



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Estefânia Maria de Queiroz Barboza

**A Legitimidade Democrática da Jurisdição
Constitucional na Realização dos Direitos
Fundamentais Sociais**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
Mestrado em Direito Econômico e Social

Curitiba
Julho de 2005



Estefânia Maria de Queiroz Barboza

**A Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional
na Realização dos Direitos Fundamentais Sociais**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-PR como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Social.

Orientadora: Prof. Dra. Katya Kozicki

Curitiba
Julho de 2005



Estefânia Maria de Queiroz Barboza

**A Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional
na Realização dos Direitos Fundamentais Sociais**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-PR como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Social. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Dra. Katya Kozicki
Orientadora

Prof. Dra. Cláudia Maria Barbosa
Membro – PUC-PR

Prof. Dr. Alexandre Bernardino Costa
Convidado – UnB

Prof. Dra. Vera Karam de Chueiri
Convidada – UFPR

Curitiba, 26 de agosto de 2005.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da autora, da orientadora e da universidade.

Estefânia Maria de Queiroz Barboza

Graduou-se em Direito na Universidade Federal do Paraná (UFPR) em 1996. Especializou-se em Direito Tributário e Processual Tributário na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) em 1999. É professora de graduação na Fundação de Estudos Sociais do Paraná (FESP) e na UniBrasil e professora da pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. É advogada em Curitiba.

Barboza, Estefânia Maria de Queiroz
B239L 2005 A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais / Estefânia Maria de Queiroz Barboza ; orientadora, Katya Kozicki. – 2005.
184 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005
Inclui bibliografia

1. Direito constitucional 2. Poder judiciário. 3. Direitos humanos.
4. Democracia. 5. Direito civis. I. Kozicki, Katya. II. Pontific Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direit
III. Título.

Doris - 4.ed. 341.2
341.256
341.27
341.234

Para Marco Antônio e
Rafaela, por tornarem
minha vida mais
feliz.

Agradecimentos

A vida é engraçada, estamos sempre em busca de alguma coisa, procurando realizações pessoais ou profissionais e, quando alcançamos o que buscamos, precisamos de outro objetivo para ir atrás. No estudo científico, acho que esta realidade é ainda mais presente, pois quanto mais estudamos mais verificamos que a pesquisa não acabará nunca, que um estudo nunca estará terminado ou concluído, pois o conhecimento é infinito e, portanto, as realizações são temporárias. Confesso aqui que a pesquisa é apaixonante, principalmente quando encontramos idéias novas, geniais que nos levam a pensar, a questionar, a mudar nossa opinião, ou a reforçar a posição defendida.

Apesar do trabalho de pesquisa, intelectual ser da autora, é certo que para escrever uma dissertação de mestrado, precisa-se, por assim dizer, de todo um aparato logístico a lhe dar apoio, tanto operacional como emocional. Assim, gostaria de agradecer a todos aqueles que direta ou indiretamente permitiram que eu realizasse o presente trabalho.

Primeiro, gostaria de agradecer do fundo do meu coração a meu marido, amigo e companheiro, Marco Antônio, por ter estado ao meu lado durante todo o período do Mestrado, desde a realização dos créditos à elaboração da dissertação e, principalmente, por ter assumido, muitas vezes, o papel de pai e mãe com a nossa pequena Rafaela, nos momentos em que eu estudava, por saber o quanto isso era importante para mim.

Gostaria de agradecer à minha pequena filha, Rafaela, pela alegria constante com que, muitas vezes, me interrompia no estudo, deixando esses momentos mais leves e felizes.

A meus pais, Símplicio e Ellen que, além do exemplo dado em casa, sempre me proporcionaram todos os estudos necessários para que eu pudesse chegar até aqui, além do amor e da presença constantes. Além disso, agradeço, com carinho, à

minha mãe e amiga por todos os dias em que buscou minha pequena na escola para permitir que eu pudesse estudar.

A meus irmãos, Karla e Mano, que apesar da distância, estão sempre ao meu lado.

Agradeço, ainda, a minha sogra, Cerli, e meu sogro Odilon, por estarem sempre prontos para ajudar.

Além da família, outras pessoas também foram muito importantes para que esse trabalho pudesse ser realizado.

Gostaria de agradecer especialmente à minha orientadora, Katya Kozicki – exemplo de docente extremamente vocacionada – por todas as críticas elaboradas na fase de redação da dissertação, bem como pela amizade conquistada. Sinto-me privilegiada por ter sido sua orientanda.

Aos professores do Mestrado da PUC-PR, Cláudia Maria Barbosa, Flávia Piovesan, Daniel Omar Perez, Katya Kozicki, Carlos Frederico Marés de Souza Filho, porque uma grande parte do presente estudo é fruto de discussões de suas aulas.

Aos meus colegas e amigos do Mestrado, pela ótima convivência acadêmica, pela troca de idéias e principalmente, pelas amizades conquistadas.

À Eva de Fátima Curelo e Isabel Cristina Rosa, pela paciência e atenção com que sempre me ajudaram.

À CAPES, pelo auxílio concedido, o que proporcionou uma maior dedicação de tempo para elaboração da presente dissertação.

A todos os amigos, gostaria de agradecer pela paciência que tiveram comigo no período de realização do Mestrado, como também gostaria de me desculpar pelas ausências nesse período. Agradeço também ao Marco Aurélio, amigo e cunhado, pela convivência nesse período, e pela paciência em escutar as ansiedades em relação ao Mestrado. Gostaria de agradecer especialmente a Juliana Vermelho

Martins por ter feito a revisão do meu “Résumé” em francês, bem como à minha irmã Ana Karla, por ter feito a última revisão do meu “Abstract”.

Resumo

Barboza, Estefânia Maria de Queiroz; Kozicki, Katya. **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais**. Curitiba, 2005, 184 p. Dissertação de Mestrado – Mestrado em Direito Econômico e Social, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

A dissertação “A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais” busca enfrentar a grande tensão entre o Poder Judiciário – que exerce a jurisdição constitucional no Brasil – e os Poderes democraticamente eleitos pelo povo, Legislativo e Executivo. Essa tensão consiste num reflexo da crise social por que passa a sociedade brasileira, que busca, cada vez mais, a efetivação dos direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais que demandam prestações positivas do Estado para serem implementados. O objetivo deste trabalho é analisar a problemática existente entre o papel da jurisdição constitucional – e seu caráter contramajoritário em defesa dos direitos fundamentais – e a democracia, enquanto contrapostos num Estado Democrático de Direito, bem como, refletir a problemática quanto a efetivação dos direitos fundamentais sociais que demandam prestações positivas do Poder Público. Utilizando-se da experiência histórica do ativismo judicial americano, bem como das peculiaridades da Constituição brasileira, conclui-se que a tensão existente entre a jurisdição constitucional, os direitos fundamentais e a democracia é apenas aparente, visto que a jurisdição constitucional exerce um papel importante na implementação dos valores substantivos previstos na Constituição Federal de 1988, e, conseqüentemente, na realização da democracia, concluindo-se que o Poder Judiciário, por meio da jurisdição constitucional, deve exercer um papel ativo, tanto político, como social no Estado Brasileiro, interpretando os direitos sociais prestacionais de forma a lhes dar a maior efetividade possível, como única forma a se alcançar a justiça e a democracia, erigindo o Brasil a um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave

Constituição – Democracia – Constitucionalismo – Ativismo Judicial – *Judicial Review* – Poder Judiciário – Jurisdição Constitucional – Direitos Fundamentais – Direitos Sociais Prestacionais

Abstract

Barboza, Estefânia Maria de Queiroz; Kozicki, Katya. **The democratic legitimacy of the constitutional jurisdiction in the fulfillment of the social welfare rights.** Curitiba, 2005, 184 p. A thesis submitted in conformity with the requirements for the degree of Master of Law, Department of Law, Pontific Catholic University of Paraná.

This essay “The democratic legitimacy of the constitutional jurisdiction in the fulfillment of the social welfare rights” tries to face the existing tension between the Judiciary and the Legislative and Executive Powers, which consists in a reflex of a social crises undergoing the Brazilian society. It looks forward to seeing in practice, not only the fundamental rights, but also social rights which demand positive action from the State to be applied. The objective of this work is to analyze the existing matters between the role of the constitutional jurisdiction – and its counter majoritarian will to defend the fundamental rights – and the democracy, opposing each other in a democratic state of rights, as well as the problems with having the fundamental social rights accomplished, which requests positive attitude from the State. Taking into consideration the historical experience of the American activism, as much as the peculiarities of the Brazilian constitution, it comes to the conclusion that the existing tension between the authority of the constitution, the fundamental rights and the democracy is just superficial, since the power of the constitution jurisdiction has an important role in the implementation of vital values found in the 1988 Federal Constitution, and, consequently in the fulfillment of the democracy. Therefore the judiciary, through the constitutional power, carries out a fundamental and active role, both political and social in the Brazilian society, interpreting granted social rights provided by the state, making them as effective as possible. This is the only way to reach justice and democracy, making Brazil a truly Democratic country.

Keywords

Constitution – Democracy – Constitutionalism – Judicial Activism – Judicial Review - Judiciary Power – Constitutional Jurisdiction – Fundamental Rights – Granted Social Rights

Résumé

Barboza, Estefânia Maria de Queiroz ; Kozicki, Katya. **La légitimité démocratique de la juridiction constitutionnelle dans l'accomplissement des droits de protection sociale.** Curitiba, 2005, 184 p. Dissertation du Master – Master en Droit Economique et Social, Pontificia Universidade Católica do Paraná.

Le traité “La légitimité démocratique de la juridiction constitutionnelle dans l'accomplissement des droits de protection sociale” essaie de faire face à la tension existante entre le Système Judiciaire – qui fait la juridiction constitutionnelle au Brésil – et les Pouvoirs démocratiquement élus par le peuple, Législatif et Exécutif. Cette tension consiste dans un réflexe de la crise sociale subissant la société brésilienne, qui cherche, chaque fois de plus, la réalisation non seulement des droits fondamentaux, mais aussi des droits sociaux, qui exigent une action positive de l'Etat pour être appliqués. L'objectif de ce travail sera d'analyser les questions existantes entre le rôle de la juridiction constitutionnelle – et sa caractéristique non majoritaire pour la défense des droits fondamentaux – et la démocratie, lorsque opposés dans un État Démocratique de Droit. On va étudier, aussi, la problématique sur la réalisation des droits sociaux fondamentaux, qui demandent des attitudes positives de l'Etat. En prenant en considération l'expérience historique de l'activisme américaine, autant que les particularités de la Constitution brésilienne, on conclut que la tension entre la juridiction constitutionnelle, les droits fondamentaux et la démocratie sont juste superficiels, parce que la juridiction constitutionnelle a un rôle important dans l'implémentation de valeurs vitales trouvées dans la Constitution Fédérale de 1988, et, par conséquent, dans l'accomplissement de la démocratie. Donc, le Système Judiciaire, par la juridiction constitutionnelle, doit avoir un rôle actif, aussi politique que social dans la société brésilienne, déchiffrant des droits sociaux pour qu'ils soient réalisés. Ceci est le seul moyen pour atteindre la justice et la démocratie, faisant Brésil un véritablement État Démocratique de Droit.

Mots Clefs

La Constitution – La Démocratie – Constitutionalisme – L'Activisme Juridique – L'Examen de La Constitutionnalité d'une Loi - Le Pouvoir Judiciaire – La Juridiction Constitutionnel – Les Droits Fondamentaux – Les Droits Sociaux

Sumário

1 Introdução	13
2 Constitucionalismo e Democracia	19
2.1 Democracia Procedimental	20
2.2 Constitucionalismo	42
2.3 O Caso Brasileiro	59
3 Jurisdição Constitucional: Problematizando o Judicial Review	71
3.1 O Judicial Review e o Ativismo Judicial da Suprema Corte Americana	75
3.2 Limites ao Ativismo Judicial: Teoria da Auto-Restrição Judicial	97
3.3 Modelo Europeu de Justiça Constitucional	102
4 Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional	109
4.1 Concepções de Direitos Fundamentais	110
4.2 Perspectiva Histórica dos Direitos Fundamentais	115
4.2.1 Estado Liberal	115
4.2.2 Estado Social	118
4.2.3 Estado Democrático de Direito	122
4.3 Compatibilidade entre Direitos Fundamentais e Democracia	127
4.4 Os Direitos Sociais enquanto Direitos Humanos Fundamentais	143
4.5 O Ativismo Judicial na Realização dos Direitos Fundamentais Sociais	149
5 Considerações finais	171
6 Referências bibliográficas	177

“A democracia não pode resignar-se com as favelas e cortiços, com os alojamentos insalubres, os salários miseráveis, as condições de trabalho miseráveis”.

Claude Julien, O Suicídio das Democracias.

1 Introdução

O Brasil vem passando, na última década, por uma grande tensão entre o Poder Judiciário e os Poderes Legislativo e Executivo, a qual consiste num reflexo da crise social por que passa a sociedade brasileira que busca, cada vez mais, a efetivação dos direitos fundamentais, inclusive os direitos fundamentais sociais que demandam prestações positivas do Estado para serem implementados.

Na efetivação desses direitos, plasmados na Carta Constitucional de 1988 e necessários para dar uma maior dignidade e igualdade aos cidadãos brasileiros, a cobrança de uma atuação efetiva do Poder Judiciário tem sido cada dia mais forte.

Isso ocorre tendo em vista não só o maior acesso da população ao Judiciário, garantido na Constituição de 1988, mas também, na maioria das vezes, em razão da ausência de legislação específica, de modo a concretizar os direitos sociais e da falta de políticas públicas positivas por parte do Poder Executivo, de modo a realizá-los.

Os juízes e tribunais, no exercício da jurisdição constitucional, são cobrados a prestar, então, uma efetiva solução na concretização dos direitos constitucionais sociais, que por sua vez, acabam por demandar um papel ativo do Poder Judiciário, gerando uma grande tensão entre a jurisdição constitucional exercida por este Poder e o princípio democrático, representado pelos Poderes Legislativo e Executivo.¹

Não se trata de um problema de conflitos entre normas de diferentes hierarquias. O que ocorre é que quando se amplia o papel da Constituição e da jurisdição constitucional acaba-se por se retrair o papel da democracia e vice-versa.²

Uma das principais objeções à concretização dos direitos sociais

¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, p. 148.

² MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e direitos fundamentais*, p. 16.

prestacionais pelo Judiciário diz respeito justamente à legitimação democrática, ou seja, uma vez que a concretização de direitos sociais “implicaria a tomada de opções políticas em cenários de escassez de recursos”³, por consequência, sua concretização pelo Judiciário implicaria tomada de decisões, estabelecimento de prioridades e implementação de políticas públicas por parte deste Poder, o que contraria a lógica clássica da separação de poderes, segundo a qual, referidas tarefas competiriam ao Legislativo e ao Executivo que, por terem sido eleitos, representariam melhor a vontade da maioria e, por conseguinte, o princípio democrático.

Assim, a presente dissertação tem por objetivo principal analisar a problemática existente entre o papel da jurisdição constitucional – e seu caráter contramajoritário em defesa dos direitos fundamentais – e a democracia, enquanto contrapostos num Estado Democrático de Direito, bem como a problemática existente quanto a efetivação dos direitos fundamentais sociais que demandam prestações positivas do Poder Público⁴.

Buscar-se-á, no presente estudo, demonstrar que a jurisdição constitucional deve ser cada vez mais ativa na efetivação dos direitos fundamentais sociais até porque, numa sociedade heterogênea, desigual e plural como a brasileira, só se poderá falar em democracia, quando os direitos sociais básicos dos cidadãos estiverem garantidos.

Para alcançar esse objetivo, abordar-se-ão, no primeiro capítulo, intitulado “Constitucionalismo e Democracia”, as teorias mais recentes que buscam solucionar a tensão existente entre constitucionalismo e democracia nos Estados Democráticos de Direito.

Enfrentar-se-á, num primeiro momento, a concepção dos defensores da chamada “Democracia Procedimental” e a importância dada por esta teoria aos aspectos discursivos do processo político, defendendo a participação de todos como critério de legitimidade de aprovação das leis, e, portanto, dando uma maior

³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*. In: SOUZA NETO, C.P. et al. *Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*, p. 44.

⁴ Cf. Bobbio “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los.” (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 25)

preferência ao princípio democrático, em detrimento do princípio constitucional. Defende, ainda, que as decisões políticas da sociedade sejam tomadas por aqueles que estarão submetidos a elas, por meio de uma discussão racional e livre entre iguais.

Num segundo momento, verificar-se-á que mesmo os defensores da democracia procedimental aceitam uma idéia de jurisdição constitucional, ou seja, de controle de constitucionalidade das leis provenientes do Legislativo, mas desde que seja para assegurar o próprio procedimento democrático de participação política.⁵

Analisar-se-á, também, em contraponto à idéia de democracia procedimental, a posição do constitucionalismo democrático que, por sua vez, sustenta que o espaço de deliberação democrática deve estar limitado pelos valores substantivos plasmados na Constituição, ou seja, a deliberação democrática não pode ir contra os direitos fundamentais garantidos numa Constituição.

Por fim, abordar-se-ão, ainda, as concepções de constitucionalismo e de democracia adotadas na Constituição Federal de 1988, concluindo que as mesmas fundamentam seu caráter democrático nos valores substantivos compartilhados pela sociedade, principalmente por meio dos direitos fundamentais por ela consagrados.

No segundo capítulo, estudar-se-á a questão da jurisdição constitucional, seus poderes e limites na sociedade contemporânea, e a tensão existente entre jurisdição constitucional e democracia. Para alcançar esse objetivo, examinar-se-ão as origens históricas do *judicial review* nos Estados Unidos da América, e os reflexos de sua concepção no chamado “ativismo judicial” norte-americano, o qual acaba por priorizar o papel da jurisdição constitucional em prejuízo ao princípio democrático, na proteção dos direitos fundamentais garantidos na Constituição.

⁵ Especificamente a este respeito, ver: ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, Cambridge, 2002; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade, volumes I e II*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003; NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of deliberative democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996.

Não se nega aqui a grande influência sofrida pela doutrina nacional, não só pelo *judicial review* americano, como também pelo constitucionalismo europeu, em razão de nosso sistema ser parecido com o sistema romano-germânico, mais comum naquele continente.

Não obstante, justifica-se a opção por aprofundar o estudo da experiência norte-americana, visto que a introdução da jurisdição constitucional, tanto no Brasil como nos países europeus, teve por influência a experiência do *judicial review* norte-americano, por se tratar da primeira experiência de controle de constitucionalidade no mundo.

Embora a Europa tenha rejeitado o modelo estadunidense de controle difuso de constitucionalidade das leis em virtude do receio do “governo de juízes”, haja vista a atuação da Suprema Corte norte-americana na primeira metade do século XX⁶, é certo que os modelos de constituição rígida e, conseqüentemente, de supremacia da constituição, adotados pelos países europeus em meados do século XX, têm origem no sistema constitucional americano.

Um segundo motivo que levou ao estudo do modelo do *judicial review* norte-americano aparece na medida em que o papel criativo⁷ e ativista dos juízes no sistema estadunidense, na busca de soluções para problemas concretos, transformando questões políticas em jurídicas, não tem comparativos^{8:9} no resto do mundo, resultando como o melhor exemplo de proteção e concretização dos

⁶ Cf. FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*, São Paulo, Landy Editora, 2004, p. 18 et. seq.; e CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direitos comparado*, Porto Alegre, Fabris, 1984, p. 116 et. seq.

⁷ O papel criativo que se defenderá no presente estudo é aquele proposto por Dworkin, ou seja, não se trata de papel criador ou discricionário, mas de buscar nos princípios constitucionais a resposta certa. A criatividade da interpretação judicial ocorre “pelo fato de impor um propósito, uma justificativa para o texto legal ou a tradição que está sendo interpretada. O juiz não é livre para criar direito, pois sempre haverá um instrumento do qual ele pode se servir – os princípios políticos constitutivos daquela comunidade – para julgar o caso concreto e o qual afasta a possibilidade da discricionariedade judicial.” (KOZICKI, Katya. *Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas Sociedades Contemporâneas*, p. 189.)

⁸ Sobre a não adoção do modelo estadunidense pelas Cortes Europeias ver FAVOREU, L., op.cit., p. 18-22.

⁹ Tendo em vista o aparente caráter filosófico-abstrato e declamatório das Declarações francesas e, por conseguinte, de seus direitos fundamentais, afirmava-se a superioridade moral dos direitos, não se garantindo, porém a sua eficácia e efetividade no plano jurídico, tendo, inclusive, escrito George Jellinek que: “sem a América, sem as constituições dos seus diversos Estados, talvez tivéssemos uma filosofia de liberdade, mas nunca teríamos uma legislação que garantisse a liberdade”(JELLINEK, G., *apud* VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 21.)

direitos fundamentais de que se tem conhecimento, mesmo que esta proteção tenha significado a oposição da Suprema Corte americana às pretensões políticas da maioria.

Dessa forma, após verificar os reflexos do *judicial review* no ativismo judicial, ocupar-se-á da teoria da auto-restrição judicial que, por sua vez, procura limitar a jurisdição constitucional para que não haja afronta ao princípio democrático, quando da realização dos direitos fundamentais.

O Capítulo termina com o paralelo histórico do Constitucionalismo europeu, que, a seu turno, até meados do século XX, priorizou o princípio democrático, com restrição da atuação da jurisdição constitucional, mas que atualmente adota o modelo de constituição rígida instaurado nos Estados Unidos.

No terceiro e último capítulo abordar-se-á o papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais, mais especificamente os direitos fundamentais sociais, que demandam um papel mais ativo por parte do Poder Judiciário.

Num primeiro plano, concentrar-se-á na teoria dos direitos fundamentais, entendendo-os como valores substantivos escolhidos por uma determinada sociedade numa determinada época, de forma democrática, para serem protegidos pela Constituição.

Num segundo plano, demonstrar-se-á a compatibilidade entre os direitos fundamentais e a democracia, que, apesar de limitarem o procedimento democrático de elaboração das leis, buscam uma proteção de democracia substantiva, em que os direitos das minorias também são protegidos.

