York: Published by John Doyle, 12 Liberty Street, p. 11-49.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2 ed.. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. **Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. 3 ed.. São Paulo: Companhia das Letras, 2006

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. 2 ed.. São Paulo: Saraiva, 2008.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32 ed.. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIMOULIS, Dimitri. DUARTE, Écio Oto. **Teoria do Direito Neoconstitucional**. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?. São Paulo: Método, 2008.

DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional**. Controle de Constitucionalidade e remédios Constitucionais. São Paulo: Atlas, 2011.

DURANT, Ariel. DURANT, Will. **A História da Civilização V III**. A Era De Luís XIV. Uma História da Civilização Européia no Período de Pascal, Molière, Cromwell, Milton, Pedro, o Grande, Newton e Spinoza: 1648-1715. Rio de Janeiro: Record, 1981

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução Nelson Boeira São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. O Império do Direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed.. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais**. 11 ed.. São Paulo: Saraiva, 2009.

HÄBERLE, Peter. **L'Etat Constitutionnel**, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

HAMILTON, Alexander. JAY, John. MADISON, James. **O Federalista**, XLVII. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1959

HESPANHA, António M.. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia**. Forum da História: Publicações Europa- América, 1997.

HOLMES, Stephen, SUSTEIN, Cass. **The Cost of Rights**. Why Liberty Depends on Taxes. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 13 ed.. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOIS, Cecilia Caballero. "**Teoria constitucional e neoconstitucionalismo no limiar do século XXI: mudança política e aceitabilidade racional no exercício da função jurisdicional**", LOIS, Cecilia Caballero, BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto, LEITE, Roberto Basile (Coords.). **A constituição como espelho da realidade: interpretação e jurisdição constitucionais em debate**. Homenagem a Silvio Dobrowolski, São Paulo: LTr, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4 ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELLO, Celso de. **Atuação do Supremo Tribunal Federal**. Consultor Jurídico, 15 de março de 2006. Entrevista concedida a Marcio Chaer. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes\\_papel\\_ativo\\_interpretacao\\_lei](http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes_papel_ativo_interpretacao_lei)> acesso em 12 abril de 2014.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ed..São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Editora Coimbra, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de Outubro de 1988**. 37 ed.. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. 29 ed.. São Paulo: Atlas, 2013.

MOTA, Myriam Becho. BRAICK, Patrícia Ramos. **História das Cavernas ao Terceiro Milênio**. 2 ed.. São Paulo: Moderna, 2002.

NOJIRI, Sérgio. Neoconstitucionalismo versus Democracia. **Um olhar Positivista**. Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade**. 2 ed.. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2007.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**. Efetividade frente à Reserva do Possível. 22 ed.. Curitiba: Juruá, 2008.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra, 2006.

RAMOS, Elival da Silva Ramos. **Ativismo Judicial**. Parâmetros Dogmáticos. 3ed..São Paulo: Saraiva, 2013.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed.. São Paulo: Saraiva, 2007.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica**. Introdução a uma Leitura Externa do Direito. 4 ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10 ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7 ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2 ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010..

\_\_\_\_\_. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: QUARESMA, Regina, OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula, OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36 ed.. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. RT, São Paulo, ano 91, n. 789, abr.2002.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**. Due Processo of Law. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

STRECK, Lênio Luiz. **Ativismo Judicial não é bom para a democracia**. Disponível em: oabuberlandia.org.br/oab10.qps/Ref/QUIS-7W4SZ6. Acesso em 10/4/2014.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11 ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. 2 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUSTEIN, Cass R.. **A constituição parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**. 1ed..São Paulo: Malheiros, 1999.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da Legislação**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

WATANABE, Kazuo. **Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: Mínimo Existencial e demais Direitos Fundamentais imediatamente Judicializáveis.** Revista de Processo. V. 36. n. 193. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=12&processo=12>

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>

[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula\\_001\\_032](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_032)

[http://www.conjur.com.br/2006-mar-24/leia\\_voto\\_ministra\\_ellen\\_gracie\\_verticalizacao?pagina=7](http://www.conjur.com.br/2006-mar-24/leia_voto_ministra_ellen_gracie_verticalizacao?pagina=7)

<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>