Também, tratar-se-ão dos direitos sociais, concebidos pela Constituição de 1988, e das dificuldades enfrentadas em sua efetivação, enfocando-se o papel ativo do Poder Judiciário para efetivá-los enquanto direitos fundamentais, assumindo-se a Constituição Federal de 1988 como uma Constituição aberta, bem como adotando o método de interpretação concretista das normas constitucionais de Friedrich Müller¹⁰, e, também, a concepção da força normativa da Constituição

¹⁰ Cf. MÜLLER, Friedrich Müller. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*, 2^a ed., São Paulo, Max Limonad, 2000.

de Konrad Hesse¹¹.

Por fim, será demonstrado que a tensão existente entre a jurisdição constitucional, os direitos fundamentais e a democracia é apenas aparente, visto que a jurisdição constitucional exerce um papel importante na implementação dos valores substantivos previstos na Constituição Federal de 1988, e, conseqüentemente, na realização da democracia, concluindo-se que o Poder Judiciário, por meio da jurisdição constitucional, deve exercer um papel ativo, tanto político, como social no Estado Brasileiro, interpretando os direitos sociais, especialmente os de cunho prestacional, de forma a lhes dar a maior efetividade possível, como única forma a se alcançar a justiça e a democracia¹², erigindo o Brasil a um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

¹¹ Cf. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, Rio Grande do Sul, Sérgio Antonio Fabris, 1991.

¹² Ver nesse sentido: RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*, p. 55.

2 Constitucionalismo e Democracia

É sabido que a relação entre a lei e a política é grande, assim como é a relação entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. Isso ocorre porque a atuação do Judiciário se funda no sistema legal escolhido pelo Poder Legislativo, enquanto legítimo representante do povo numa democracia, por outro lado, o Poder Legislativo deve atuar de acordo com os procedimentos legais, fiscalizado pelo Poder Judiciário.

O Poder Legislativo se faz presente numa democracia representativa, em que o povo, detentor da soberania, elege livremente seus representantes, que, por sua vez, retratam os anseios deste num Parlamento, Congresso ou Assembléia.

A primeira idéia que vem à baila quando se fala em democracia é em governo da maioria, não obstante, apesar do voto majoritário ser considerado pedra fundamental na democracia representativa, o mesmo não é suficiente para garantir decisões corretas ou mesmo resultados justos e racionais, uma vez que o princípio majoritário não assegura igualdade política. Ou seja, o resultado do voto majoritário representa a voz dos vencedores, não o bem comum¹³, e a questão está em saber se apenas o procedimento democrático seria capaz de assegurar um resultado justo e correto para todos.¹⁴

Por esta razão, nos Estados Constitucionais atuais, o governo da maioria deve conviver com os direitos das minorias, geralmente elevados à categoria de direitos fundamentais, já que o pluralismo e as minorias se fazem presentes, e todos, absolutamente todos, devem ser protegidos.

E é aí que está a tensão entre democracia e constitucionalismo, na medida em que este acaba por limitar a liberdade de deliberação dos representantes eleitos

¹³ Exemplos clássicos são o nazismo na Alemanha e o fascismo na Itália.

¹⁴ ERIKSEN, Erik Oddvar. *Democratic or jurist made law? On the claim to correctness*. ARENA- Centre for European Studies, University of Oslo, Working Papers WP 04/07, 2004. Disponível em: <www.arena.uio.no/publications/working-papers2004/papers/wp04_7.pdf>. Acesso em : 1 jul. 2005.

pelo povo, que, por sua vez não podem elaborar leis que afrontem os direitos fundamentais das minorias, ou mesmo individuais, elencados na constituição.

Dessa forma, há aqueles que defendem que o procedimento democrático adequado é suficiente para que se alcance um resultado justo, por ser o fundamento de um Estado Democrático, conforme se verá no primeiro item deste capítulo, intitulado “Democracia Procedimental”.

Em contraponto a uma concepção procedimental de democracia, no segundo item do presente capítulo, abordar-se-á o “Constitucionalismo”, enquanto “*técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*”¹⁵. Equivale dizer que, para a teoria do *Constitucionalismo*, é necessário mais do que um procedimento democrático adequado para se alcançar resultados justos, mas juízos de valores substantivos, que se preocupam com os resultados a serem alcançados. Os valores substantivos escolhidos pela Sociedade são alçados a direitos fundamentais numa constituição rígida, que por sua vez, funcionam como limites materiais à deliberação democrática, sendo o Poder Judiciário (ou a Corte Constitucional) o intérprete final da constituição, razão por que é dotado de competência pela própria constituição para controlar os atos que com ela sejam incompatíveis emanados dos Poderes Executivo e Legislativo.

Já no último item deste capítulo, abordar-se-á qual foi a concepção adotada pela Constituição Federal de 1988, concluindo-se que a mesma, apesar de não excluir a importância do processo democrático, é uma constituição de valores, e por isso, justifica-se a limitação dos Poderes Executivo e Legislativo pela jurisdição constitucional, bem como o ativismo judicial na definição e proteção destes valores escolhidos pela comunidade, até porque foi a própria sociedade que escolheu o Judiciário para ser o intérprete máximo da Constituição de 1988.

2.1 Democracia¹⁶ Procedimental

Cumpram aqui trazer algumas noções acerca da chamada “Democracia

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 47.

¹⁶ Para saber mais sobre o histórico do conceito de democracia, ver KOZICKI, K., op.cit.

Procedimental”, com o fim específico de abordar de que modo essa concepção de democracia vê a jurisdição constitucional como garantidora apenas procedimental dos princípios democráticos, de forma a ajudar na compreensão e quiçá solução da tensão existente entre a jurisdição constitucional e o princípio democrático.

A chamada “democracia procedimental” se funda na defesa do procedimento democrático, na medida em que privilegia os direitos que garantem participação política e processos deliberativos justos¹⁷, independente do resultado a ser alcançado.

A democracia procedimental surge como uma oposição ao ativismo judicial americano, tanto da Era Lochner, em que a Suprema Corte declara inconstitucionais as medidas legislativas que procuram implementar a política do *New Deal* do Presidente Roosevelt¹⁸, quanto da Era Warren, em que o ativismo se dá de forma intervencionista, manifestando-se a Corte inclusive sobre políticas públicas. É que, apesar do *judicial review* ser aceito pela sociedade americana, a preponderância do ativismo judicial e do princípio constitucional naquele período levou os críticos a desenvolver uma teoria para limitar este poder, de modo a “proteger” a democracia.

Dessa forma, a principal oposição ao ativismo constitucional da Suprema Corte americana de deu no sentido de acusar o sistema de controle jurisdicional das leis para garantia da Constituição americana de antidemocrático, posto que era inaceitável a “interpretação juridicamente vinculativa, do sentido material de normas constitucionais de conteúdo vago, por um grupo de juízes não-eleitos e irresponsáveis perante os eleitores”¹⁹.

John Hart Ely²⁰ veio, já na época da Corte Warren²¹ - período de maior

¹⁷ ERIKSEN, E. O., op.cit.,p. 4.

¹⁸ Veja-se: “Sem embargo, ele provocou acesas reações contrárias, sobretudo nos anos iniciais da administração do Presidente Franklin Roosevelt, quando as medidas governamentais adotadas para combater a crise econômica que resultou da grande depressão de 1929 foram sistematicamente declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte. O embate entre o ativismo constitucional do tribunal e a orientação reformadora do governo Roosevelt esclareceu que estavam em jogo os limites entre o princípio constitucional e a democracia, entre a idéia de autogoverno, representada no princípio da soberania popular, e o entrincheiramento de direitos individuais intangíveis pela vontade da maioria.” MELLO, C. A., op.cit., p. 39

¹⁹ MELLO, C. A., op. cit., p. 38 .

²⁰ John Hart Ely é, segundo University of Chicago's Journal of Legal Studies, o 4º *legal scholar* mais citado dos Estados Unidos, uma vez que sua teoria democrático-procedimental é uma das mais divulgadas e debatidas de todos os tempos. Disponível em: <

ativismo judicial da Suprema Corte - a ser um dos grandes defensores da limitação do ativismo judicial, posicionando-se contrariamente à idéia de que o papel da Suprema Corte americana seria o de averiguar o peso de um princípio moral da sociedade americana e convertê-lo num princípio jurídico. Ely é contrário à idéia de que a Suprema Corte só estaria a buscar um consenso que já existe na sociedade, pois na sua visão, é impossível um consenso acerca de determinado assunto por parte da coletividade, sendo que quando há um aparente consenso, é porque existe “only the domination of some groups by others”²², o que demonstra o caráter antidemocrático deste pensamento.

Ely reforça a opinião de que seria difícil que a Suprema Corte verificasse um suposto consenso moral existente na sociedade, sem, contudo, colocar sua própria opinião pessoal, sustentando, ainda, que a busca de um suposto consenso moral levaria a uma insegurança jurídica.

Para o autor, enquanto se coloca como consenso a máxima de que ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza, não há problema algum, entretanto tal não ocorreria se “a constitutional court could legitimately overrule a legislative judgment on the basis of a moral consensus, and things get a little strange.”²³

Ely também não aceita que a Suprema Corte atue como representante do pensamento do povo, ao invés do Parlamento, posto se tratar de conceito extremamente elitista e antidemocrático. Veja-se sua crítica a respeito:

The notion that genuine values of the people can most reliably be discerned by a nondemocratic elite is sometimes referred to in the literature as ‘the Führer principle’, and indeed it was Adolf Hitler who said ‘My pride is that I know no statesman in the world who with greater right than I can say that he is the representative of his people’. We know, however, that this is not an attitude limited to right-wing elites. ‘The Soviet definition’ of democracy, as H.B. Mayo has written, also involves the ‘ancient error’ of assuming that ‘the wishes of the people

service.stanford.edu/news/2003/october29/elyobit-1029.html>. Acesso em: 1 jul. 2005. Veja-se que a maioria dos grandes doutrinadores parte de sua teoria. Vide: WHITTINGTON, Keith E. *Constitutional Interpretation: Textual meaning, original intent and judicial review*, p. 22 et. seq.; DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 80 et.seq.; NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*, p. 200; WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*, p. 343 et. seq.

²¹ A Suprema Corte americana esteve sob a presidência de Earl Warren de 1953 à 1969.

²² ELY, J. H., op. cit., p. 63.

²³ “A corte constitucional pudesse legitimamente sobrepor um julgamento legislativo tomando como base um consenso moral, tornando as coisas um tanto quanto estranhas”. ELY, J. H., op. cit., p. 65. Todas as traduções de notas e comentários presentes neste trabalho são traduções livres, realizadas pela autora, com fins acadêmicos.

can be ascertained more accurately by some mysterious methods of intuition open to an elite rather than by allowing people to discuss and vote and decide freely'.²⁴

Outro ponto a ser ressaltado na teoria de Ely, diz respeito ao caráter antidemocrático do controle de constitucionalidade das leis pela Suprema Corte, na medida em que ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei nova, aprovada pelo Parlamento, a Corte estaria a impor os valores constitucionais de seus antepassados²⁵, o que não pode, segundo ele, ser aceito por uma teoria democrática.²⁶ Ou seja, sustenta que a manutenção dos valores da Constituição americana pela Suprema Corte seria o mesmo que não permitir novas mudanças na Sociedade, ainda que manifestada esta necessidade pelos representantes do povo.

Nas palavras de Ely:

(...) prediction is a risky enterprise for anyone, and there is no warrant for an appointed judge's supposing he is so much better at it than the legislature that he is going to declare their efforts unconstitutional on the basis of predictions. In addition, the reference is antidemocratic on its face. Controlling today's generation by the values of its grandchildren is no more acceptable than controlling it by the values of its grandparents: a 'liberal accelerator' is neither less nor more consistent with democratic theory than a 'conservative brake'²⁷.

²⁴ “A noção de que valores genuínos das pessoas possam confiavelmente ser entendidos por uma elite não democrática, é às vezes mencionada em literatura como ‘o princípio de Führer’, e foi justamente Hitler quem disse ‘Meu orgulho é saber que nenhum homem público no mundo, com mais legitimidade do que eu, pode dizer que é representante do seu povo’. Sabemos, no entanto, que essa não é uma atitude restrita à elite direita. A ‘definição Soviética’ para a democracia, como HB Mayo já escreveu, também envolve o ‘erro antigo’ em assumir que ‘os desejos do povo podem ser acertados mais precisamente por meio de métodos misteriosos de intuição aberta à elite ao invés de permitirem ao povo discutir, votar e decidir livremente’. (ELY, J. H., *op. cit.*, p.68).

²⁵ No mesmo sentido, Michel Troper questiona a legitimidade do controle acerca dos direitos expressos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Pour ce qui concerne la légitimité du contrôle par rapport à la Déclaration, si l’on adopte la première conception et si l’on considère ce texte comme l’expression de la volonté de l’Assemblée constituante de 1789, la justification du contrôle est faible: comment comprendre que nous soyons soumis à la volonté d’hommes morts depuis si longtemps?” (TROPER, Michel. *Pour une Théorie Juridique de l’État*, p. 317). “Naquilo que diz respeito à legitimidade do controle em relação à Declaração, se adotamos a primeira concepção e se nós consideramos esse texto como expressão da vontade da Assembléia constituinte de 1789, a justificativa desse controle é frágil: como compreender que nós estejamos sujeitos à vontade de homens que morreram há tanto tempo?” Em sentido contrário, ver BLACHER, Philippe. *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, p. 186 et. seq., em que o autor vai distinguir « peuple constituant » de « peuple actuel ».

²⁶ ELY, J.H., *op. cit.*, p. 70.

²⁷ “Fazer uma previsão é uma aventura arriscada para qualquer pessoa, e não há nenhuma garantia para um juiz indicado, supondo que ele seja muito melhor nisso do que o Legislativo, em declarar seus esforços inconstitucionais tomando como base suas previsões. Além disso, a referência é antidemocrática por si própria. Controlar a geração de hoje com valores de seus netos não é mais aceitável do que controlá-la com os valores dos seus avós. Um ‘acelerador liberal’ não

Mesmo sendo um grande crítico do ativismo e intervencionismo praticado pela Suprema Corte americana na sua época, Ely vai amenizar sua posição ao se deparar com a nota de rodapé “*the Carolene Products Footnote*”, cujos parágrafos 2º e 3º inspirarão uma teoria procedimental de Constituição²⁸:

Paragraph two suggests that it is an appropriate function of the Court to keep the machinery of democratic government running as it should, to make sure the channels of political participation and communication are kept open. Paragraph three suggests that the Court should also concern itself with what majorities do to minorities, particularly mentioning laws “directed at” religious, national, and racial minorities, and those infected by prejudice against them.²⁹

Pode-se deduzir, então, que John Hart Ely não destitui a jurisdição constitucional de qualquer papel, imputando-lhe, não obstante, apenas o papel garantidor do procedimento democrático, o qual deve ser realizado pelo Parlamento. Veja-se o trecho em que o autor defende o papel procedimental da jurisdição constitucional:

(...) my claim is only that the original Constitution was principally, indeed I would say over-whelmingly, dedicated to concerns of process and structure and not to the identification and preservation of specific substantive values. Any claim that it was exclusively so conceived would be ridiculous.³⁰

Dessa forma, Ely acaba por aceitar a possibilidade de atuação da jurisdição constitucional no controle das leis, no entanto, meramente como garantidora do processo democrático, sendo-lhe vedada qualquer manifestação sobre valores substantivos, sob pena de ofender o princípio democrático.

é nem menos nem mais consistente com a teoria democrática do que um ‘freio conservador’.” (ELY, J.H., op. cit., p. 70).

²⁸ MELLO, C. A., op. cit., p. 38.

²⁹ “O parágrafo dois sugere que é uma função apropriada da Corte manter a máquina do governo funcionando da forma como deveria, para ter certeza de que os canais de participação e comunicação política sejam mantidos abertos. O parágrafo três sugere que a Corte deveria se preocupar com o que as maiorias fazem com as minorias, mais especificamente mencionando leis ‘direcionadas a’ minorias religiosas, raciais e de diferentes povos, e todos aqueles infectados por preconceitos contra elas”. (ELY, J. H., op. cit., p.76).

³⁰ “Meu argumento é de que somente a Constituição original foi - principalmente, eu deveria realmente dizer, demasiadamente - dedicada a preocupações relacionadas a processo e estrutura e não à identificação e preservação de valores realmente relevantes.” (ELY, J. H., op. cit., p. 92).

Keith Whittington explica de forma clara a concepção de Constituição adotada por Ely:

Ely construes the Constitution as being, fundamentally and exhaustively, about securing procedural democracy, and he recommends that the Court adopt an interpretive method appropriate to drawing this meaning out and applying it to current political practice.(...) Not only the Court but the Constitution itself was value neutral. The only concern of the Constitution is to provide a forum for all competing value system to be debated until a majority eventually settles on one to elevate above the rest. The role of the judiciary is not to strike down that chosen value but to ensure that all values have an equal opportunity for consideration and selection.³¹

Vê-se, assim, que a principal posição adotada por Ely, enquanto defensor de uma concepção procedimental de democracia, consiste no fato de dar primazia à democracia, como forma de representação da soberania popular, razão pela qual defende que a jurisdição constitucional deve estar limitada a assegurar a efetividade dos processos deliberativos nos quais se forma a opinião e a vontade dos cidadãos, sob pena de ofensa à própria democracia.³²

A teoria formulada por Ely, enquanto defensor de uma concepção procedimental de democracia, tem, conseqüentemente, como pontos centrais a “precedência do princípio democrático sobre princípios e direitos substantivos, e na ilegitimidade dos juízes para adotarem decisões substantivas de valor em um regime democrático”.³³

Keith Whittington ressalta algumas dificuldades na teoria defendida por Ely. A primeira crítica consiste no fato de que Ely não conseguiu demonstrar que a Constituição é composta apenas de valores procedimentais de modo a excluir valores substantivos. Apesar de admitir que as normas procedimentais previstas na Constituição foram elaboradas para o desenvolvimento do direito à liberdade, Ely não enfrenta de que maneira a Constituição concebe e protege a liberdade, até

³¹ “Ely interpreta a Constituição como sendo, fundamentalmente e exhaustivamente, para assegurar uma democracia procedimental, e recomenda que a Corte adapte um método de interpretação apropriado para extrair esse significado aplicando-o à prática política atual. Não somente a Corte, mas também a própria Constituição teria valor neutro. A única preocupação da Constituição é de fornecer um fórum para todo o sistema de valores competitivos para serem debatidos até que a maioria finalmente chegue a um consenso. O papel do judiciário não é de ir contra aquele valor escolhido, mas sim de assegurar que todos os valores tenham oportunidades iguais de consideração e seleção.” (WHITTINGTON, K. E., op. cit., p. 22-23).

³² MELLO, C. A., op. cit., p. 42.

³³ Ibid., p. 41

porque, conforme Whittington, é difícil conciliar proibições constitucionais, tais como retroatividade da lei, penas cruéis, danos contratuais ou impostos de exportação, com um documento puramente procedimental. Do mesmo modo, a enumeração de várias cláusulas que dividem competências, como a do governo federal de cobrar impostos ou de possuir exército, sugere valores substantivos que moldaram o desenvolvimento político dos Estados Unidos, desde sua fundação.³⁴

Habermas, já uma década mais tarde, também vem a defender uma concepção procedimental de democracia, porém, diversamente de John Hart Ely que desenvolveu sua teoria com foco apenas na Constituição americana, buscou uma forma universal de legitimação do direito³⁵.

Com sua “teoria do discurso”, Habermas sustenta que só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos que possuem os mesmos direitos. Sendo evidente que, nestes casos, é preciso que os cidadãos não só possuam os mesmos direitos efetivamente, mas que tenham as mesmas condições de exercício destes direitos.³⁶

Para Habermas, não basta que, tal como no positivismo jurídico, o direito tenha sido criado obedecendo ao procedimento previsto na Constituição para ser legítimo. A legitimidade do direito, para este autor, está atrelada ao princípio democrático, e para que o mesmo seja observado, os destinatários do direito devem se ver como autores desse direito, de forma a haver maior legitimação e aceitação do direito imposto, e menos conflitos na sociedade.³⁷

Segundo Habermas,

De acordo com o princípio do discurso, podem pretender validade as normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida em que estes participam de discursos racionais. Os direitos políticos procurados têm que garantir, por isso, a participação em todos os processos de deliberação e de decisão relevantes para a legislação, de modo que a liberdade comunicativa de cada um possa vir simetricamente à tona, ou seja, a liberdade de tomar posição em relação a pretensões de validade criticáveis.³⁸

³⁴ WHITTINGTON, K. E., op. cit., p. 23.

³⁵ SOUZA NETO, C. P. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*, p. 311.

³⁶ “Somente as normas obtidas dentro deste procedimento e a partir destes princípios poderão ser consideradas válidas e obrigatórias sob um ponto de vista moral.” Kozicki, K., op.cit., p. 96.

³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume I, p. 157.

³⁸ *Ibid.*, p. 164.

Portanto, a democracia procedimental acaba por condicionar a “legitimidade democrática à realização de um processo público de deliberação, aberto a todos e realizado de maneira razoável e racional.”³⁹

Não se pode olvidar que Habermas defende uma concepção procedimental da jurisdição constitucional como forma de cumprimento do princípio democrático, que para ele significa “uma concepção eminentemente procedimental”⁴⁰ de democracia, ou seja, valoriza os meios procedimentais democráticos, independentemente dos resultados a serem obtidos.

Katya Kozicki explica que “a idéia de democracia deliberativa tem como um de seus elementos centrais o ideal de justificação política”⁴¹, na medida em que “pretende funcionar como um método de tomada de decisão que seja em si mesmo legítimo ou que justifique o exercício do poder político.”⁴² Isto é, a democracia deliberativa pressupõe que este ideal de justificação política vai ser realizado justamente pelo processo deliberativo, realizado entre sujeitos livres e iguais.⁴³

Por outro lado, Habermas entende que o direito produzido por intermédio do processo efetivamente democrático, da teoria do discurso, não poderia ter sua legitimidade questionada na via judicial, cabendo à mesma instância democrática aferir eventual incompatibilidade da norma produzida, defendendo que “o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador, devendo-se reservar essa função, mesmo em segunda instância, a um autocontrole do legislador, o qual pode assumir as proporções de um processo judicial.”⁴⁴

³⁹ KOZICKI, K., op. cit., p. 94.

⁴⁰ Ibid., p. 92. A respeito da democracia deliberativa, explica a autora que “Habermas parte de uma concepção eminentemente procedimental, dando ênfase aos meios, sem restrição quanto aos resultados a serem obtidos.”

⁴¹ Ibid., *ibidem*.

⁴² Ibid., *ibidem*.

⁴³ “Para obterem a legitimidade democrática recomendada pelo autor, os procedimentos pelos quais normas legais são criadas devem ser efetivamente democráticos no sentido da teoria do discurso, ou seja, devem ser processos públicos de discussão e decisão., abertos à participação de todos os indivíduos como pessoas livres e iguais, capazes de expressar suas posições sem constrangimentos externos, de modo que as decisões possam ser aceitas por todos os potencialmente afetados por elas.” (MELLO, C. A., op.cit., p. 49).

⁴⁴ HABERMAS, J., op.cit., v. 1, p. 301.

Para Habermas, a razão funciona como legitimadora do direito⁴⁵, já que se pode medir a legitimidade das regras pelo resgate discursivo de sua pretensão de validade normativa, prevalecendo, em última instância, o fato das regras terem surgido num processo legislativo racional. Ou seja, diversamente da *validade social* das normas do direito, que segundo Habermas “é determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito”⁴⁶, a *legitimidade de regras* “se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa”⁴⁷, valendo, em última análise, “o fato de elas terem surgido num processo legislativo racional – ou o fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais.”⁴⁸

Não obstante a defesa do procedimentalismo, como forma de realização do princípio democrático, Kozicki explica que isso não significa a adoção por Habermas “de uma teoria democrática que seja exclusivamente procedimental”⁴⁹, explicando que em sua teoria “existe uma maior valorização deste caráter procedimental, com o reconhecimento de que não pode haver o consenso pretendido e nem uma postura final quanto às divergências geradas na arena política”⁵⁰, ou seja, apesar de conceber a impossibilidade de um consenso quanto aos valores de uma comunidade, entende que é possível um consenso acerca do procedimento democrático a ser adotado. Explica-se.

Habermas reconhece que a sociedade moderna é plural⁵¹, e, tendo em vista

⁴⁵ Em oposição ao positivismo jurídico é que Habermas defende a teoria do discurso como forma de legitimação do direito, uma vez que “a despeito do grande contributo dado por essa corrente de pensamento ao desenvolvimento de uma metodologia jurídica própria, ela abriu espaço para que, diante de certas condições sócio-políticas, a forma jurídica se tornasse instrumento de políticas repressivas, e, por vezes, desumanas e irracionais, como é o caso da legislação produzida durante o governo nazista na Alemanha. Isso foi possível porque, na concepção positivista, a forma jurídica pode se adequar a qualquer conteúdo, inclusive aos de grande irracionalismo”. (SOUZA NETO, C.P., op.cit., p. 271-272).

⁴⁶ HABERMAS, J., op.cit., p. 50

⁴⁷ Ibid., ibidem.

⁴⁸ Ibid., ibidem.

⁴⁹ KOZICKI, K., op. cit., p. 93.

⁵⁰ Ibid., ibidem.

⁵¹ “A multiplicidade de valores culturais, visões religiosas de mundo, compromissos morais, concepções sobre a vida digna, enfim, isso que designamos por pluralismo, a configura de tal maneira que não nos resta outra alternativa senão buscar o consenso em meio da heterogeneidade, do conflito e da diferença”. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*, p. 78.

essa pluralidade, muitas vezes fica difícil “obter um consenso racional sobre valores”⁵² ou uma idéia de direitos comum a todos. Entretanto, aquilo que se busca é um acordo moral, no qual a sociedade aceita a regra como legítima por ter sido resultante de um procedimento democrático, ou seja, “condiciona-se a legitimidade democrática à realização de um processo público de deliberação, aberto a todos e realizado de maneira razoável e racional”⁵³.

Habermas parte da constatação do pluralismo presente nas sociedades contemporâneas, e da dificuldade em se obter um consenso com toda essa diversidade de culturas e concepções individuais presentes. Desse modo, opta pela garantia do “processo comunicativo” por meio de regras de procedimento⁵⁴, ou seja, pela racionalidade presente na deliberação pública, os cidadãos, mesmo que não vejam seus interesses ali representados, aceitam racionalmente o direito deliberado de forma racional e pública.

Enquanto Habermas defende a deliberação democrática e racional como requisito essencial à legitimidade do direito, aceita um papel procedimental da jurisdição constitucional, para assegurar o exercício da democracia.

Assim, apesar de não aceitar uma intervenção da jurisdição constitucional sobre os valores substantivos de uma dada sociedade, aceita sua intervenção para garantia do procedimento democrático de deliberação, garantindo e protegendo os direitos políticos dos cidadãos.

Dessa maneira, Habermas também aceita o papel da jurisdição constitucional na proteção dos direitos fundamentais, já que são essenciais para o processo democrático, razão por que, nestes casos, o Judiciário teria o poder de restringir a vontade da maioria para salvaguardar o exercício da democracia⁵⁵.

Nas palavras de Habermas:

Somente as *condições processuais da gênese democrática das leis* asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. (...) Por isso, o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto

⁵² KOZICKI, K., op. cit., p. 98.

⁵³ Ibid., p. 94.

⁵⁴ SOUZA NETO, C.P., *Jurisdição constitucional...*, op. cit., p. 274.

⁵⁵ Ibid., p.322.

dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal *compreensão procedimentalista* da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição.⁵⁶

Consoante Cittadino, Habermas vê os direitos fundamentais previstos nas Constituições contemporâneas como um bom exemplo de “moralidade universalista”, “configurando princípios universais de qualquer processo de socialização comunicativa”⁵⁷.

Não se pode perder de vista que a teoria de discurso de Habermas não é pensada em condições concretas, mas como uma idéia reguladora, a ser exercida numa sociedade democrática avançada, porque, para aceitar racionalmente as condições do discurso deliberativo, é necessário que os atores e os cidadãos, os quais se submeterão às leis tenham iguais condições intelectuais, como forma de se ter uma efetiva legitimidade.⁵⁸

Veja-se a posição de Lenio Luiz Streck a respeito:

Este parece ser um dos problemas fundamentais da tese procedimentalista: subestimar a questão da diferença ontológica, com todas as conseqüências que isso venha a ter, conforme é possível perceber no decorrer destas reflexões. *É evidente que o procedimentalismo, entendido como superação de modelos já realizados, assume proporções fundamentais nas democracias onde os principais problemas de exclusão social e dos direitos fundamentais foram resolvidos.* Parte, implicitamente, do pressuposto de que a etapa do *Welfare State* foi realizada e, com isso, pressupõe sociedades com alto grau de emancipação social e autonomia dos indivíduos. Em Habermas fica claro que uma comunicação sem constrangimento nem distorção pressupõe uma sociedade definitivamente emancipada, com indivíduos autônomos.⁵⁹

Essa constatação também é feita por Katya Kozicki:

⁵⁶ HABERMAS, J., op. cit., p. 326.

⁵⁷ CITTADINO, G., op. cit., p. 114-115.

⁵⁸ No Brasil, onde grande parte da população sequer teve seu direito fundamental à educação garantido, como se poderia aceitar a legitimidade da própria teoria do discurso? Veja-se: “Um governo popular sem informação popular nem os meios de obtê-la é apenas um prólogo de uma farsa ou de uma tragédia, ou, talvez, de ambos. O conhecimento sempre governará a ignorância: e um povo que pretende ser seu próprio governo deve armar-se do poder que o conhecimento oferece.” Carta de James Madison a W. T. Barry (4 de agosto, 1822), reimpressa em *The Writings of James Madison*, org. por G. Hunt (1910), 9:103 *apud* DWORKIN, R., op. cit., p. 87.

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, p. 172-173.

Efetivamente, existem determinadas questões que restam sem resposta ao se pensar a democracia deliberativa adequada às sociedades complexas, tais como: a) existe alguma relação entre igual acesso ao processo de deliberação e igual auferição de renda? b) a desigualdade na distribuição de renda, na educação, no acesso à informação, ou a apatia podem constituir uma ameaça à participação simétrica de todos durante o procedimento de deliberação? c) em que medida a democracia deliberativa pode ser vista como uma resposta teórica, uma determinada forma de analisar a realidade existente ou, ao contrário, ser entendida como um ideal para as modernas sociedades?⁶⁰

Outro jusfilósofo que também veio a aprofundar o estudo sobre a tensão entre constituição e democracia, defendendo uma teoria procedimental de constituição, foi o argentino Carlos Santiago Nino, por intermédio da obra *The Constitution of deliberative democracy*.

Nino começa sua obra ressaltando o fato histórico de que a maioria dos Estados contemporâneos adotou regimes democráticos constitucionais, seja porque saíram de regimes militares autoritários, como no caso da América Latina, seja porque decaíram os regimes ditatoriais europeus, seja, ainda, por causa da queda do comunismo no leste europeu.⁶¹

Conquanto a difusão rápida pelo mundo do ideal de democracia constitucional, é certo que este não é um casamento fácil. Para Nino, *“tensions arise when the expansion of democracy leads to a weakening of constitutionalism, or when the strengthening of the constitutional ideal entails restraint of democratic process.”*⁶²

Ele registra que esse relacionamento entre democracia e constitucionalismo depende primordialmente da interpretação que se faz do constitucionalismo⁶³, cuja idéia, inclusive, é obscura.

Para ele, “uma concepção abrangente de constituição exige, além da organização do poder e de limites ao processo legislativo”⁶⁴, também “mecanismos jurídicos que assegurem um processo político público e aberto, no qual todos os afetados pelas decisões políticas tenham igual possibilidade de

⁶⁰ KOZICKI, K, op. cit., p. 101.

⁶¹ NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of deliberative democracy*, p. 1.

⁶² “As tensões aparecem quando a expansão de democracia leva a um enfraquecimento do constitucionalismo, ou quando o fortalecimento do ideal constitucional implica em restrição do processo democrático.” Ibid., p.1-2.

⁶³ Ibid., p. 2.

⁶⁴ MELLO, C. A., op. cit., p. 53

participar das decisões”⁶⁵ – essa também era a idéia de Habermas – mas que também “impeçam o governo, mesmo quando respaldado pela maioria, de violar os interesses individuais tutelados pelo sistema de direitos fundamentais”⁶⁶.

Não obstante, num primeiro momento, Nino não aceita a idéia de direitos definidos “a priori”, que estariam fora do campo de deliberação democrática, porque alçados a direitos constitucionais, levando, a seu ver, num enfraquecimento do processo democrático. A partir daí, passa a buscar uma harmonia entre o princípio democrático e o princípio do constitucionalismo.

Para justificar a possibilidade de existência e de proteção dos direitos fundamentais, Nino os compreende como expressões de princípios de moralidade social, ou seja,

(...) when we resort to a constitutional right to justify a certain decision (including criticism of a decision already adopted), we are ultimately resorting to principles of social morality which endorse the constitutional-legal norm establishing the right question.⁶⁷

Em conseqüência, direitos constitucionais seriam, em última instância, direitos morais, desde que derivem de princípios que tenham como características autonomia, finalidade, superveniência, publicidade, universalidade e generalidade. E, portanto, os direitos que podem ser reconhecidos como parte do ideal constitucional, não podem ser determinados sem uma articulação de concepção filosófica, política e moral⁶⁸.

Nino busca, dessa maneira, um ideal de constituição de direitos, partindo de uma concepção liberal em que se protege o princípio da autonomia pessoal, o princípio da inviolabilidade da pessoa e o princípio da dignidade da pessoa humana, os quais são derivados da prática social do discurso moral⁶⁹. Dessa forma, esses direitos – que podem ser considerados fundamentais – acabam por limitar o processo democrático desqualificando as decisões coletivas que os

⁶⁵ Ibid., ibidem.

⁶⁶ Ibid., ibidem.

⁶⁷ “Quando usamos de um direito constitucional para justificar uma certa decisão (incluindo críticas a uma decisão já adotada), estamos fundamentalmente utilizando princípios de moral social que endossam a norma legal da constituição estabelecendo a pergunta correta.” (NINO, C.S., op. cit., p. 45).

⁶⁸ NINO, C. S., op. cit., p. 46.

⁶⁹ Ibid., p. 63.

ignorem ou contrariem⁷⁰. Se o processo democrático nega a inviolabilidade de uma pessoa ou sua autonomia, o reconhecimento de direitos que emergem dos princípios fundamentais ou centrais poderia invalidar decisões que lhes são contrárias.

Por outro lado, Nino explica que a existência desses direitos serve como contrapeso num processo democrático, porém não tira sua própria esfera de atuação. Se o escopo dos direitos é restrito, tal como proposto pelo liberalismo clássico, muitas das importantes questões sociais serão decididas não pelo reconhecimento de direitos, mas, pelo processo democrático.⁷¹

Cláudio Ari Mello explica bem sua teoria:

A partir dessa fundamentação moral da teoria ideal dos direitos fundamentais, baseada nos três princípios mencionados, Nino apresenta uma teoria “robusta dos direitos que supera a concepção estritamente liberal e assimila ao catálogo dos direitos constitucionais os direitos sociais, como consequência da adoção do princípio da inviolabilidade da pessoa como fundamento moral da constituição ideal dos direitos. A inviolabilidade da pessoa impede que a autonomia pessoal de alguém seja restringida para promover uma maior autonomia de outras pessoas ou de toda a sociedade.”⁷²

Conseqüentemente, Nino passa a defender não só uma dimensão negativa dos direitos, como no estado liberal, mas também uma dimensão positiva, segundo a qual *“the autonomy of a person is harmed not only by actions that prevent people from having certain goods necessary for that autonomy but also by failing to provide people with those goods which are the content of welfare rights.”*⁷³

Mais adiante, Nino vai tratar das concepções alternativas de democracia⁷⁴, rejeitando as teorias que separam a moralidade da política e propondo uma concepção na qual essas duas esferas estão entrelaçadas e estabelecem a

⁷⁰ Ibid., p. 64.

⁷¹ Ibid., ibidem.

⁷² MELLO, C.A., op. cit., p. 54.

⁷³ “(...)a autonomia de uma pessoa é prejudicada não somente por ações que impossibilitam as pessoas de terem elementos necessários para essa autonomia, mas também por não terem condições de prover as pessoas daqueles elementos que compõem o direito do bem-estar.” (NINO, C. S., op. cit., p. 65).

⁷⁴ NINO, C. S., op. cit., p. 67.

importância da democracia na moralização das preferências do povo⁷⁵.

Assim, para Nino:

(...) o processo democrático possui um valor epistêmico insuperável por outros processos de decisões sobre moralidade, o que faz com que a democracia, desde que adotadas determinadas condições formais, seja o mais confiável procedimento para o reconhecimento de princípios morais.⁷⁶

A seu turno, Nino não aceita um eventual pré-comprometimento do sistema político com direitos que não estão à disposição do debate coletivo, o que levaria a uma drástica redução do papel da democracia no arranjo institucional de um Estado.⁷⁷

O que se percebe é que a teoria constitucional da democracia deliberativa de Nino é semelhante à teoria procedimental de Habermas, visto que ambas ressaltam o valor epistêmico dos processos democráticos de discussão e de decisão de questões morais, bem como entendem que cabe aos órgãos legislativos a competência para decisões sobre conteúdo e limites dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, por entenderem que dar tal competência a juízes e tribunais seria atuar contrariamente ao método do procedimento democrático.⁷⁸

Portanto, como Habermas, Nino procura defender que o controle de constitucionalidade das leis deve ser realizado por um órgão político ou diretamente pelo eleitorado, quer seja por plebiscito, quer seja por um entendimento social difundido, o qual permita que qualquer cidadão possa desobedecer a uma lei inconstitucional, e não pelo Judiciário por meio do *judicial review*.⁷⁹

Nino admite que “frequentemente é dito que o processo democrático não pode ser o último recurso para a proteção de direitos individuais”⁸⁰, tendo em vista “que a função principal de direitos é conter decisões majoritárias e proteger os

⁷⁵ Ibid., p. 107.

⁷⁶ MELLO, C. A., op. cit., p. 55.

⁷⁷ Ibid., p. 56.

⁷⁸ Ibid., p. 57.

⁷⁹ NINO, C. S., op. cit., p. 196.

⁸⁰ Ibid., ibidem.

interesses de indivíduos isolados ou de minorias”⁸¹, e que a idéia de democracia liberal implica uma democracia limitada, na qual certos direitos não podem ser violados, ainda que por decisões majoritárias. E é aí que Nino acaba por admitir a possibilidade de mecanismos, tais como o *judicial review*, para proteção de referidos direitos que estariam fora do processo político⁸².

Desse modo, apesar das semelhanças com a teoria proposta por Habermas, Nino admite a possibilidade de atuação da jurisdição constitucional para invalidar uma lei, desde que seja para reforçar o processo democrático, para proteger a autonomia pessoal, bem como para garantir a Constituição como uma prática social.⁸³

Ora, quando Nino aceita o *judicial review* para proteger o processo democrático, excepciona diversos direitos fundamentais que garantem o processo democrático, como igualdade, liberdade, direitos políticos, etc., que, por dependerem de um julgamento de valores, levam ao enfraquecimento da própria teoria procedimental.

Veja-se a opinião de Cláudio Ari Mello a respeito:

A indefinição sobre quais os direitos fundamentais que podem ser objeto de tutela judicial a fim de fortalecer o processo democrático é um problema que somente pode ser resolvido mediante juízos de valor substantivo.

(...) O problema de coerência teórica surge na extensão do catálogo de *direitos a priori*, que pode ser objeto de garantia judicial. Não apenas os direitos políticos ativos e passivos, mas também as liberdades de expressão e de movimento, o acesso à educação, a proteção da saúde e contra a fome são pré-condições decisivas para a livre e igual participação no processo político.⁸⁴

Assim sendo, ao admitir tal exceção, permitindo a revisão judicial das leis para proteção do processo democrático e, com isso, a justiciabilidade⁸⁵ de um grande número de direitos fundamentais, é a própria teoria procedimental que

⁸¹ Ibid., ibidem.

⁸² Outra argumentação que merece destaque se faz quanto à legitimidade da Constituição, vista como vontade suprema de um povo, e conseqüentemente dando uma certa legitimidade democrática ao *judicial review*. Para o autor argentino, este argumento não convence, uma vez que existem Constituições históricas que não foram concebidas por meio de um verdadeiro processo democrático. Exemplifica a Constituição americana, na qual apenas uma fração da população, branca e de homens participaram do processo constituinte. (Cf. NINO, C. S., op.cit., p.198)

⁸³ Ibid., p. 199 et. seq.

⁸⁴ MELLO, C. A., op. cit., p.58-59.

⁸⁵ Justiciabilidade no sentido de aplicação judicial da Constituição. (Cf. CANOTILHO, J. J. G., op. cit., p. 20).

perde sua força.

Ainda, na medida em que a segunda exceção aceita por Nino para atuação da jurisdição constitucional permite a revisão judicial para proteção da autonomia da vontade⁸⁶, impedindo que a maioria imponha à minoria ou aos indivíduos determinadas concepções de bem individual e frustrando a liberdade de autodeterminação individual e de escolha de concepções pessoais de bem, restringe-se o espaço de liberdade do processo democrático⁸⁷. Ou seja, não se permite a deliberação democrática sobre esses direitos protegidos.

Já a terceira exceção aceita por Nino, para o *judicial review* – de garantir a Constituição como prática social –, consiste em tornar as decisões democráticas mais eficazes, assim a proposta da revisão judicial seria de preservar as práticas ou convenções sociais, principalmente como é o caso de uma Constituição histórica, sob pena de a lei democraticamente aprovada não vir a produzir efeitos na sociedade.

Nino exemplifica da seguinte forma:

Consider the case in which the democratic decision clearly infringes the text – the most salient aspect of the convention according to conventional rules of interpretation. That democratic decision may be impeccable from the point of view of the liberal and participatory elements of constitutionalism, but it could run counter to the element that preserves the rule of law. While no right would be violated if the democratic decision were respected, the social practice constituted by the historical constitution may be weakened, and as a result the efficacy of democratic decisions writ large may be undermined. In this situation, the judge may justifiably intervene to invalidate the democratic law to protect the constitutional convention that grants efficacy to the democratic decisions themselves. Typically, the judge in this way may be furthering the ideal constitution. Therefore, even when the judicial invalidation of democratically enacted norms seems to weaken the ideal constitution, it actually preserves the possibility of enforcing the ideal dimensions of the complex constitution.⁸⁸

⁸⁶ NINO, C. S., op.cit., p. 203.

⁸⁷ MELLO, C. A., op. cit., p. 59.

⁸⁸ “Considere o caso no qual uma decisão democrática claramente infringe o texto – o aspecto mais saliente da convenção, segundo regras comuns de interpretação. Aquela decisão democrática pode parecer impecável do ponto de vista de elementos liberais e participativos de constitucionalismo, mas poderia ir contra o elemento que preserva as regras da lei. Enquanto que nenhum direito seria violado se a decisão democrática fosse respeitada, a prática social constituída pela constituição histórica pode ser enfraquecida, e como resultado, as decisões democráticas podem ser obviamente desrespeitadas, perdendo sua eficácia. Nesta situação, o juiz pode justificavelmente intervir e invalidar a lei democrática para proteger a constituição convencional que garante eficácia às próprias decisões democráticas. Tipicamente, o juiz desta forma pode estar promovendo a constituição ideal. Portanto, até mesmo quando a invalidação constitucional de

Neste ponto, assume Nino a possibilidade de a Constituição ser efetivamente a representação da vontade da sociedade, posto que existe a prática social efetiva, a qual, por sua vez, deve ser protegida, dando ao juiz o poder de valorar em que casos essa prática social prevalecerá em detrimento de uma decisão feita por intermédio do juízo democrático, e conseqüentemente com juízo de valores substantivos a respeito⁸⁹.

Pois bem, como pode o regime democrático não ser eficaz se representa a suposta vontade da maioria e a constituição histórica ser eficaz? Então ele assume a supremacia da Constituição como representante máxima da vontade do povo, para proteger bens socialmente estabelecidos.

Por fim, Nino ressalta que o objetivo central de uma teoria jurídica de democracia constitucional é o de atingir a constituição ideal do poder, o que se realiza por meio da democracia deliberativa. Apesar de ele assumir que “the democratic method requires the satisfaction of certain preconditions to have epistemic value, such as freedom of expression and equal liberty of political participation”⁹⁰, continua afirmando que estas pré-condições seriam direitos chamados de *a priori*, enquanto requisitos de legitimação da própria deliberação. Esses direitos, cujo reconhecimento “is required for democracy to have epistemic value”⁹¹, constituem pressuposições para um conhecimento moral posterior.

Percebe-se, desse modo, que, mesmo Nino defendendo a democracia deliberativa, na verdade, ele aceita a jurisdição constitucional atuando ao lado do princípio democrático, inclusive para protegê-lo e efetivá-lo, quando permite a

normas democraticamente outorgadas pareça enfraquecer a constituição ideal, ela em verdade preserva a possibilidade de fortalecer as dimensões ideais da complexa constituição.” (NINO, C. S., op.cit., p. 205-206).

⁸⁹ Veja-se a posição de Luc B. Tremblay a respeito: “In my view, the basic conditions of legitimate lawmaking within deliberative democracy theory entail furthermore that legislation must be supported by actual citizens, notably by those who are affected by it. **These criteria, although ‘procedural’ in nature, may also justify judicial review of many substantive choices made by the majority of citizens.**” (g.n.) TREMBLAY, Luc B. *General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law*, p. 557. “No meu ponto de vista, as condições básicas para se fazer uma lei legítima dentro de uma teoria democrática deliberativa implicam também que a legislação deva ser apoiada pelos cidadãos atuais, notadamente por aqueles atingidos por ela. Esses critérios, apesar de procedimentais por natureza, também podem justificar a revisão judicial de várias escolhas substantivas feitas pela maioria dos cidadãos.”

⁹⁰ “(...)o método democrático exige a satisfação de certas condições prévias para ter valor epistêmico, tal como liberdade de expressão e igual liberdade de participação política”. (NINO, C. S., op.cit., p. 221).

⁹¹ “(...)é requisito para que a democracia tenha valor epistêmico” (Ibid., p. 222).

proteção judicial dos princípios e direitos fundamentais⁹². Ou seja, “as normas que têm em vista garantir as condições procedimentais da democracia deliberativa são justamente os direitos (materialmente) fundamentais, os quais podem, por isso, ser aceitos pelas mais diversas doutrinas abrangentes razoáveis.”⁹³

Esta abertura para o controle judicial em proteção dos direitos fundamentais também é feita por Habermas, que inclui tanto os direitos que garantem a autonomia privada⁹⁴, quanto os direitos que garantem a autonomia pública⁹⁵, agregando a estes, ainda, “os direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos”⁹⁶ à autonomia privada e à autonomia pública.

Ora, na medida em que a teoria procedimental admite o controle jurisdicional para proteger os “direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente” necessários ao gozo dos demais direitos fundamentais, permite-se aí um julgamento substantivo e material pelo Poder Judiciário, até porque pode haver conflitos entre mais de um direito a condição de vida garantida social, técnica e ecologicamente, e é o Judiciário quem vai decidir qual será aplicável.

A partir do momento em que o Judiciário faz um julgamento de valor, cai por terra a própria teoria procedimental, razão por que não há que se falar em contradição entre a jurisdição constitucional e a democracia segundo uma

⁹² Vide SOUZA NETO, Cláudio Pereira, *Teoria da Constituição...*, op. cit., p. 38 “se a deliberação majoritária chega a conclusões contrárias aos direitos fundamentais (que correspondem às condições procedimentais da democracia), se justifica o controle de tais decisões pelo judiciário.”

⁹³ Ibid., p. 36.

⁹⁴ “Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida do possível de iguais liberdades subjetivas de ação”; “direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de membro numa associação voluntária de parceiros de direito”; “direitos fundamentais que resultam imediatamente da **possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual**”; HABERMAS, J., op. cit., p. 159-160. No mesmo sentido: SOUZA NETO, C. P., *Teoria da Constituição...*, op.cit., p. 37.

⁹⁵ “Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo.” HABERMAS, J, op. cit. v. 1, p. 159-160. No mesmo sentido: SOUZA NETO, C. P., *Teoria da Constituição...*, op.cit., p. 37.

⁹⁶ HABERMAS, J, op. cit. v. 1, p. 159-160. No mesmos sentido: SOUZA NETO, C. P., *Teoria da Constituição...*, op. cit., p. 37.

concepção de democracia procedimental, porque mesmo segundo essa concepção, há a possibilidade de controle jurisdicional dos atos legislativos, desde que o mesmo seja feito justamente para garantir o processo democrático, mas envolvendo julgamentos substantivos pelo Judiciário.

Insta trazer à baila, ainda, o estudo efetuado por José Ribas Vieira a respeito da democracia, baseado na obra de Cass R. Sunstein⁹⁷, que aborda a heterogeneidade presente numa sociedade fragmentada como a americana, o qual busca evitar os insulamentos de grupos com conseqüências extremistas, bem como aperfeiçoar o procedimento deliberativo, ao dar voz a todos os grupos⁹⁸.

Constata Vieira que a obra de Sunstein demonstra “a natureza positiva para o processo deliberativo de mecanismos como o de freios e contrapesos”⁹⁹, que pode ser feito por intermédio da jurisdição constitucional, uma vez que defende Sunstein um papel mais “criativo do Poder Judiciário, não simplesmente para ‘bloquear’ a democracia”¹⁰⁰, mas também “para energizá-la e fazê-la mais deliberativa”¹⁰¹.

Para a teoria procedimentalista, os valores substantivos de uma sociedade devem ser escolhidos por meio de uma deliberação democrática, ou seja, pelos poderes representativos do povo, quais sejam, o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Devendo o Poder Judiciário ser apenas um garantidor do exercício da democracia, não sendo possível, portanto, a possibilidade de ativismo judicial, visto que a deliberação sobre os valores substantivos de uma sociedade por juízes não eleitos atentaria ao princípio democrático.¹⁰²

⁹⁷ SUNSTEIN, Cass R. *Designing Democracy: What Constitutions do*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

⁹⁸ VIEIRA, José Ribas. *A estrutura constitucional e a democracia deliberativa: o contexto brasileiro*. In: VIEIRA, J. R. (org.). *Temas de Constitucionalismo e Democracia*, p. 154.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 156

¹⁰⁰ SUNSTEIN, Cass R. *Designing Democracy: What Constitutions do*. *Apud* VIEIRA, J.R., *op. cit.*, p. 156.

¹⁰¹ *Ibid.*, *ibidem*.

¹⁰² No Brasil, tem-se Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira como representante deste pensamento: “Assim, embora a democracia exija uma jurisdição constitucional ofensiva, no sentido da tutela jurídica de direitos constitucionais garantidores de um processo legislativo democrático, essa não deve nem precisa ser uma guardiã republicana de pretensos valores ético-políticos, tidos como homogêneos ou majoritários na sociedade, como, de fato, se comportou a jurisdição constitucional sob o paradigma do Estado Social”. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição Constitucional: Poder Constituinte permanente?* In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*, p. 71. E mais a frente: “ a tarefa geral da jurisdição constitucional e,

Os procedimentalistas defendem, assim, que os tribunais constitucionais, “ainda que restringindo o princípio majoritário, continuam sendo defensores da soberania popular”¹⁰³, enquanto garantidores dos direitos fundamentais de participação política, de acesso ao discurso político. Quer dizer, o Judiciário tem legitimidade para restringir a vontade da maioria tão-somente enquanto guardião do procedimento, e por conseguinte, da própria democracia, não lhe cabendo o papel de legislador positivo ou negativo.

Para além disso, deve-se ter em vista que “a pretensão teórica de fundar um regime constitucionalista no quadro de uma teoria procedimental do direito pressupõe que o sistema dos direitos é melhor tutelado pelos próprios órgãos de representação democrática”¹⁰⁴, por meio “dos processos de decisão do regime democrático, do que por cortes de justiça, que não possuem origem e controle popular”¹⁰⁵.

Logo, em que pese a importância das garantias e direitos protegidos segundo a teoria procedimentalista, permitindo a segurança jurídica e a obediência ao princípio da igualdade das partes, tem-se que tais garantias procedimentais não são suficientes para atender nossa sociedade, primordialmente desigual. O princípio da igualdade entre as partes não é suficiente para garantir o direito à igualdade, havendo necessidade de uma discriminação ativa.

Enquanto a democracia procedimental se baseia no princípio majoritário como conteúdo importante para o processo democrático como se fosse suficiente para garantir igual tratamento aos cidadãos, deve-se ter em vista que a regra majoritária, sob o pretexto de tratar a todos de maneira igual, trata os cidadãos como números e não se preocupa com os motivos ou resultados buscados por estes.

Erik Oddvar Eriksen¹⁰⁶ entende que o problema com o princípio majoritário, fundamento daqueles que defendem uma democracia baseada no procedimento e

especialmente, no controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo, no marco da Constituição da República brasileira, sob paradigma do Estado Democrático de Direito, é a de garantia das condições processuais para o exercício da autonomia pública e da autonomia privada dos co-associados jurídicos, no sentido da interdependência e da equiprimordialidade delas”. Ibid., p. 81.

¹⁰³ SOUZA NETO, C. P., op. cit., p.323.

¹⁰⁴ MELLO, C. A., op. cit., p. 52

¹⁰⁵ Ibid., ibidem.

¹⁰⁶ Professor da Universidade de Oslo.

não no resultado, é que ele não permite que nenhum interesse ou demanda seja favorecido, nem que por bons motivos. E conclui que a votação (deliberação) como ato político primário nunca irá representar uma verdadeira igualdade para os grupos minoritários ou excluídos.¹⁰⁷

Ainda, cabe destacar a crítica de L.H. Tribe acerca da teoria procedimentalista, de acordo com o qual, as próprias normas que regulam os procedimentos de participação são substantivas:

“Decidir que classe de participação demanda a Constituição, requer uma teoria dos valores e dos direitos plenamente substantiva. Assim, os direitos ao procedimento do devido processo têm em sua base a dignidade pessoal (ser ouvido é parte do que significa ser pessoa); do mesmo modo, a questão de “quem vota” ou a regra “um homem, um voto” possuem caráter substantivo. As teorias procedimentalistas não parecem apreciar que o processo é algo em si mesmo valioso; porém, dizer que o processo é em si mesmo valioso é afirmar que a Constituição é inevitavelmente substantiva.”¹⁰⁸

Dessa forma, verifica-se que mesmo os teóricos da democracia procedimental, ao aceitarem um papel mínimo de jurisdição constitucional para garantia do próprio processo democrático, não conseguem evitar a possibilidade de que esta jurisdição envolva julgamento de valores substantivos, demonstrando que julgamentos substantivos pelo Poder Judiciário não estão a ofender, de modo algum, o princípio democrático.

Até porque, ao defenderem que um processo democrático legítimo e justo é que vai legitimar as leis, os procedimentalistas acabam admitindo algumas pré-condições necessárias a que este procedimento seja o mais adequado, tais como liberdade, igualdade e dignidade dos cidadãos, o que, por sua vez, demonstra condições necessariamente substantivas.

Para além disso, como o resultado do discurso procedimental de democracia não depende apenas das qualidades do procedimento democrático para que se garanta um resultado correto e justo, passa-se, agora, a analisar o *Constitucionalismo*, enquanto teoria construída sobre concepções substantivas de justiça e que, por sua vez, dá maior prioridade aos resultados justos do que aos

¹⁰⁷ ERIKSEN, Erik Oddvar. *Democratic or jurist made law?*, op. cit.

¹⁰⁸ TRIBE, L. H. *The Puzzling Persistence of Process-Based constitutional Theories*, apud STRECK, L.L., op. cit., p. 161-162.

procedimentos democráticos.

2.2 Constitucionalismo

Diversamente da “Democracia Procedimental”, que prioriza o processo democrático independentemente dos resultados a serem obtidos, o Constitucionalismo é a teoria que, baseada numa Constituição rígida, busca resultados garantísticos, mesmo que isso importe em limitação dos poderes do Executivo e do Legislativo.

O Constitucionalismo tem, como pedra angular, os direitos fundamentais que, por sua vez, representam os valores substantivos escolhidos pela sociedade no momento constituinte – de máxima manifestação da soberania popular – que garantem o funcionamento da democracia, isto é, quando os direitos fundamentais impõem limites materiais aos atos do governo, estão na verdade, a proteger o povo como um todo e não apenas maiorias eventuais. E quem está incumbido de proteger estes valores é o Poder Judiciário¹⁰⁹, conforme determinação do próprio Poder Constituinte.

A idéia de substantividade ou de materialidade das constituições deriva tanto de uma oposição ao procedimentalismo ou a uma concepção procedimental de democracia que vêem a constituição enquanto garantia procedimental da democracia, bem como de uma idéia de proteção de valores substantivos, por meio dos direitos fundamentais¹¹⁰.

A doutrina brasileira, como a européia do pós-guerra, foram influenciadas por teóricos da teoria substantiva norte-americana¹¹¹, em que impera o *judicial*

¹⁰⁹ No Sistema Constitucional europeu foram criados Tribunais ou Cortes Constitucionais independentes do Poder Judiciário.

¹¹⁰ MELLO, C. A., op. cit., p. 85.

¹¹¹ Veja-se que apesar da rejeição do modelo de justiça constitucional com controle difuso de constitucionalidade pelo sistema europeu, caracterizado pelo receio do governo de juízes, relegando às Cortes Constitucionais o papel do *judicial review*, a proteção dos direitos fundamentais nas Constituições Democráticas, surgidas na metade do século XX, tem evidente

review, o qual permite um controle substantivo da Constituição por parte do Poder Judiciário, de modo a rever as leis emanadas pelo Legislativo e incompatíveis com os valores substantivos da Constituição.

A polêmica que gira em torno do *judicial review* consiste basicamente no seu suposto caráter antidemocrático, na medida em que permite que juízes não eleitos pelo povo possam interpretar os valores substantivos presentes na Constituição, como também revisar e anular leis incompatíveis com tais valores, mesmo que provenientes do Parlamento, enquanto representante democrático do povo, numa aparente tensão entre jurisdição constitucional e democracia.

Eugene Rostow, rebatendo os argumentos contrários ao *judicial review* pelos teóricos procedimentalistas, os quais defendem que os valores substantivos da Constituição podem ser interpretados e modificados apenas pelos poderes eleitos democraticamente pelo povo, afirma que “é uma grande simplificação sustentar que uma sociedade não pode ser democrática a menos que os seus parlamentos tenham poderes soberanos”¹¹²

Se a finalidade de uma sociedade “é garantir o máximo de liberdade possível para os seres humanos”¹¹³, o objetivo final de uma Constituição deve ser o de “assegurar às pessoas uma sociedade livre e democrática”¹¹⁴. Desse modo, a Constituição aparelha a sociedade de um governo para atingir esses objetivos, no entanto não se pode conceber que este governo tenha poderes irrestritos. Os direitos fundamentais de liberdade atuam como limites ao poder do governo e o papel da jurisdição constitucional é justamente o de proteger esses direitos, ainda que seja contra o governo. Não há aí qualquer caráter antidemocrático, visto que os direitos de liberdade acabam por assegurar o processo democrático.

Ronald Dworkin pode ser considerado um dos grandes precursores da teoria substantiva da Constituição¹¹⁵. Partindo da teoria procedimental de John Hart

influência do modelo norte-americano do *Bill of Rights*. Ver nesse sentido: FAVOREU, L., op. cit., p.18-22; e CAPPELLETTI, Mauro, *O Controle...*, p. 46 et. seq.

¹¹² MELLO, C.A., op. cit., p. 86.

¹¹³ Ibid., ibidem.

¹¹⁴ ROSTOW, Eugene, *The democratic character of judicial review*, Harvard Law Review 66 (1952) *apud* MELLO, C.A., op. cit., p. 86

¹¹⁵ Confira-se a posição de Luc B. Tremblay a respeito: “In the light of Dworkin’s liberal or constitutional interpretation of democracy, the judiciary could be quite interventionist. It would be concern not only with democratic process and participation, but with substance, justice and political decency as well.” TREMBLAY, Luc B. *General Legitimacy of Judicial Review and the*

Ely¹¹⁶, ele chega à conclusão de que esta não se aplica ao direito constitucional norte-americano.

Num primeiro momento, Dworkin aborda as proposições retiradas da teoria da revisão judicial de Ely, para depois, analisá-las uma a uma, quais sejam:

(1) A revisão judicial deve ter em vista o processo da legislação, não o resultado isolado desse processo. (2) Ela deve avaliar esse processo segundo o padrão da democracia. (3) A revisão baseada no processo, portanto, é compatível com a democracia, ao passo que a revisão baseada na substância, que tem em vista os resultados, é antagônica a ela. (4) O Tribunal, portanto, erra quando cita um valor substantivo putativamente fundamental para justificar a revogação de uma decisão legislativa. *Griswold* e *Roe contra Wade* foram decididos erroneamente, e o Tribunal deveria abster-se de tais aventuras no futuro. Ely defende cada uma dessas proposições, que, juntas, constituem seu livro.¹¹⁷

Dworkin só aceita a primeira proposição, entendendo que as demais são equivocadas, explicando que:

A revisão judicial deve atentar para o processo, não para evitar questões políticas substantivas, como a questão de que direitos as pessoas têm, mas antes, em virtude da resposta correta a essas questões. A idéia de democracia é de pouquíssima utilidade na procura dessa resposta. Também não decorre, a partir simplesmente do compromisso com o processo e não com os resultados isolados do processo, que as chamadas decisões de ‘devido processo legal substantivo’, que Ely e outros deploram, sejam imediatamente excluídas.¹¹⁸

Dworkin ressalta que a democracia não é um conceito político preciso, e, por isso, pode haver discordância sobre o fato do processo ser democrático ou não, o que desvincularia que o processo por si próprio seria democrático. Ainda critica a defesa de Ely de que não pode haver nenhum consenso sobre valores substantivos, mas por outro lado entender que há uma resposta correta para a democracia, sem haver consenso a respeito dessa resposta. Ou seja, mesmo que se entenda – como o fazem os procedimentalistas – que a democracia é um conjunto de procedimentos, sem nenhuma restrição aos representantes do povo, ainda assim “resta a questão de como decidir quais processos constituem a melhor concepção

Fundamental Basis of Constitutional Law, p. 558. “De acordo com a interpretação liberal ou constitucional de Dworkin sobre democracia, o judiciário poderia ser um tanto quanto intervencionista. Levaria em conta não somente o processo e a participação democráticos, mas com substância, justiça e decência política também.”

¹¹⁶ DWORKIN, R., *Uma questão de princípio*, p.80 et. seq.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 81.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 82.

da democracia”.¹¹⁹

Também rebate a idéia de Ely de que a liberdade de expressão seria ligada apenas ao procedimento democrático, voltada à maximização do poder político como um todo, entendendo, ao contrário, que ela busca “tornar mais equitativo o poder político, pessoa por pessoa, em toda a população”¹²⁰, o que demonstra claramente uma preocupação com o resultado substantivo a ser alcançado.

Dworkin, do mesmo modo, não aceita a posição defendida por Ely de que não cabe à Suprema Corte rever decisões substantivas, tomadas por meio de processos democráticos. Em suas palavras:

Mas seria um erro supor (como faz Ely) que os juízes poderiam escolher ou aplicar essa teoria da revisão judicial sem deparar com questões que são, segundo qualquer descrição, questões substantivas de moralidade política. Os juízes devem decidir que o utilitarismo¹²¹ puro é errado, por exemplo, e que as pessoas realmente têm direitos que estão acima da maximização da utilidade irrestrita e das decisões majoritárias que servem à utilidade irrestrita.¹²²

Dworkin também critica a teoria de Ely, quando este afirma que a democracia “exige que a maioria decida questões importantes de princípio político, e que a democracia, portanto, é comprometida quando essas questões são deixadas aos juízes”¹²³, tendo em vista que para se ter “uma teoria da revisão judicial que produza resultados aceitáveis”¹²⁴, não se pode “valer da idéia de que o Supremo Tribunal deve estar preocupado com o processo *enquanto distinto* da substância”¹²⁵. Para Dworkin, a única versão aceitável da própria teoria procedimental, deve depender de se decidir que direitos as pessoas têm ou não¹²⁶, demonstrando, afinal, um caráter substantivo.

Para Dworkin, é equivocada a idéia de que deixar o Tribunal decidir sobre uma questão polêmica é antidemocrático, e que esta decisão deveria ser decidida por um processo democrático. Ele exemplifica o caso do aborto, que deve ser

¹¹⁹ Ibid., p. 83.

¹²⁰ Ibid., p. 89.

¹²¹ A respeito do utilitarismo, confira-se: SUNSTEIN, Cass R., *The second bill of rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*, p. 176.

¹²² DWORKIN, op. cit., p. 95.

¹²³ Ibid., ibidem.

¹²⁴ Ibid., ibidem.

¹²⁵ Ibid., ibidem.

¹²⁶ Ibid., p. 96.

decidido pelo Tribunal, já que se submeter esta decisão à maioria, justificar-se-á referida lei com base em opiniões morais, justamente o que Dworkin quer evitar, pois este tipo de decisão majoritária pode ofender sua teoria de igualdade de representação.¹²⁷

Dworkin também rebate o juízo segundo a qual, o Supremo Tribunal não deve substituir julgamentos legislativos substantivos por novos julgamentos de sua autoria, bem como a idéia de que o nível certo do controle de constitucionalidade seria buscar a intenção dos constituintes¹²⁸, como defendem os

¹²⁷ Ibid., p. 100.

¹²⁸ “The first alternative strategy, as I said, accepts the moral reading. The second alternative, which is called the “originalist” or “original intention” strategy does not. The moral reading insists that the Constitution means what the framers intended to say. Originalism insists that it means what they expected their language to do, which as I said is a very different matter. (Though some originalists, including one of the most conservative justices now on the Supreme Court, Antonin Scalia, are unclear about the distinction.) According to originalism, the great clauses of the Bill of Rights should be interpreted not as laying down the abstract moral principles they actually describe, but instead as referring, in a kind of code or disguise, to the framers’ own assumptions and expectations about the correct application of those principles. So the equal protection clause is to be understood as commanding not equal status but what the framers themselves thought was equal status, in spite of the fact that, as I said, the framers clearly meant to lay down the former standard not the latter one. The Brown decision I just mentioned crisply illustrates the distinction. The Court’s decision was plainly required by the moral reading, because it is obvious now that official school segregation is not consistent with equal status and equal concern for all races. But the originalist strategy, consistently applied, would have demanded the opposite conclusion, because, as I said, the authors of the equal protection clause did not believe that school segregation, which they practiced themselves, was a denial of equal status, and did not expect that it would one day be deemed to be so. The moral reading insists that they misunderstood the moral principle that they themselves enacted into law. The originalist strategy would translate that mistake into enduring constitutional law.” DWORKIN, Ronald. *Freedom’s law: the moral reading of the American Constitution*, p. 13. “A primeira estratégia alternativa, como já disse, aceita a leitura moral. A segunda, chamada de ‘originalista’ ou ‘intenção original’ não aceita. A leitura moral insiste em que a Constituição significa o que os constituintes queriam dizer. O ‘Originalismo’ insiste que ele significa o que eles esperavam que o modo de escrever deles realizasse, e como já disse, é um outro assunto. (Apesar de alguns ‘originalistas’, incluindo um dos mais conservadores juizes, agora na Corte Suprema, Antonin Scalia, não serem claros com relação à distinção.) De acordo com o ‘Originalismo’, os principais artigos do Bill of Rights deveriam ser interpretados não como impondo princípios morais abstratos, como eles descrevem, mas ao contrário, referindo-se, em forma de código ou disfarce, às suposições e expectativas dos próprios constituintes sobre a aplicação daqueles princípios. Portanto o artigo de igualdade de proteção deve ser entendido como comandando não igualdade de condições, mas o que os próprios constituintes pensavam ser igualdade de condições, apesar do fato de que, como eu disse, os constituintes claramente queriam impor o modelo anterior e não o mais atual. A decisão de Brown que acabo de mencionar, clara e objetivamente demonstra a distinção. A decisão da Corte foi claramente requisitada sob o ponto de vista de uma leitura moral, porque agora é óbvio que a segregação oficial em escolas não é consistente com igualdade de condições e respeito a todas as raças. Mas a estratégia ‘originalista’, consistentemente usada, teria demandado a conclusão oposta, porque, como já disse, os autores do artigo de proteção de igualdade não acreditavam que segregação na escola, que eles próprios praticavam, era uma negação de igualdade de condições, e não esperavam que um dia poderia imaginar ser. A leitura moral insiste em que eles entenderam

originalistas, devendo o Tribunal atuar apenas policiando os processos da própria democracia. Até porque, essas teorias se auto-anulam, posto que, ao tentarem evitar julgamentos judiciais substantivos, incorporam os julgamentos substantivos que justamente dizem ser de competência do povo.¹²⁹

Por conseguinte, sustenta Dworkin que:

(...) o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral-, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.¹³⁰

Dessa forma, defende o autor que o *judicial review* deve procurar garantir direitos por intermédio de decisões de princípios e não de política.¹³¹

Outro teórico que também se aprofundou sobre o tema de princípios foi Herbert Wechsler, o qual, por sua vez, defendeu que o controle de constitucionalidade das leis só estaria legitimado se fundamentado em princípios neutros sobre o direito constitucional¹³²:

The demand of neutrality is that a value and its measure be determined by a general analysis that gives no weight to accidents of application, finding a scope that is acceptable whatever interest, group, or person may assert the claim. So, too, when there is conflict among values having constitutional protection, calling for their ordering or their accommodation, I argue that the principle of resolution must be neutral in a comparable sense (both in the definition of the individual competing values and in the approach that it entails to value competition).¹³³

Dessa forma, referido autor vê nos princípios neutros, uma solução legítima

mal o princípio moral o qual ele próprios estabeleceram como lei. A estratégia ‘originalista’ traduziria um equívoco em uma duradoura lei constitucional.”

¹²⁹ DWORKIN, Ronald, *Uma questão de princípio*, p. 101.

¹³⁰ Ibid, ibidem.

¹³¹ Não obstante, como Dworkin coloca os juízes sujeitos à doutrina da responsabilidade política, e, por conseqüência, às decisões por eles emanadas, “também as decisões judiciais podem ser consideradas decisões políticas”. KOZICKI, K., op.cit., p. 185.

¹³² MELLO, C. A., op. cit., p. 88.

¹³³ “A exigência de neutralidade significa que um valor e a sua medida sejam determinados por uma análise geral que não dá nenhuma importância a erros de aplicações, encontrando um espaço aceitável não importa qual seja o interesse, grupo ou pessoa que possa reivindicar. Então, também, quando há conflitos entre os valores que têm proteção constitucional, pedindo por sua ordem ou acomodação, eu discuto que o princípio da resolução deve ser neutro em uma forma comparável (ambos na definição de valores individuais que estão a competir e na aproximação que implica tornar válida a competição)”. WECHSLER, H.. *Principles, Politics and Fundamental Law*. Apud BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, p.50-51.

para os julgamentos da Suprema Corte, em detrimento de julgamentos meramente marcados por critérios de conveniência, defendendo que

I put it to you that the main constituent of the judicial process is precisely that it must be genuinely principled, resting with respect to every step that is involved in reaching judgment on analysis and reasons quite transcending the immediate result that is achieved.¹³⁴

Destarte, os tribunais terão legitimidade para controlar os atos dos outros Poderes, embora tenham sido baseados em processos democráticos, se forem fundamentados em princípios constitucionais neutros, ou seja, “*standards* que transcendam o caso em exame e possam ser aplicados em todas as situações idênticas no futuro”¹³⁵.

Assim, para Wechsler, deve ser dada atenção às qualidades de generalidade e neutralidade da lei, devendo os juízes ficar fora da política partidária, bem como, estar livres dos desvios ocasionados pelo ego e, o mais importante, que os valores defendidos e justificados pela Corte devem estar num contexto maior do que um único caso no momento¹³⁶.

Alexander Bickel, por sua vez, também concorda que os julgamentos devem ser baseados em princípios neutros, de modo a evitar julgamentos constitucionais baseados meramente no sentimento transitório e individual do juiz, daquilo que lhe está claro, de que aquilo é conveniente ou simpático nas circunstâncias particulares de um litígio.¹³⁷

Para ele, um princípio neutro é uma proposição intelectualmente racional e coerente para um resultado que em casos iguais produza iguais resultados, ainda que seja ou não imediatamente conveniente ou oportuno¹³⁸, ou seja, diferente de

¹³⁴ “Eu afirmo a vocês que o principal elemento constitutivo do processo judicial é precisamente que ele deve ser genuinamente baseado em princípios, fundando cada passo do processo de julgamento em análises e razões que transcendam o resultado imediato que é atingido”. WECHSLER, Herbert. *Toward neutral principles of constitutional law*. Harvard Law Review 73 (1959) *apud* BICKEL, A.M., op. cit., p. 49.

¹³⁵ MELLO, C. A., op. cit., p. 89.

¹³⁶ BICKEL, A. M., op. cit., p.50.

¹³⁷ *Ibid.*, p.59.

¹³⁸ “A neutral principle, by contrast, is an intellectually coherent statement of the reason for a result which in like cases will produce a like result, whether or not is immediately agreeable or expedient. Now the demand for neutral principles is carried further. It is that the Court rest judgment only on principles that will be capable of application across the board and without compromise, in all relevant cases in the foreseeable future: absolute application of absolute – even

Wechsler, Bickel não consegue ver a aplicação de um princípio neutro isolado da conveniência ou oportunidade no *judicial review*.

Bickel sustenta, portanto, que apesar dos julgamentos deverem ser fundamentados em princípios neutros, muitas vezes vai ser desejável que haja uma associação entre princípio e discricionariedade. Para Bickel, sempre existiu uma tensão entre princípio e conveniência, e dentro dessa tensão, deve o *judicial review* desempenhar seu papel. Dessa forma, o dilema de Wechsler é falso, na medida em que a função da Corte é definir valores e proclamar princípios, mas isto não é uma função que deve ser exercida com respeito em casos extremos, em que a sociedade é deixada a decidir por sua própria conveniência em outros assuntos. Frequentemente, assim como ocorreu no caso de segregação racial, deve-se exigir a aplicação imediata do princípio e da conveniência¹³⁹. Há casos em que a ausência de uma particularização de circunstâncias pode levar ao não cumprimento imediato da decisão¹⁴⁰.

Verifica-se, dessa forma, que não foi só Dworkin que defendeu uma teoria de legitimidade das decisões judiciais baseadas em princípios, entretanto, a diferença de sua teoria consiste no fato de ser a mesma substantiva, ou seja, para ele, os princípios atuam enquanto exigência de justiça e de equidade, correspondendo a um valor moral substantivo.¹⁴¹

Dworkin admite, com isso, a possibilidade de legitimidade dos julgamentos constitucionais pelo Poder Judiciário, desde que esses julgamentos sejam

if sometimes flexible – principles. The flexibility, if any, must be built into the principle itself, in equally principled fashion. Thus a neutral principle is a rule of action that will be authoritatively enforced without adjustment or concession and without let-up. If it sometimes hurts, nothing is better proof of its validity. If it must sometimes fail of application, it won't do. Given the nature of a free society and the ultimate consensual basis of all its effective law, there can be but very few such principles.” BICKEL, A. M., op. cit., p.59 “Um princípio neutro, ao contrário, é uma afirmação intelectualmente coerente da razão para um resultado que em casos semelhantes produzirão resultados parecidos, sendo ou não imediatamente concordáveis ou convenientes (adequados). Agora, a exigência de princípios neutros é levada ainda mais longe. É que o julgamento se apóia somente em princípios que serão capazes de serem aplicados para todos e sem compromisso, em todos os casos relevantes num futuro previsível: aplicações absolutas de – até mesmo quando flexíveis – princípios absolutos. A flexibilidade, se alguma, deve ser construída no seu próprio princípio, de uma forma igualmente dentro do princípio. Portanto um princípio neutro é uma regra de ação que será autoritariamente imposta sem ajustes ou concessões e sem trégua. Se às vezes machuca, nada é melhor prova de sua validade. Se às vezes deve falhar na aplicação, não irá fazê-lo. Dada a natureza de uma sociedade livre e a base fundamental de consenso de todas suas leis efetivas, poderá haver nada mais do que poucos desses princípios”

¹³⁹ BICKEL, A. M., op. cit., p. 68-69.

¹⁴⁰ MELLO, C. A., op. cit., p. 89.

¹⁴¹ MELLO, C.A., op. cit., p. 90.

baseados em princípios, entendidos como um padrão a ser observado em face da “exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade”.^{142;143}

A substantividade está presente nos princípios, os quais indicam valores de moralidade e de justiça, ou seja, “a leitura moral da Constituição supõe, em primeiro lugar, que os direitos fundamentais nela estabelecidos devem ser interpretados como princípios morais que decorrem da justiça e da equidade”¹⁴⁴ e que, por sua vez, levam à fixação de limites ao poder governante.

Por outro lado, Dworkin não aceita como legítimas as decisões judiciais baseadas em questões de políticas (*policies*), entendendo como política “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”¹⁴⁵, sendo, portanto, os julgamentos de política atribuições exclusivas dos Poderes Legislativo e Executivo (democraticamente eleitos pelo povo), e conseqüentemente, não podendo ser objeto de controle ou aplicação pelos tribunais.¹⁴⁶

Desse modo, Dworkin consegue balancear o princípio democrático com o princípio constitucional.

Dworkin, inclusive, defende a supremacia da Constituição em sentido material, uma vez que os princípios constitucionais podem ser também princípios morais, que uma Constituição verte em jurídicos¹⁴⁷.

Cláudio Pereira de Souza Neto explica bem a questão da legitimação da jurisdição constitucional conforme a teoria de Dworkin, veja-se:

No tocante à jurisdição constitucional, Dworkin irá legitimá-la da seguinte maneira. Se, em um caso difícil, o magistrado, não podendo aplicar uma regra,

¹⁴² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 36.

¹⁴³ “Los argumentos políticos justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo. El argumento en favor de un subsidio para los fabricantes de aviones, que afirma que con él se protegerá la defensa nacional, es un argumento político. Los argumentos de principio justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho, individual o del grupo. El argumento a favor de las leyes que se oponen a la discriminación (racial en los Estados Unidos), y que sostiene que una minoría tiene derecho a igual consideración y respeto, es un argumento de principio.” (DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en serio*, p.148)

¹⁴⁴ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva...*, op.cit., p. 191.

¹⁴⁵ DWORKIN, R., *Levando os direitos a sério*, p. 36.

¹⁴⁶ MELLO, C. A., op. cit., p. 90.

¹⁴⁷ SOUZA NETO, C. P. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*, op.cit., p. 246.

aplica um princípio, não está criando direito novo, mas aplicando o direito preexistente. Por conta disso, a inclusão dos princípios no sistema jurídico resolve os problemas de legitimação dos tribunais constitucionais criados pela concepção volitiva da jurisdição presente no modelo normativista. É essencial destacar, no entanto, que somente os argumentos de princípio podem justificar a jurisdição constitucional. O autor não concebe a possibilidade de que um argumento político, utilizado pelo poder judiciário, possa anular normas cuja produção no âmbito do legislativo também se fundam em argumentos políticos.¹⁴⁸

Dessa forma, concluiu Souza Neto que a justificação teórica de Dworkin acaba por não se afastar, no que diz respeito à separação de poderes, da proposta liberal-positivista, com a diferença de que para Dworkin, os princípios são reconhecidos como direito¹⁴⁹.

Ainda, é de se ter em conta a posição de Dworkin contra a teoria majoritária de democracia, por entender que esta não pode ser o único fundamento da democracia. Ele sustenta que a proteção via judicial dos direitos acabaria por fortalecer o próprio processo democrático, bem como o princípio da igual consideração e respeito, tido por ele como fundamento básico de uma democracia constitucional, que acaba sendo mais bem respeitado por tribunais que podem controlar os atos de outros poderes, do que em sistemas nos quais os Poderes Legislativo e Executivo exercem soberania total, sem nenhum tipo de limitação.

Além disso, Dworkin defende a supremacia dos direitos fundamentais, os quais, segundo ele, dariam legitimidade suficiente à atuação do Poder Judiciário na revisão das leis editadas pelo Parlamento ou atos emanados pelo Executivo, quando referidas leis estiverem em contrariedade àqueles direitos fundamentais.

Não se pode descurar, ainda, que, para Dworkin, a Constituição tem como papel primordial a proteção não só dos indivíduos, mas também dos grupos minoritários, contra decisões da maioria, mesmo que esta maioria esteja convencida de que sua decisão estará promovendo o bem estar geral¹⁵⁰, ou seja:

A teoria constitucional em que se baseia nosso governo não é uma simples teoria da supremacia das maiorias. A Constituição, e particularmente a *Bill of Rights* (Declaração de Direitos e Garantias), destina-se a proteger os cidadãos (ou grupos de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando o que considera ser o interesse geral ou comum.¹⁵¹

¹⁴⁸ Ibid., p. 247.

¹⁴⁹ Ibid., p. 247.

¹⁵⁰ MELLO, C. A., op.citl, p. 91-92.

¹⁵¹ DWORKIN, R. *Levando os direitos...*, op. cit., p.208-209.

Por conseguinte, Dworkin consegue fundamentar o ativismo judicial, possibilitando a revisão judicial das leis editadas pelo Parlamento por Juízes, que julgarão com base em princípios substantivos, ou seja, para Dworkin, “cabe ao magistrado se orientar pela moralidade social cambiante, promovendo interminavelmente a reconstrução do ordenamento jurídico vigente com base nos princípios contemporâneos da moralidade política”.¹⁵² Em suas palavras:

Nosso sistema constitucional baseia-se em uma teoria moral específica, a saber, a de que os homens têm direitos morais contra o Estado. As cláusulas difíceis da *Bill of Rights*, como as cláusulas do processo legal justo e da igual proteção, devem ser entendidas como um apelo a conceitos morais, e não como uma formulação de concepções específicas. Portanto, um tribunal que assume o ônus de aplicar plenamente tais cláusulas como lei deve ser um tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta.¹⁵³

Dworkin sustenta, dessa maneira, que a tutela dos direitos fundamentais está na essência do constitucionalismo, o que acaba por demonstrar que o *judicial review* pode conviver com total harmonia com o princípio da democracia, visto que os juízes, “ao adotarem a leitura moral da constituição”¹⁵⁴, nada mais estão a fazer, do que adotando valores políticos e morais escolhidos pelo próprio povo quando do processo constituinte, representação máxima e soberana da vontade do povo¹⁵⁵.

Contrário a uma concepção majoritária de democracia, Dworkin defende uma concepção constitucional de democracia, ou seja, um regime de governo no qual as decisões coletivas são tomadas por instituições políticas, cuja estrutura, composição e práticas tratem a todos os membros de uma comunidade com igual consideração e respeito. Em suas palavras:

If we reject the majoritarian premise, we need a different, better account of the value and point of democracy. Later I will defend an account – which I call the constitutional conception of democracy – that does reject the majoritarian premise. It denies that it is a defining goal of democracy that collective decisions always or normally be those that a majority or plurality of citizens would favor it fully

¹⁵² SOUZA NETO, C. P., *Jurisdição...*, op. cit., p. 248.

¹⁵³ DWORKIN, R., *Levando os direitos...*, op.cit., p.231.

¹⁵⁴ MELLO, C. A., op. cit., p. 93.

¹⁵⁵ Ibid, ibidem.

informed and rational. It takes the defining aim of democracy to be a different one: that collective decisions be made by political institutions whose structure, composition, and practices treat all members of the community, as individuals, with equal concern and respect. This alternate account of the aim of democracy, it is true, demands much the same structure of government as the majoritarian premise does. It requires that day-to-day political decisions be made by officials who have been chosen in popular elections. But the constitutional conception requires these majoritarian procedures out of a concern for the equal status of citizens, and not out of any commitment to the goals of majority rule. So it offers no reason why some nonmajoritarian procedure should not be employed on special occasions when this would better protect or enhance the equal status that it declares to be the essence of democracy, and it does not accept that these exceptions are a cause of moral regret.¹⁵⁶

A concepção constitucional de democracia prevê que as decisões de política sejam tomadas por agentes eleitos democraticamente pelo povo. Não obstante, permite que o Judiciário, mesmo tendo caráter contramajoritário, possa tomar decisões sobre direitos, já que em alguns casos os tribunais estão mais preparados na proteção de direitos que garantem igual consideração e respeito, ou de que “os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos”¹⁵⁷. Até porque, nestes casos os juízes têm maiores condições de serem imparciais do que os representantes eleitos¹⁵⁸, posto os legisladores poderem estar sujeitos a pressões a que não estão sujeitos os juízes por grupos politicamente poderosos, por exemplo¹⁵⁹. E conclui que não há nenhuma razão para pensar que “a transferência de decisões sobre direitos, das

¹⁵⁶ “Se rejeitarmos a premissa majoritária, necessitaremos de um conjunto diferente e melhor de valor e de importância da democracia. Mais tarde defenderei um ponto – que eu chamo de concepção constitucional de democracia – que, sim, rejeita a premissa majoritária. Ela nega que é um objetivo que define a democracia que decisões coletivas sempre - ou normalmente - são aquelas em que a maioria ou muitos cidadãos estariam a favor de modo completamente informados e racionais. Ela precisa do objetivo definido de democracia para ser uma concepção diferente: que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas, cuja estrutura, composição e prática tratem todos os membros de uma comunidade, como indivíduos com igual consideração e respeito. Essa consideração alternativa a respeito do objetivo da democracia, é verdade, exige tanto da estrutura governamental como a exige a premissa majoritária. Demanda que as decisões políticas do dia-a-dia sejam tomadas por autoridades que tenham sido eleitas diretamente pelo povo. Mas a concepção constitucional de democracia exige que esses métodos majoritários não estejam preocupados com a questão da igualdade de condições dos cidadãos, o que não significa que estejam fora do compromisso dos objetivos de uma regra majoritária. Então, ela não oferece nenhuma razão pela qual alguns procedimentos majoritários deveriam ser aplicados em ocasiões especiais quando protegeria melhor ou melhoraria a igualdade de condições que mostra ser a essência da democracia e não aceita que essas exceções sejam a razão para uma rejeição moral.” (DWORKIN, Ronald, *Freedom's law...*, op. cit., p. 17).

¹⁵⁷ DWORKIN, R., *Uma questão de princípio*, p. 27.

¹⁵⁸ MELLO, C. A., op.cit., p. 93.

¹⁵⁹ DWORKIN, R., *Uma questão de princípio*, p. 27.

legislaturas para os tribunais, retardará o ideal democrático da igualdade de poder político”¹⁶⁰, mas, ao contrário, “pode muito bem promover esse ideal”¹⁶¹.

Apesar disso, esta transferência de decisões sobre direitos para os tribunais não implica que estes possam tomar decisões políticas, uma vez que, para Dworkin, mesmo nos casos difíceis, vão existir princípios a serem aplicados pelos juízes, não havendo, conseqüentemente, uma mera discricionariedade:

Os argumentos de política, conforme mencionado acima, se prestam à justificação de decisões políticas, enquanto decisões judiciais devem ser sempre justificadas por argumentos de princípios. Os princípios se constituiriam muito mais em diretrizes para as decisões judiciais do que em mera aplicação das regras existentes de direito. Seriam justamente estes princípios, que devem ser buscados na história institucional da sociedade, que permitiriam afastar a idéia de discricionariedade judicial. Para Dworkin, existe sempre um direito a uma resposta e, portanto, o ordenamento jurídico não apresentaria lacunas que pudessem justificar a discricionariedade judicial. Ainda nos chamados *hard cases*, onde se acredita que tal discricionariedade pudesse ser exercitada, existiriam princípios que, buscados na história institucional da comunidade e, dentro de uma perspectiva abrangente da tradição desta e do direito pré-interpretativo, serviriam de guia à atividade jurisdicional e indicariam o direito a ser aplicado ao caso concreto, sem que novo direito fosse criado. Por detrás das regras jurídicas existirão sempre princípios, os quais servem de base à justificação da decisão. Esta integração entre as regras jurídicas e os princípios constitui o núcleo da **tese dos direitos**.¹⁶²

Assim sendo, Dworkin rebate o argumento procedimentalista que vê a revisão judicial como um limite ao processo deliberativo democrático, ao afirmar que “o *judicial review* assegura um tipo superior de deliberação republicana’, na medida em que viabiliza um debate político orientado por princípio e não apenas por valores forjados por maiorias eventuais”¹⁶³.

Dessa forma, verifica-se que Dworkin consegue conciliar o princípio democrático com o princípio constitucional, prevendo tanto instituições como procedimento e representação baseados no princípio democrático, como também instituições contramajoritárias, tais como os tribunais, mas que atuam de forma a reforçar o próprio princípio democrático.

Confira-se:

¹⁶⁰ Ibid., p. 32.

¹⁶¹ Ibid., ibidem.

¹⁶² KOZICKI, K., op. cit., p. 184.

¹⁶³ CITTADINO, G., op.cit., p. 194.

Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas. O ganho para as minorias, sob essas condições, seria maior num sistema de revisão judicial de decisões legislativas.¹⁶⁴

Pode-se concluir, desta forma, que Dworkin defende uma concepção constitucional de democracia, na medida em que aceita tanto a proteção dos direitos fundamentais pelos tribunais, quanto admite a existência de valores morais constitutivos de uma comunidade que também devem ser protegidos contra as maiorias eventuais.

Outro teórico de grande repercussão para o pensamento jurídico contemporâneo foi John Rawls, por meio das obras *Uma Teoria da Justiça*, *Liberalismo Político* e, mais recentemente, *Justiça como Equidade*, em que traz algumas revisões de sua primeira teoria.

Apesar de Rawls dar grande importância ao processo de deliberação no procedimento democrático¹⁶⁵, sua preocupação maior se dá quanto aos resultados justos a serem obtidos deste procedimento.

Primeiramente, deve-se ter em vista que, para Rawls, um regime constitucional “é aquele em que as leis e estatutos têm de ser coerentes com certos direitos e liberdades fundamentais, por exemplo, aqueles abarcados pelo primeiro princípio de justiça.”^{166;167} Entendendo o autor que, num regime constitucional deve existir uma constituição com “uma carta de direitos que especifica essas liberdades e é interpretada pelos tribunais como limite constitucional à legislação”¹⁶⁸.

De plano, já se pode verificar que, na concepção de Rawls, é possível que os tribunais tenham poderes para limitar ou revisar as leis provindas dos órgãos

¹⁶⁴ DWORKIN, R., *Uma questão de princípio*, p. 32

¹⁶⁵ KOZICKI, op. cit., p. 92.

¹⁶⁶ RAWLS, John, *Justiça como Equidade: uma reformulação*, p. 205.

¹⁶⁷ Os dois princípios de justiça de Rawls são os seguintes: “(a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e (b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo, os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio de diferença)”. RAWLS, J., op. cit., p. 60.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 205.

políticos, desde que seja com o objetivo de proteção dos direitos e liberdades fundamentais plasmados na constituição, até porque vê o “poder judiciário (representado principalmente pela figura da Suprema Corte norte-americana) o principal condutor do que se chama de deliberação.”¹⁶⁹

Rawls não vê a interpretação dos direitos e liberdades básicas pelos tribunais, embora imponha limites à lei, como um óbice ao processo democrático. Ao contrário, ele prevê que, mesmo com as decisões judiciais sendo vinculativas, num primeiro momento, elas podem ser levadas ao “fórum público de princípios”, para serem discutidas, não enquanto decisões judiciais, mas enquanto regras políticas gerais, pelos próprios cidadãos ou pelos partidos políticos¹⁷⁰. Por conseqüência, se decisões judiciais controvertidas trazem à tona “discussões políticas deliberativas no decorrer das quais seus méritos forem razoavelmente debatidos em termos de princípios constitucionais”¹⁷¹, então, para Rawls, “até mesmo essas decisões controvertidas, pelo fato de convocar os cidadãos para o debate público, desempenharão uma função educativa fundamental”¹⁷².

Rawls também defende a garantia de certos direitos e liberdades fundamentais que ficariam fora do âmbito de discussão do poder político:

A primeira exigência, dado o fato do pluralismo, é fixar de uma vez por todas os direitos e liberdades básicos e atribuir-lhes especial prioridade. Isso retira essas garantias da agenda política de partidos políticos e as coloca além do cálculo dos interesses sociais, estabelecendo desse modo, clara e firmemente, os termos da cooperação social com base no respeito mútuo, algo que os dois princípios de justiça conseguem fazer.¹⁷³

Verifica-se, por esse modo, que Rawls apesar de dar importância a uma concepção procedimental de democracia, prioriza a supremacia dos direitos básicos de liberdade e igualdade, ou seja, apesar de falar em procedimento, há uma nítida preocupação de substância em sua teoria, quer seja porque para ele a constituição deve resultar em um sistema de legislação justo e eficaz, quer seja porque vê na busca de justiça e equidade o fundamento de legitimação da jurisdição constitucional.

¹⁶⁹ KOZICKI, K., op. cit., p. 100.

¹⁷⁰ RAWLS, J., op.cit., p.209.

¹⁷¹ Ibid., p. 205.

¹⁷² Ibid., ibidem.

¹⁷³ Ibid., p. 162.

Para além disso, a teoria da justiça como equidade de Rawls está fundamentada na “prioridade das liberdades básicas sobre outros bens e interesses, princípio que significa a intangibilidade dos direitos que asseguram as liberdades básicas, inclusive pelos processos deliberativos”¹⁷⁴.

Para Rawls, “as liberdades básicas e sua prioridade devem garantir igualmente para todos os cidadãos as condições sociais essenciais para o desenvolvimento adequado e o exercício pleno e informado”¹⁷⁵ das faculdades morais naquilo que se refere “como os dois casos fundamentais”¹⁷⁶, de forma que, esta intangibilidade dos direitos fundamentais diminui o potencial conflitivo das controvérsias políticas, o que aumentaria perigosamente a insegurança e a hostilidade da vida pública.¹⁷⁷

Assim, a teoria da justiça como equidade de Rawls, ao proteger direitos fundamentais mínimos, é uma teoria liberal. Por outro lado, pode-se afirmar que sua teoria da justiça como equidade se aproxima muito mais de uma teoria substantiva de democracia, pois para ele, a constituição é dotada de conteúdo moral substantivo, que justamente funciona como limitação ao procedimento democrático¹⁷⁸, ou seja, na sua interpretação de justiça como equidade, ele pressupõe elementos pré-políticos ao priorizar a liberdade individual em detrimento do processo democrático. Com a idéia inicial de igual liberdade para todos os cidadãos, ele chega numa concepção substantiva de justiça, na medida em que prioriza os resultados justos, que necessariamente, demonstram uma valoração substantiva do que são os resultados justos, como também defende a proteção dos tribunais aos direitos fundamentais, que por sua vez, estariam fora do processo deliberativo público, e na escolha destes direitos está clara uma concepção substantiva.

Outro autor que defende uma concepção substantiva da constituição é Laurence Tribe, que parte do caráter extremamente substantivo dos principais

¹⁷⁴ MELLO, C. A., op. cit., p. 97.

¹⁷⁵ RAWLS, J., op.cit., p. 158.

¹⁷⁶ Ibid., ibidem.

¹⁷⁷ MELLO, C. A., op. cit., p. 97.

¹⁷⁸ “It is not by chance that many Rawlsian jurists favor broad judicial power to review laws democratically enacted. As Michael Walzer says, judges are the new philosopher-kings under this kind of theory.” NINO, C. S., op.cit., p. 115. “Não é por coincidência que muitos juristas Rawlsianos são a favor de um poder judiciário abrangente para rever leis democraticamente sancionadas. Como Michael Walzer diz, são os novos reis filósofos sob esse tipo de teoria.”

direitos constitucionais norte-americanos, assim como a primeira emenda que trata da liberdade de expressão, a décima terceira que trata da abolição da escravatura, e a cláusula do devido processo legal, que na maioria das vezes teve interpretação substantiva pela Suprema Corte.¹⁷⁹

Tribe defende, inclusive, que as normas que regulam o procedimento de deliberação democrática também são substantivas, uma vez que a própria escolha de quem participará do processo, que tipo de processo será adotado, a regra “um homem, um voto”, partem, necessariamente, de escolhas substantivas.

Do mesmo modo, Tribe também vai sustentar que a proteção das minorias isoladas e dos próprios direitos fundamentais requerem uma concepção substantiva de constituição, e argumenta que a própria idéia da proibição da segregação racial só vai encontrar um fundamento substantivo, nos valores expressos na Constituição americana, não havendo como se falar, neste caso, numa concepção meramente procedimental.¹⁸⁰

A concepção substantiva admite, assim, que a Constituição possui valores que devem ser respeitados não só pelos cidadãos, mas também pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, cabendo a este a fiscalização dos demais Poderes em razão de sua conformidade aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais previstos na Constituição, não havendo que se falar em mera adequação procedimental dos processos políticos, mas em verdadeira adequação material.

Segundo a teoria substantiva da constituição, ou constitucionalista da democracia, existem direitos fundamentais que representam valores mínimos escolhidos pelo povo no momento constituinte, que devem ser protegidos inclusive contra maiorias eventuais. A Constituição, desse modo, se dirige a todos os cidadãos e a todos os Poderes do Estado, mas seu protetor e intérprete máximo, neste modelo, é o Poder Judiciário¹⁸¹, que, por sua vez, irá interpretar os valores

¹⁷⁹ STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op.cit., p. 161.

¹⁸⁰ Ibid., p. 162. Para aprofundar sobre o assunto, consultar: TRIBE, L.H. *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*, The Yale Law Journal, vol. 89, 1073, 1980, pp. 1065 et. Seq.; TRIBE, L.H. & DORF, C.M. *On reading the constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.

¹⁸¹ Ou Tribunal Constitucional nos países europeus que criaram um Tribunal ou Corte independente do Poder Judiciário.

escolhidos pela sociedade quando da elaboração da constituição, permitindo, dessa forma, uma idéia de ativismo judicial na proteção e efetivação dos direitos fundamentais.

A questão está, portanto, em se verificar quais são os limites impostos a esta criatividade jurisdicional, de modo a contrabalançar o princípio constitucional e o princípio democrático. Entretanto, antes de se aprofundar sobre esse assunto, cabe, ainda, enfrentar qual a concepção de democracia foi adotada pela Constituição Federal de 1988.

2.3 O Caso Brasileiro

No Brasil, a maioria dos autores defende uma Constituição de valores, dentre eles estão Luis Roberto Barroso¹⁸², Clèmerson Merlin Clève¹⁸³, Lenio Luiz Streck, Ingo Wolfgang Sarlet, Gilberto Bercovici, Giselle Cittadino, Paulo Bonavides, Ana Paula de Barcellos, entre outros.

Por questões puramente acadêmicas, abordar-se-á apenas a posição de três autores no presente tópico – sendo certo que a doutrina elaborada pelos demais também dá base de sustentação à defesa desenvolvida no presente estudo – que demonstram três posições que aparentemente são diferentes, mas que no fim, concluem pela substantividade da Constituição brasileira, pela supremacia dos direitos fundamentais, bem como pelo ativismo judicial para concretização dos direitos fundamentais constitucionais, são eles Lenio Luiz Streck, Giselle Cittadino e Luís Fernando Barzotto.

¹⁸² BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, 7.ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

¹⁸³ “Clèmerson, após destacar que a Constituição de 1988 reclama um judiciário vinculado às diretivas e às diretrizes materiais da Constituição, um judiciário ativista, voltado para a plena realização dos comandos constitucionais e para compensar as desigualdades e o descuido da sociedade brasileira para com a dignidade da pessoa humana, diz que disso não resultaria o judiciário ‘*atuar como legislador, nem que deve se substituir à atividade do administrador, mas sim que a Constituição Federal exige um novo tipo de juiz, não apenas apegado aos esquemas da racionalidade formal e, por isso, muitas vezes, simples guardião do status quo*’”. AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, p. 17.

Lenio Luiz Streck parte da premissa de que a Constituição Federal de 1988 criou um novo paradigma ao estabelecer que a República Federativa do Brasil constituiu-se em Estado Democrático de Direito, dando um novo papel ao Poder Judiciário e à Justiça Constitucional de guardiões dos valores materiais positivados na Constituição.¹⁸⁴

Para Streck, à noção de Estado Democrático de Direito se acopla “o conteúdo material das constituições, por meio dos valores substantivos que apontam para uma mudança do *status quo* da sociedade.”¹⁸⁵

Streck explica a evolução histórica que gera esses novos valores constitucionais a serem protegidos pela jurisdição constitucional, deslocando a tensão existente sobre o Poder Executivo no Estado Social para o Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito:

A democratização social, fruto das políticas do *Welfare State*, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais, trazem à luz Constituições cujos textos positivam os direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os Poderes do Estado, passando o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política, isto porque o *Welfare State* lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica. Tais fatores provocam um redimensionamento na clássica relação entre os Poderes do Estado, surgindo o Judiciário (e suas variantes de justiça constitucional, nos países que adotaram a fórmula dos tribunais *ad hoc*) como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais.¹⁸⁶

Ao analisar as teorias procedimentalistas e substantivas, Lenio Streck faz uma aprofundada crítica às teorias procedimentalistas, por entender que a própria concepção procedimental “não pode prescindir de juízos de substância”, visto que “as inadequações das leis só podem ser resolvidas pela tarefa criativa dos juízes”.¹⁸⁷

¹⁸⁴ STRECK, L. L., op. cit., p. 147.

¹⁸⁵ Ibid., p. 148.

¹⁸⁶ Ibid., ibidem.

¹⁸⁷ Ibid., p. 152.

Para Streck, a teoria procedimentalista de HABERMAS, por exemplo, não pode ser aplicada no Brasil, já que a teoria do discurso pressupõe cidadãos autônomos e instruídos, o que não ocorre em nosso país.

Dessa forma, levanta Streck as seguintes questões:

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? Nesse sentido, com Ackerman, há que se perguntar: Pode uma eleição ser livre e justa, se uma grande parte do eleitorado carece de instrução necessária para compreender as principais linhas do debate político? Ou se estão passando fome ou trabalhando em condições opressivas durante a maior parte de seu tempo? *‘Minha resposta é não’*, vai dizer Ackerman.¹⁸⁸

Assim, não obstante aceitar que os procedimentos democráticos constituem uma parte importante do regime democrático, entende Streck que isto não é suficiente, eis que “não pode existir nenhuma sociedade sem uma definição, mais ou menos segura, de valores substantivos partilháveis, de bens sociais comuns”.¹⁸⁹

Desse modo, adere o autor à corrente substantiva, defendendo um novo papel ao Poder Judiciário, entendido como justiça constitucional e atuando de modo a levar em conta “a perspectiva de que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais”¹⁹⁰, sendo a Constituição não apenas um instrumento da soberania democrática definidora de procedimentos para elaboração e aplicação das leis, mas também a organização e qualificação destes procedimentos ordinários, de modo que não haja “usurpação da soberania popular por parte de instituições públicas ou privadas”¹⁹¹.

Para ele, a dimensão material da democracia substantiva estaria calcada nos princípios e direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição, ou seja, a Constituição acaba por estabelecer os limites do que deve e do que não pode ser decidido por qualquer maioria, obrigando, deste modo, “a legislação, sob pena de invalidade, a respeitar os direitos fundamentais e os demais princípios axiológicos

¹⁸⁸ Ibid., p. 174.

¹⁸⁹ Ibid., p. 153.

¹⁹⁰ Ibid., p. 180.

¹⁹¹ Ibid., ibidem.

por ela estabelecidos”¹⁹².

Por fim, propõe Streck uma “resistência constitucional”, segundo a qual, o novo modelo constitucional deve superar o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material, assumindo, assim,

(...) uma posição de defesa e suporte da constituição como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais.¹⁹³

Verifica-se, portanto, que STRECK vai em total oposição ao modelo procedimentalista, na medida em que defende um maximalismo constitucional, não só no sentido de ativismo judicial, mas uma postura realmente intervencionista pelo Poder Judiciário, que deve buscar uma igualdade material, de forma a proteger concretamente os direitos fundamentais que não foram realizados pelos demais Poderes.

Outra grande contribuição à corrente substantiva foi dada por Giselle Cittadino, haja vista que conquanto se intitule adepta ao chamado “constitucionalismo comunitário”, defende uma concepção substantiva de constituição, porquanto compartilha “com a jurisprudência de valores alemã e com o comunitarismo norte-americano a idéia fundamental de que a Constituição traduz uma ‘ordem concreta de valores’ compartilhada pela comunidade”¹⁹⁴ e que, “através dos mais diversos mecanismos de participação político-jurídica, deve buscar *realizá-la*, concretizando, assim, o seu direito a autodeterminação”¹⁹⁵.

Apesar de propugnar por uma maior participação da comunidade de intérpretes da Constituição, Cittadino prioriza a supremacia dos direitos fundamentais e defende que a Constituição Federal de 1988 é substantiva e que seu intérprete maior é o Judiciário.

Para Cittadino, a Constituição Federal de 1988 inovou por assumir seu papel de Constituição dirigente, ao definir fins e programas de ação futura¹⁹⁶,

¹⁹² Ibid., p. 182.

¹⁹³ Ibid., p. 192-193.

¹⁹⁴ CITTADINO, Gisele, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*, op.cit., p. 227.

¹⁹⁵ Ibid., ibidem.

¹⁹⁶ Ibid., p. 15.

conforme explicação de José Afonso da Silva:

O Constituinte fez uma opção muito clara por uma Constituição abrangente. Rejeitou a chamada constituição sintética, que é *constituição negativa*, porque construtora apenas de liberdade-negativa ou liberdade-impedimento, oposta à autoridade, modelo de constituição que, às vezes, se chama de *constituição-garantia* (ou constituição-quadro). A *função garantia* não só foi preservada como até ampliada na Constituição, não como mera garantia do existente ou como simples garantia das liberdades negativas ou liberdades-limite. Assumiu ela a característica de *constituição-dirigente*, enquanto define fins e programa de ação futura, menos no sentido socialista do que no de uma orientação social, democrática, imperfeita, reconheça-se. Por isso, não raro, foi minuciosa, e, no seu compromisso com a garantia das conquistas liberais e com um plano de evolução política de conteúdo social, nem sempre mantém uma linha de coerência doutrinária firme. Abre-se, porém, para transformações futuras, tanto seja cumprida. E aí está o drama de toda constituição dinâmica: *ser cumprida*.¹⁹⁷

Para a autora, a estrutura normativa da constituição envolve um conjunto de valores, e, portanto, a Constituição tem, como objetivo principal, “a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade”¹⁹⁸, em oposição à concepção liberal de Constituição que vê como tarefa primeira da constituição a defesa da autonomia dos indivíduos.

Além disso, Cittadino também defende a idéia de constituição aberta, em oposição ao sistema fechado de garantias da autonomia privada, enfatizando, desse modo, os valores socioculturais da comunidade¹⁹⁹. Ou seja, enquanto um sistema aberto, o Estado democrático de direito brasileiro “tem uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’”²⁰⁰.

Para além disso, a autora defende que os *direitos fundamentais do homem* funcionam como “restrição imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem”²⁰¹. Por conseguinte, Cittadino, vê os direitos fundamentais como valores reconhecidos pela comunidade e que devem, pois, ingressar no texto constitucional. Ademais, a partir do momento em que

¹⁹⁷ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 8.

¹⁹⁸ CITTADINO, G., op. cit., p. 16.

¹⁹⁹ Ibid., ibidem.

²⁰⁰ CANOTILHO, J. J. G., op. cit., p. 1085.

²⁰¹ CITTADINO, G., op. cit., p. 17.

assumem o caráter concreto de normas constitucionais positivas, devem ser considerados direitos constitucionais.

Decorre daí que, enquanto valores constitucionais, o sistema de direitos fundamentais caracteriza-se como o núcleo básico de todo o ordenamento constitucional, ao mesmo tempo que lhe serve como base de interpretação. E por serem direitos positivados, os direitos fundamentais são metas e objetivos a serem alcançados pelo Estado Democrático de Direito.²⁰²

Cittadino defende que a Constituição tem várias “marcas” que demonstram a preocupação da Constituição brasileira não só com o procedimento democrático, mas principalmente com os objetivos e resultados a serem alcançados por meio dele, e adotando valores substantivos escolhidos pela comunidade, quais sejam: i) no preâmbulo, a identificação da igualdade e justiça como valores supremos da sociedade brasileira; ii) a definição dos objetivos e fundamentos do Estado Brasileiro (art. 3º), “destacando a dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade justa e solidária”; iii) adoção de uma “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”, na medida em que prevê diversos institutos processuais que alargam o círculo de intérpretes da Constituição; iv) concessão ao Supremo Tribunal Federal de atribuições jurídico-políticas de uma verdadeira Corte Constitucional.²⁰³

Assim, Cittadino propugna que a Constituição é uma ordem concreta de valores que devem ser realizados não só pelos Poderes Executivo e Legislativo, mas também pelo Judiciário, que, por sua vez, deve desempenhar papel político relevante no sistema constitucional, podendo inclusive sobrepor-se ao Legislativo²⁰⁴.

Cittadino defende, ainda, uma maior participação dos cidadãos no processo de concretização dos valores constitucionais, ampliando-se a comunidade de intérpretes da Constituição, assim como proposto por Peter Häberle²⁰⁵, permitindo-se, que cidadãos, partidos políticos, associações integrem o círculo de intérpretes

²⁰² Ibid., p. 18.

²⁰³ Ibid., p. 228.

²⁰⁴ Ibid., p. 64.

²⁰⁵ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Antonio Fabris, Rio Grande do Sul, 2002.

da constituição e, conseqüentemente, democratizando o próprio processo interpretativo da constituição.²⁰⁶

Confira-se seu posicionamento a respeito:

Com a definição do caráter político do Supremo Tribunal Federal, fecha-se o círculo que caracteriza a *dimensão comunitária* do ordenamento constitucional brasileiro. A realização dos valores constitucionais e a efetivação do sistema de direitos fundamentais vai depender, por um lado, da participação jurídico-política de uma ampla comunidade de intérpretes, dotada de instrumentos processuais inibidores das omissões do poder público, e, por outro, de uma hermenêutica constitucional que, ultrapassando o formalismo positivista, introduza uma consideração de ordem axiológica na tarefa de interpretação da Constituição.²⁰⁷

Por outro lado, Cittadino defende o papel político do Supremo Tribunal Federal, não se tratando o mesmo de órgão neutro, e, portanto, sustenta que deve buscar procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais, à luz da Carta Constitucional de 1988²⁰⁸, ou seja, se a Constituição é um sistema de valores, “a sua tutela, por via interpretativa, não pode senão se transformar em instrumento de *realização política*”.²⁰⁹

Por fim, resta clara a posição da autora acerca do tema da jurisdição constitucional, esperando-se do Judiciário²¹⁰ uma ação de inclusão dos excluídos, concretizando a Constituição, ou realizando o sistema de direitos constitucionais para eliminar as perversas divisões sociais que caracterizam a sociedade brasileira²¹¹, posto que o objetivo principal do constitucionalismo brasileiro é a implementação da justiça distributiva²¹², que, por sua vez, pode ser compatível com uma distribuição desigual dos bens sociais, já que “falar de justiça não

²⁰⁶ CITTADINO, G., op. cit., p. 19.

²⁰⁷ Ibid., p.63-64.

²⁰⁸ Ibid., p.62-63.

²⁰⁹ Ibid., p.65.

²¹⁰ É de se destacar que Cittadino não considera o controle difuso de constitucionalidade como uma verdadeira forma de jurisdição constitucional, uma vez que decide o caso concreto, não tendo, portanto, a função de guardião dos valores que integram o sentimento constitucional da comunidade. Cf. CITTADINO, G., op. cit., p. 65.

²¹¹ Confira-se: “Parece não restar dúvida de que o constitucionalismo “comunitário” brasileiro, especialmente no que diz respeito ao tema da jurisdição constitucional, luta por um Poder Judiciário cujo papel fundamental seja o de ajustar o ideal “comunitário” dos valores compartilhados à realidade constitucional. Esperam do Judiciário uma ação de inclusão dos excluídos, “concretizando a Constituição”, como advoga Canotilho, ou, nas palavras de José Afonso da Silva, “realizando o sistema de direitos constitucionais”, para eliminar as perversas divisões sociais que caracterizam a sociedade brasileira.” CITTADINO, G., op. cit., p. 68.

²¹² Ibid., p. 73.

significa falar de igualdade simples”²¹³, mas de igualdade complexa, que garante a diferença, porém impede a dominação e a subordinação²¹⁴, ou seja, a justiça não se volta contra a diferença, e sim contra a submissão e a subordinação.

Por outro lado, ressalta a autora, que a idéia de que todos os cidadãos são livres e iguais é partilhada por liberais, comunitários e crítico-deliberativos, que por conseguinte, também defendem, para as democracias contemporâneas, “não apenas a existência de uma Constituição, como também a constitucionalização dos direitos fundamentais”²¹⁵.

A grande diferença entre a concepção proposta por Cittadino daquela proposta por Streck a respeito do constitucionalismo brasileiro, consiste no fato de que ela defende uma maior participação dos cidadãos no processo deliberativo, não aquele existente no fórum Legislativo, mas no fórum público de deliberação criado no âmbito do Poder Judiciário, defendendo um aumento da “comunidade de intérpretes” da Constituição,²¹⁶

Neste sentido, veja-se as conclusões a que chega Gisele Cittadino:

De qualquer forma, do ponto de vista jurídico, parece não haver outra forma de enfrentar as marcantes divisões sociais da sociedade brasileira, buscando superar a *cidadania de baixa intensidade*, senão conferindo prioridade aos mecanismos participativos que buscam garantir o sistema de direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal. Estão corretos, portanto, os constitucionalistas “comunitários” ao conferir prioridade aos temas da igualdade e da dignidade

²¹³ Ibid., p. 125.

²¹⁴ Ibid., p. 121 et. seq.

²¹⁵ Ibid., p. 125.

²¹⁶ O que por sua vez já pode ser constatado na medida em que a Constituição adotou novos e diferentes institutos processuais que, por sua vez, passaram a assegurar a intérpretes informais a iniciativa da deflagração do controle de constitucionalidade. Veja-se “Art. 5º. LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: ...b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; 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; LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; Art. 74, § 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima, para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União; Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa; V – o Governador de Estado; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

humanas. A participação cidadã pode certamente buscar, através dos vários institutos previstos no texto constitucional, a efetivação das normas constitucionais protetoras dos direitos fundamentais. Nesta perspectiva, o sistema de direitos assegurados pela Constituição Federal apenas terá efetividade mediante a força da vontade concorrente dos nossos cidadãos em processos políticos deliberativos. Esta cidadania juridicamente participativa, entretanto, dependerá, necessariamente, da atuação do Poder Judiciário – especialmente da jurisdição constitucional –, mas sobretudo do nível de pressão e mobilização política que, sobre ele, se fizer.²¹⁷

Deste modo, conclui a autora que, nas sociedades contemporâneas, a jurisdição constitucional, seja nos países de *civil law* ou de *common law*, “tem atuado intensamente como mecanismo de defesa da Constituição e de concretização das suas normas asseguradoras de direitos”²¹⁸, e que se nos países de *common law* esta prática criativa já é habitual, mesmo nos países de sistema continental, com os novos textos constitucionais incorporando princípios e configurando Estados Democráticos de Direito, acaba-se por deixar um espaço necessário para interpretações construtivistas por parte da jurisdição constitucional, “já sendo possível falar em um “‘direito judicial’ em contraposição a um ‘direito legal’”²¹⁹.

Cláudio Ari Mello define a posição adotada por Cittadino como republicanismo substantivo, tendo em vista que “embora permaneça centrado na participação política dos cidadãos de uma comunidade organizada em torno de um conjunto de valores éticos, também reconhece na constituição a ordem concreta expressiva desses valores”²²⁰, representando um meio termo entre as teorias constitucionais democráticas e as teorias substantivas da constituição.

Diversamente da posição adotada pelos autores acima, cabe ainda, considerar a sustentada por Luiz Fernando Barzotto, no sentido de que a Constituição Federal de 1988 adota uma concepção procedimental de democracia, entendendo que “a democracia constitucional brasileira é, assim, uma democracia deliberativa na medida em que somente um regime baseado na deliberação, na razão prática, está em conformidade com a concepção do povo como comunidade de pessoas humanas”²²¹, tal como previsto na Constituição de 1988.

²¹⁷ CITTADINO, G., op. cit., p. 231-232.

²¹⁸ Ibid., p. 233.

²¹⁹ Ibid., p. 232.

²²⁰ MELLO, C. A., op. cit., p. 83.

²²¹ BARZOTTO, Luis Fernando. *A Democracia na Constituição*, p. 181.

Em sua teoria, Barzotto defende que a Constituição brasileira de 1988 é substantiva, pois já no Preâmbulo, possui um rol de valores a serem protegidos, assim como em todo texto da Constituição, tais como liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade, justiça, solidariedade, justiça social, função social da propriedade, etc.. Entretanto, “como ninguém pode saber *a priori* o que significa liberdade, segurança, desenvolvimento, nas várias situações concretas”²²², faz-se necessária a discussão desses valores por meio da democracia deliberativa, “que é o regime em que o conteúdo dos valores são determinados pelo povo em deliberação conjunta”²²³

Dessa forma, apesar de afirmar que “a Constituição de 1988 consagra uma série de valores, direitos e princípios que formam a ordem concreta de convivência dos brasileiros”²²⁴, a sua interpretação e sua aplicação deve ser feita pelo viés da democracia deliberativa, ou seja, é o povo quem vai dar a dimensão dos valores expressos na Carta Constitucional, priorizando, assim, o processo democrático.

Barzotto não aprofunda o estudo a respeito do papel da jurisdição constitucional no contexto da Constituição de 1988, não obstante, entende que a atividade judicial “deve ser compreendida como uma continuação do processo deliberativo democrático que se dá no âmbito da representação popular”, ou seja,

(...) o juiz não pode pensar sua atividade como uma mera adesão a normas positivadas (normativismo) nem pode criar o direito *ex nihilo* (decisionismo), mas está obrigado a dar continuidade, em cada caso, à discussão democrática que se expressa nas leis e decretos dos poderes legitimados pelo voto popular.²²⁵

Não obstante, apesar de sustentar esta participação popular para determinação dos valores fundamentais constitucionais, entende que este processo de deliberação e discussão dos cidadãos encontra limites na teleologia constitucional, razão por que, também deve o processo judicial conceber-se “como uma atividade de concretização das finalidades da constituição e das leis em conformidade com esta.”²²⁶

Pode-se verificar, dessa maneira, que, mesmo propugnado por um processo

²²² Ibid., p. 191.

²²³ Ibid., ibidem, p. 191.

²²⁴ Ibid., p. 192.

²²⁵ Ibid., ibidem.

²²⁶ Ibid., p. 193.

judicial que seja uma continuação da discussão democrática expressa nas leis e decretos dos poderes legitimados pelo voto popular, Barzotto admite limites a essa expressão da vontade popular com base na Constituição, e nos bens e valores nela expresso, o que, em última análise, acaba por permitir um julgamento substantivo por parte do Poder Judiciário, levando à insustentabilidade de uma teoria puramente procedimental para a Constituição brasileira²²⁷. Outro aspecto a ser ressaltado, é que a democracia procedimental defendida pelo autor se dá a posteriori e nos limites dos bens e valores protegidos pela Constituição, questionando sobre “quem fiscaliza o respeito pelas restrições à democracia e quais são os limites da autoridade fiscalizadora”²²⁸.

Nesse sentido, confira-se as palavras de Cláudio Ari Mello:

Barzotto não se detém na função da justiça constitucional no arranjo institucional da democracia deliberativa. É certo que o acento deliberativo da sua concepção republicana privilegia os processos democráticos no reconhecimento e na definição dos conteúdos constitucionais. Como ele assinala reiteradamente, o significado concreto da vida boa e do bem comum deve ser atingido pelo uso da razão prática em processos dialógicos abertos a todos os membros da comunidade, porque somente o debate racional ente múltiplos pontos de vista pode produzir um significado conforme o *telos* da comunidade.

Entretanto, como os direitos fundamentais, os princípios e os valores constitucionais fornecem pautas parcialmente determinadas quanto a esse *telos*, de modo que decisões *democráticas* podem ser classificadas como *corretas* ou *incorretas*, conforme sejam ou não compatíveis com aquelas pautas, não é de modo algum infundada a pergunta sobre o papel da justiça constitucional como guardiã dos fins constitucionalmente definidos.²²⁹

Independentemente de qual nome se dá às teorias sustentadas por Cittadino, Streck ou Barzotto, é certo que todas convergem ao ponto de que o constitucionalismo brasileiro é substantivo, uma vez que adota valores consagrados pela sociedade no momento constituinte, e que funcionam como limites aos próprios cidadãos bem como aos atos dos Poderes públicos. Para além disso, todos concordam com a participação do Judiciário – enquanto intérprete maior da Constituição – na efetivação dos direitos fundamentais enquanto

²²⁷ Veja-se a crítica de Cláudio Ari Mello: “Sem embargo, a teoria da democracia constitucional desenvolvida por Barzotto demonstra a dificuldade de conferir coerência lógica a qualquer concepção de democracia deliberativa que tente acomodar o princípio democrático como eixo da vida política, com fins ou valores pré-constituídos e que restringem o espaço de decisão dos processos democráticos.” MELLO, C. A., op. cit., p. 83.

²²⁸ Ibid., ibidem.

²²⁹ Ibid., p. 82.

representação dos valores escolhidos pela Sociedade²³⁰, priorizando, desta maneira, a proteção dos direitos fundamentais como valor supremo do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988.

Passa-se agora a enfrentar o histórico do *judicial review* norte-americano que consiste na maior representação de ativismo judicial de que se tem conhecimento, abordando-se seus limites, como contraponto da democracia, para verificar de que modo esta experiência constitucional pode servir na busca de soluções para o problema da concretização dos direitos fundamentais sociais pelo Judiciário.

²³⁰ Contrário a este posicionamento, ver BARZOTTO, L. F, op.cit., no 1º Capítulo, no qual sustenta que a concepção de democracia assumida pela Constituição Federal de 1988 é a de democracia deliberativa.

3

Jurisdição Constitucional: Problematizando o *Judicial Review*

Tendo em vista o objetivo central deste trabalho, que é o de verificar a legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais, cabe aqui analisar a experiência histórica do *judicial review* nos Estados Unidos da América, que, como se verá, priorizou os direitos previstos na Constituição – mesmo que isto fosse contra a vontade majoritária do povo ou de seus representantes – defendeu minorias, realizou direitos sociais e tratou de políticas públicas.

Não obstante, todas estas atitudes assumidas pela Suprema Corte americana vieram justamente no sentido de consolidar a democracia, democracia em que as minorias são tratadas desigualmente para que se possa efetivamente garantir-lhes também os direitos fundamentais individuais.

Antes de iniciar o estudo sobre o *judicial review*, é necessário ressaltar por que motivo optou-se por aprofundar o estudo deste tipo de controle constitucional das leis em detrimento do controle exercido pelos tribunais constitucionais europeus.

Primeiramente, porque este foi o sistema precursor de controle judicial das leis provenientes do Poder Legislativo que acabou por irradiar efeitos por todo o mundo, inclusive no sistema europeu, quer seja produzindo efeitos positivos – na adoção de modelos semelhantes-, quer seja produzindo efeitos negativos – na tentativa de evitar o *governo de juizes*, em razão da criticada atuação da Suprema Corte americana no início do século XX.

Mauro Cappelletti ressalta que antes dos Estados Unidos ter colocado em prática seu sistema de *judicial review of the constitutionality of legislation*, nada de semelhante tinha sido criado no Mundo, razão por que entende que “com a Constituição norte-americana, teve verdadeiramente início a época do

‘constitucionalismo’, com a concepção da *supremacy of the Constitution* em relação às leis ordinárias”²³¹

De outra parte, a Constituição americana representa um modelo de Constituição rígida, em oposição às Constituições flexíveis, o que significa dizer que suas normas não podem ser alteradas pelo mesmo processo legislativo que das leis ordinárias.²³²

Também se justifica o estudo do *judicial review*, tendo em vista ser este o modelo de revisão judicial que permite uma atuação mais criativa pelos juízes, e por entender que é por meio deste papel a ser exercido pelo Poder Judiciário que se poderá chegar a uma realização ideal dos direitos fundamentais sociais, na medida em que devem os juízes buscar, nos limites dos princípios e direitos fundamentais estabelecidos na própria Constituição, uma forma de realização desses direitos, mesmo que isto implique interpretação de valores substantivos ou imponha a adoção de medidas concretas que possam intervir nas funções dos Poderes Legislativo ou Executivo.

Para além disso, o controle difuso de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, também adotado no Brasil, pode ser considerado mais democrático, uma vez que não vai analisar abstratamente a constitucionalidade ou não de uma lei ou ato do Poder Público, mas em concreto, no qual os atores sociais e detentores do Poder Soberano demonstram de forma direta – e não por representantes eleitos – quais são suas verdadeiras expectativas, criando no âmbito do Poder Judiciário, um fórum de deliberação democrática em que os juízes podem ouvir os reais anseios do povo.

Na Europa, ao contrário, a própria formação que se deu às Cortes Constitucionais, acabou por tornar seus juízes ordinários incapazes de exercer a justiça constitucional por meio de controle difuso, conforme afirma Mauro Cappelletti:

Os juízes da Europa continental são em geral magistrados de *carreira*, pouco aptos a assumir um trabalho de controle das leis, trabalho que, como veremos, é inevitavelmente criativo e que vai muito além de suas funções tradicionais de *simples intérpretes e fiéis servidores* das leis. A própria interpretação das normas constitucionais e especialmente do núcleo central destas, que é a Declaração dos

²³¹ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, op. cit., p. 46.

²³² *Ibid.*, *ibidem*.

Direitos Fundamentais ou *Bill of Rights*, é normalmente muito diferente da interpretação das leis ordinárias, ela não se coaduna com a tradicional *fraqueza e timidez* do juiz de modelo continental.²³³

Não se pode esquecer, ainda, das grandes diferenças entre os processos revolucionários que aconteceram nos Estados Unidos e na França. Enquanto na França se procurava limitar os privilégios do antigo regime por intermédio do parlamento soberano e representante do povo; nos Estados Unidos, na perspectiva de separação da Coroa Inglesa, se tinha, ao contrário, a idéia de limitar o parlamento inglês, e para tanto, criaram uma constituição rígida, enquanto lei suprema que deveria ser respeitada inclusive pelo Parlamento. É neste contexto de adoção de Constituição rígida que se permite o nascimento de um controle jurisdicional de constitucionalidade.

Neste sentido, Lênio Luiz Streck deixa clara esta diferença entre o modelo americano e o modelo francês:

“... os revolucionários franceses, em face ao absolutismo e ao sistema de privilégios do antigo regime, circunstância que implica um forte componente estatalista no processo de ruptura com o velho, uma vez que, contra os antigos privilégios, era necessário afirmar a autoridade do legislador soberano que, com o instrumento da lei geral e abstrata, tornaria possível, ao mesmo tempo, os direitos em sentido individual e a unidade do povo ou nação, mediante o artifício da representação. Ao seu turno, a revolução americana se afirma precisamente contra toda versão estatalista dos direitos e liberdades. Se os colonos decidem em 1776 romper o cordão umbilical com a Coroa, é porque pensam que ela dispensou todo o patrimônio histórico de direitos e liberdades, agora em mãos de um parlamento que, de fato, crê-se soberano e onipotente, e, por isso, pretende impingir sua vontade à Colônia independentemente do consentimento dos seus súditos. **Ou seja, enquanto a Revolução Francesa confia na obra do legislador virtuoso, combinando individualismo e estatalismo, a Revolução Americana, combinando individualismo e historicismo, desconfia das virtudes do ‘virtuoso legislador’, preferindo confiar os direitos e liberdades à Constituição, isto é, à possibilidade de limitar o legislador através de uma norma de âmbito rigidamente superior.**”²³⁴ (g.n.)

Destarte, como se verá mais adiante, o desenvolvimento do *judicial review* nos Estados Unidos da América data do início do século XIX, com a decisão de *Marbury v. Madison*, enquanto a Europa só vem adotar um modelo rígido de Constituição em meados do século XX – mais de um século e meio depois que

²³³ CAPPELLETI, Mauro. *Cours constitutionnelles*, p. 463 apud FAVOREU, L., *As cortes constitucionais*, p.20.

²³⁴ STRECK, L. L., op. cit., p. 330.

instaurado o modelo americano – o que demonstra o maior tempo para solidificar a tradição americana de controle de constitucionalidade das leis e atos dos demais poderes.

Passa-se, então a examinar as origens históricas do *judicial review* nos Estados Unidos da América e os reflexos de sua concepção no chamado “ativismo judicial” norte-americano, que acaba por priorizar o papel da jurisdição constitucional em detrimento do princípio democrático na proteção dos direitos fundamentais garantidos na Constituição. Ou seja, acredita-se que a Suprema Corte é a instituição do governo melhor preparada para pronunciar e guardar os valores permanentes da sociedade, que por sua vez, não estão prontos, precisando ser continuamente derivados e enunciados.²³⁵

No segundo item deste capítulo, enfrentar-se-ão os limites impostos ao *judicial review* pela doutrina da autocontenção judicial que procura, principalmente, limitar a atividade do Judiciário a questões estritamente jurídicas, não aceitando que o Judiciário se manifeste sobre questões políticas, para compatibilizar o *judicial review* com a democracia.

Por fim, estudar-se-á a evolução da justiça constitucional segundo um modelo europeu, verificando-se suas semelhanças e diferenças com o modelo americano, concluindo que aquele sofreu grandes influências da experiência constitucional estadunidense.

²³⁵ Neste sentido ver WELLINGTON, Harry H., “in” BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch*, op.cit, Foreword, p.xi. “It is a premise we deduce not merely from the fact of a written constitution but from the history of the race, and ultimately as a moral judgment of the good society, that government should serve not only what we conceive from time to time to be our immediate material needs but also certain enduring values. This in part is what is meant by government under law. But such values do not present themselves ready-made. They have a past always, to be sure, but they must be continually derived, enunciated, and seen in relevant application”. “And Bickel believed the Supreme Court was ‘the institution of our government’ best equipped ‘to be the pronouncer and guardian of such values’. “É uma premissa que nós deduzimos não apenas do fato de uma constituição ser escrita, mas pela história da raça humana e principalmente como um julgamento moral de uma boa sociedade, a de que o governo deveria prover os cidadãos não somente daquilo que concebemos de tempos em tempos ser nossos bens necessários, mas também de alguns valores duradouros. Isto é em parte o que se entende governar segundo a lei. Mas alguns desses valores não estão prontos por si só. Eles sempre têm um passado, por certo, mas precisam continuamente ser derivados, enunciados, e vistos em aplicações relevantes’. E Bickel acreditava que a Corte Suprema era a ‘instituição do governo melhor equipada para declarar e proteger esses valores.”

3.1

O *Judicial Review* e o Ativismo Judicial da Suprema Corte Americana

É interessante ressaltar que o maior poder da Suprema Corte americana, qual seja, o de fazer a revisão judicial de constitucionalidade dos atos dos outros Poderes, quer seja federal ou estadual, não está previsto em nenhuma norma expressa da Constituição daquele país, o que “não quer dizer que o poder da ‘*judicial review*’ não pode ser colocado na Constituição, mas apenas que ele não pode nela ser achado”²³⁶.

Não obstante o artigo 6º, cláusula 2ª da Constituição norte-americana de 1787 estabelecia que :

This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, **shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.**²³⁷

Foi justamente com base neste artigo que se fundamentou a primeira²³⁸ e mais famosa decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que pode ser considerada como a origem do *judicial review*²³⁹, tendo sido proferida pelo *Chief Justice* John Marshall, considerado por muitos como o melhor juiz da Suprema Corte de todos os tempos, no caso *Marbury versus Madison*, em 1803.

Vale aqui reproduzir as circunstâncias históricas e o contexto em que o caso ocorreu.

Nas eleições presidenciais de 1800, Thomas Jefferson, republicano, derrota

²³⁶ BICKEL, A. M., op. cit., p. 1.

²³⁷ “Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados.” Disponível em: <<http://www.law.ou.edu/hist/constitution/>>. Acesso em: 25 jun. 2005.

²³⁸ Ressalta-se que antes de *Marbury v. Madison* existem registros de outras decisões de *judicial review* por juízes federais. Para saber mais, ver WOLFE, Christopher, *The Rise of Modern Judicial Review: from constitutional interpretation to judge-made law*, p. 80.

²³⁹ Sérgio Moro ressalta que no período de 1780 a 1803 “foram proferidas por cortes estaduais várias decisões em que se insinuava o controle judicial sobre leis estaduais”. MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição Constitucional e democracia*, p. 7. Também Alexander Hamilton já defendia “the Judges as Guardians of the Constitution” no Federalista nº 78.

John Adams, federalista, vindo a ser o novo Presidente dos Estados Unidos. No entanto, antes de terminar seu governo, enquanto ainda detinha maioria no Congresso, John Adams, de forma a manter seu controle político por meio do Poder Judiciário, consegue a aprovação de uma lei que reduz o número de ministros da Suprema Corte e cria dezesseis cargos novos de juizes federais, os quais são nomeados nos últimos momentos do mandato pelo Presidente então derrotado.²⁴⁰

Do mesmo modo, aprovou-se, em fevereiro de 1801, outra lei que permitia ao Presidente nomear quarenta e dois juizes de paz, cujos nomes foram confirmados pelo Senado na véspera da posse do novo Presidente.

William Marbury, por sua vez, fora legalmente nomeado juiz de paz do Distrito de Columbia. Apesar disso, “MADISON, Secretário do Governo, seguindo instruções de JEFFERSON, o novo Presidente, negara-lhe a posse”²⁴¹. Assim, em 17 de dezembro de 1801, Marbury impetrou a *writ of mandamus* contra Madison, para que lhe empossasse, “com base em uma lei de 1789 (*the Judiciary Act*), que havia atribuído à Suprema Corte competência originária para processar e julgar ações daquela natureza”²⁴², ou seja, contra autoridades federais.

Ainda, o Congresso, em 1802, revogou aquela lei que havia criado os cargos de juizes de paz. Madison sequer respondeu a ação, por acreditar “that the judges had no right to issue such an order to the executive, a coequal branch”²⁴³, deixando a causa correr à revelia.

A questão estava se tornando mais política do que jurídica, chegando os republicanos a afirmar que não cumpririam eventual decisão tomada pela Suprema Corte, tendo o Congresso inclusive declarado que “*any attempt of federalism to exalt the Judiciary over the Executive and Legislature, and to give that favorite department a political character & influence would terminate in the*

²⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, p. 3.

²⁴¹ RODRIGUES, Lêda Boechat, *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*, p. 35 et. seq.

²⁴² BARROSO, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade...*, op.cit., p. 4. No mesmo sentido: MORO, S. F., op. cit., p. 8 et. seq.

²⁴³ WOLFE, C., op. cit., p. 80

degradation and disgrace of the judiciary”²⁴⁴. Cabe aqui ressaltar que John Marshall, antes de ser Chief of Justice, era Secretário de Estado do Presidente Adams, e, portanto, tinha sido indicado pelo governo federalista. Ou seja, a composição da Suprema Corte era basicamente de federalistas indicados pelo governo anterior, a qual teria que apreciar lei aprovada pelo Congresso já totalmente renovado por republicanos²⁴⁵.

Contudo, sabiamente John Marshall conseguiu se afastar das pressões políticas envolvidas no caso, e decidiu que apesar de Marbury ter direito a ser empossado, a Suprema Corte não tinha competência para decidir o caso, uma vez que entendeu que o *Judiciary Act* de 1789, que dava competência à Suprema Corte a decidir causas como esta, era inconstitucional.

Veja-se o relato de Alexander Bickel a respeito:

Marshall held that Marbury and the others were entitled to their commissions, but that the Supreme Court was without power to order Madison to deliver, because the section of the Judiciary Act of 1789 that purported to authorize the Court to act in such a case as this was itself unconstitutional. Thus did Marshall assume for his court what is nowhere made explicit in the Constitution – the ultimate power to apply the constitution, acts of Congress to the contrary notwithstanding.²⁴⁶

Dessa forma, Marshall decidiu que a Constituição é uma lei suprema, e que, por conseguinte, os atos legislativos ordinários devem estar em conformidade com ela, pois um ato legislativo contrário à Constituição não é lei e, conseqüentemente, não deve a Corte aplicá-lo ou dar-lhe efetividade, sob pena de se entender que “written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its own nature ilimitable”²⁴⁷. E conclui que, se duas leis estão em conflito, então a Corte deve obedecer à superior e aplicá-la.

²⁴⁴ “Qualquer tentativa do federalismo de exaltar o Judiciário sobre o Executivo e o Legislativo, e dar àquele departamento favorito um caráter e influência políticas iria terminar em degradação e desgraça do Judiciário”. (NELSON, William E., *Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review*, p. 58).

²⁴⁵ Ibid., ibidem.

²⁴⁶ “Marshall afirmou que Marbury e os outros tinham direito a serem empossados nos cargos, mas que a Corte Suprema estava sem poder para mandar Madison fazê-lo, porque a sessão (seção) do Ato do Judiciário de 1789 que aparentemente autorizava a Corte a agir nesse tipo de caso era por si próprio inconstitucional. Por isso Marshall assume para sua Corte o que não estava em nenhum lugar explícito na constituição – o poder supremo para aplicar a Constituição, contra os quais nem mesmo os atos do Congresso podem ir”. (BICKEL, A. M., op. cit., p. 3).

²⁴⁷ “(...)constituições escritas são tentativas absurdas, por parte do povo, para limitar uma força que é ilimitável por sua própria natureza.”. (Ibid., ibidem).

Para Bickel, Marshall sabia que em muitos casos era difícil demonstrar a contrariedade do ato legislativo à Constituição, que em sua maioria não eram evidentes, e que era uma questão de política que alguém o decidisse. O problema era quem: as Cortes, o próprio Poder Legislativo, o Presidente, os júris, ou o povo por meio de processo eleitoral?²⁴⁸

Logo, Marshall, ao entender que aquela lei ordinária não poderia ampliar competência originária da Suprema Corte, diferente do que estava previsto na Constituição, chegou ao problema central, ou seja, se poderia a Suprema Corte deixar de aplicar uma lei inconstitucional, entendendo-a como inválida²⁴⁹.

Confira-se trecho da decisão de Marshall:

(...)emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is... If two laws conflict[ed] with each other, the courts must decide on the operation of each.

So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.

If then, ... the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.

Those then who controvert the principle that the constitution is to be considered, in court, as a paramount law, are reduced to the necessity of maintaining that courts must close their eyes on the constitution, and see only the law.

This doctrine would subvert the very foundation of all written constitutions. It would declare that an act which, according to the principles and theory of our government, is entirely void, is yet, in practice, completely obligatory. It would declare that if the legislature shall do what is expressly forbidden, such act, notwithstanding the express prohibition, is in reality effectual. It would be giving to the legislature a practical and real omnipotence, with the same breath which professes to restrict their powers within narrow limits. It is prescribing limits, and declaring that those limits may be passed at pleasure.

That is thus reduces to nothing what we have deemed the greatest improvement on political institutions – a written constitution - ...[is] sufficient, in America, where written constitutions have been viewed with so much reverence for rejecting the construction.²⁵⁰

²⁴⁸ Ibid., ibidem.

²⁴⁹ BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade...*, op. cit., p. 8

²⁵⁰ “(...)enfaticamente é função e dever do departamento judicial de dizer o que a lei é ... se duas leis se conflitam (conflitaram) entre si, as cortes devem decidir na execução de uma delas. Portanto se a lei se opõe à constituição, se tanto a lei quanto a constituição servem para um caso particular, então a corte deve decidir se aquele caso está conforme a lei, desconsiderando a constituição, ou se está conforme a constituição, desconsiderando a lei; a corte deve determinar qual dessas regras que se divergem será aplicada no caso. Isto é a essência do dever judicial. Se então, a constituição é superior a qualquer ato comum do legislativo, a constituição, e não tal ato,

Da leitura da decisão acima, podem-se verificar os principais fundamentos que justificaram a defesa do controle judicial de constitucionalidade por Marshall: (i) é dever do Judiciário interpretar a lei e a Constituição; (ii) a Constituição é superior aos atos legislativos ordinários, como consequência de uma Constituição escrita e rígida; (iii) os atos legislativos em desconformidade com a Constituição devem ser declarados nulos; (iv) pensar que a Constituição não impõe limites ao Legislativo seria o mesmo que dar a este poderes incontroláveis.

Na verdade, Alexander Hamilton já tinha declarado no “Federalista 78”, tanto a supremacia da Constituição, quanto o papel da Suprema Corte de intérprete maior da Constituição, ressaltando que, ao se permitir que o Judiciário declare nula uma lei votada pelo Legislativo, não quer dizer que aquele é superior a este, mas que a vontade do povo, representada na Constituição, vale mais do que a vontade de seus representantes, expressas na legislação ordinária.²⁵¹ Entretanto,

deve reger o caso em que os dois se aplicam. Aqueles então que são contra o princípio de que a constituição deve ser considerada, no âmbito da corte, como a lei suprema, são reduzidas a necessidades de se sustentar que cortes devam fechar seus olhos para a constituição, e verem somente a lei. Essa doutrina subverteria a base de todas as constituições escritas. Iria declarar que um ato que, estando de acordo com os princípios e a teoria do nosso governo, é totalmente vazio, é ainda, em prática, completamente obrigatório. Declararia que se o Legislativo deve fazer o que é expressamente proibido, tal ato, apesar da expressa proibição, é em realidade efetivo. Estaria dando ao Legislativo uma prática e uma real onipotência, com o mesmo fôlego que afirma restringir seus poderes dentro de limites estreitos. Isto significaria prescrever limites, e declarar, ao mesmo tempo, que esses limites podem ser transgredidos como se bem entender. Isto, então, reduziria a nada o que julgamos a maior evolução em instituições políticas – uma constituição escrita – (é) suficiente, na América, onde constituições escritas têm sido vistas com tanta reverência por rejeitar a construção.” (NELSON, W. E., op. cit., p. 64-65). Ver também: CLINTON, Robert Lowry, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, p. 81 et. seq.

251 William E. Nelson explica que Alexander Hamilton já tinha escrito o seguinte: “Some perplexity respecting the right of the courts to pronounce legislative acts void, because contrary to the constitution, has arisen from an imagination that the doctrine would imply a superiority of the judiciary to the legislative power, It is urged that the authority which can declare the acts of another void, must necessary be superior to the one whose acts may be declared void.” Mas, ao contrário, Hamilton declarou que seria mais racional “to suppose that the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature, in order, among other things, to keep the latter within the limits assigned to their authority. The interpretation of the laws is the proper and peculiar function of the courts. A constitution is in fact, and must be, regarded by the judges as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought of course to be preferred; or in other words, the constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents. Nor does this conclusion by any means suppose of superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature declared in its statutes, stands in opposition to that of the people declared in the constitution, the judges ought to regulate their decisions by the fundamental laws, rather than by those which are not fundamental.”

o mérito de Marshall consiste na positivação desses princípios, e o fazendo em um caso em que julgou a favor de seu adversário político.²⁵²

Assim, conseguiu demarcar o poder da Suprema Corte de rever atos legislativos estaduais e federais que contrariassem a Constituição americana, de uma forma deveras inteligente, visto que seus adversários políticos tiveram que aceitar a decisão, que lhes havia sido favorável²⁵³, restando a decisão proferida por Marshall no caso *Marbury versus Madison*, como o marco do controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno.

A segunda decisão da Suprema Corte norte-americana que veio a declarar a inconstitucionalidade de uma lei é a mais polêmica e a mais criticada²⁵⁴ de toda a história do *judicial review*, tendo sido proferida em 1857, sob a presidência de Taney, no caso “*Dred Scott versus Sandford*”.

No caso em tela, a Suprema Corte declarou inconstitucional ‘*The Missouri Compromise*’ que limitava a escravidão ao norte da linha de Mason-Dixon, com base num precedente que estabelecia que na volta a um Estado escravagista, o escravo, mesmo que tenha sido considerado livre em outro Estado, deve ser controlado pela lei deste Estado, e, portanto, Dred Scott não tinha direito a continuar livre quando retornasse ao Estado do Missouri onde a escravidão era

NELSON, W. E., op.cit., p. 65-66. “Algumas perplexidades, respeitando o direito das cortes em pronunciar a nulidade de atos legislativos, porque eram contrários à constituição, surgiram de uma imaginação que a doutrina implicaria uma superioridade do judiciário em relação ao poder do legislativo. É exigido que a autoridade que pode declarar atos nulos, deve ser necessariamente superior aquela da qual os atos podem ser nulos.” Mas ao contrário, Hamilton declarou que seria “mais racional supor que as cortes fossem desenhadas a fim de ser um corpo intermediário entre o povo e o legislativo, para, entre outras coisas, manter o último entre os limites designados à sua autoridade. A interpretação das leis é função própria e exclusiva das cortes. A constituição é de fato, e deve ser, considerada pelos juizes como uma lei fundamental. Portanto, pertence a eles o dever de apurar o seu significado, assim como o significado de algum ato em especial provindo do corpo do legislativo. Se acontecesse de ser uma variação irreconciliável entre os dois, aquela que tem obrigação e validade superiores deve ser obviamente a preferida, ou em outras palavras, a constituição deve ser escolhida e não o estatuto, a intenção do povo e não a dos seus agentes. Esta conclusão de nenhuma forma acredita na superioridade do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo. Somente supõe que a força do povo é superior a ambos, e que onde o desejo do legislativo, declarado no seus estatutos, se coloca em oposição àquele do povo declarado na constituição, os juizes hão de regular suas decisões pelas leis fundamentais, ao invés de se basear naquelas não fundamentais”.

²⁵² Moro, S. F., op. cit., p. 10.

²⁵³ BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade...*, op. cit., p. 9.

²⁵⁴ Para Bruce Ackerman: “From a moral point of view, Dred Scott is the single darkest stain upon the Court’s checkered history.” (“De um ponto de vista moral, Dred Scott é uma única mancha negra sobre a história da Corte”.) ACKERMAN, Bruce. *We The People: Foundations*, p. 63.

permitida²⁵⁵. Não obstante, ao invés de decidir apenas o caso em concreto, a Suprema Corte decidiu que os negros, “ainda quando pudessem ser cidadãos à luz da legislação de algum Estado da Federação, não eram, todavia, cidadãos dos Estados Unidos”²⁵⁶ e, por esta razão, não poderiam ajuizar ações perante juízos e tribunais federais.

A decisão repercutiu de forma bastante negativa e segundo Bickel, foi o estopim para a guerra civil americana, já que Lincoln fez desta decisão um pretexto a justificar a guerra²⁵⁷. Pode-se, inclusive, argumentar que a ausência de proteção da minoria negra gerou ampla instabilidade política e social, levando à precipitação da guerra civil norte americana.²⁵⁸

Apesar do caráter extremamente negativo, vale a pena ressaltar que foi a primeira vez que a Suprema Corte americana deu caráter substantivo ao princípio do devido processo legal, ao decidir que não era justo que um cidadão americano perdesse sua propriedade porque ele a levou a um território específico, sob pena de ofensa ao devido processo legal.²⁵⁹

Com essa decisão, a Suprema Corte perdeu bastante seu prestígio, sendo este, inclusive, o caso mais lembrado por aqueles que são contra o ativismo judicial.

Já na “Era Lochner”²⁶⁰, num período conturbado, a Suprema Corte, sob a inspiração do Liberalismo econômico, declara inconstitucionais várias leis que de alguma forma permitiam a intervenção do Estado na economia.

A decisão mais famosa deste período foi em 1905, no caso *Lochner v. New York*²⁶¹, que envolvia uma lei de Nova York que limitava as horas de trabalho dos empregados de padaria em sessenta horas semanais e dez horas diárias. A

²⁵⁵ Ver a respeito WOLFE, C., op. cit., p. 68-69.

²⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 9-10.

²⁵⁷ “What he (Lincoln) not accept was the Dred Scott decision, the declaration that, by the law of the Constitution and conformably to the aspirations of the Declaration of Independence, the Negro was a chattel. He would not accept that, and he made it the *casus belli*”. BICKEL, A. M., op. cit., p. 66. “O que ele (Lincoln) não aceitava era a decisão de Dred Scott, a declaração de que, pela norma da constituição e conforme as aspirações da declaração da independência, o Negro era um bem. Ele se recusaria a aceitar isso e fez disso um pretexto para a guerra.”

²⁵⁸ MORO, S. F., op. cit., p. 13.

²⁵⁹ Ibid., ibidem.

²⁶⁰ Lêda Boechat Rodrigues caracteriza o período de 1895 até 1937, como “Governo dos Juízes”, tendo em vista a supremacia política do Judiciário sobre o Legislativo, limitando os poderes do Congresso. Cf. RODRIGUES, L. B., op. cit., p. 99-101.

²⁶¹ Para saber mais a respeito, ver RODRIGUES, L. B., op.cit., p. 130-133.

Suprema Corte declarou inconstitucional a lei por entender que a mesma violava a liberdade contratual protegida pela cláusula do devido processo legal da Emenda Quatorze²⁶²:

Em todo caso que vier perante esta corte, quando legislação deste teor estiver em questão, e quando a proteção da Constituição Federal é invocada, surge necessariamente a questão: É este um justo, razoável e apropriado exercício do poder de polícia do estado, ou é esta uma desarrazoada, desnecessária e arbitrária intervenção no direito do indivíduo à sua liberdade pessoal, ou a intromissão nesses contratos de trabalho é apropriada ou necessária ao suporte do indivíduo e de sua família? Por certo, a liberdade de contrato de trabalho inclui o direito de ambas as partes a ela. Um tem tanto o direito de comprar como o outro de vender seu trabalho.²⁶³

Da decisão acima, verifica-se que a Suprema Corte fez uma análise substantiva da lei em face do princípio do devido processo legal, e não uma análise meramente procedimental, na medida em que verificou a justiça e a razoabilidade da lei, e não apenas se ela obedecera às formalidades do procedimento democrático. Ao se julgar se uma lei é justa ou razoável, o tribunal, necessariamente, faz um julgamento substantivo a respeito. Até porque, ao decidir que a lei não tratava da questão da saúde do trabalhador – e, em consequência, de competência do Estado – já estava a fazer uma análise substantiva do caso em concreto.

A respeito do caráter substantivo da cláusula do devido processo legal, cabe aqui transcrever a análise de Lêda Boechat Rodrigues:

Vimos como a cláusula de *due process of law* se tornou, nos últimos anos do período anterior, limitação substantiva do poder dos Estados de regular a liberdade privada em prol do bem-estar público. Ela passaria, agora, a ser instrumento ilimitado de avaliação da constitucionalidade não só das leis estaduais como das leis do Congresso, através do exame de seu acordo com a razão (*reasonableness*). Determinar o que constituía o *due process* transformou-se, dizem Kelly e Harbison, na consideração mais importante do direito constitucional americano. E uma vez que, pela aplicação da “regra da razão” (*rule of reason*), a decisão judicial envolvia, na realidade, o julgamento baseado em considerações de ordem social e econômica, a cláusula do processo legal regular, entendida como proteção substantiva, atribuiu aos tribunais poder quase legislativo. Em centenas de casos, após 1890, continuam os mesmos autores, os Judiciários federal e estadual

²⁶² WOLFE, C., op. cit., p. 151.

²⁶³ LOCKHART, William B. et al. *Constitutional law: cases-comments-questions apud* MORO, S.F., op.cit., p. 15.

desenvolveram um complexo direito novo, baseado no *due process* substantivo, controlador do poder de polícia estadual e da capacidade legislativa federal.²⁶⁴

Rodrigues ressalta que uma das principais características do *due process*, neste período, consistia na “limitação geral substantiva ao poder de polícia do Estado”.²⁶⁵ Por conseguinte, “qualquer lei, decreto ou ato administrativo que impusesse qualquer limitação ao direito de propriedade privada ou à liberdade de contrato, suscitava, imediatamente, a questão da violação do processo legal regular”.²⁶⁶ Para que a Corte aceitasse a lei como não contrária ao devido processo, esta devia ser razoável e não arbitrária, conforme os Juízes da Corte, que eram seus últimos intérpretes, o que, em última análise, dependia de um juízo de valores de seus intérpretes.²⁶⁷

Nesse período de liberalismo econômico, não foi só a lei de Nova York a única declarada inconstitucional, invalidando a Suprema Corte, todas as leis que de alguma forma previam a intervenção do Estado na economia, ou seja, inclusive, na década de 30, as leis que traziam medidas do *New Deal*, do então Presidente Roosevelt. É certo que foi justamente nesse período que houve um crescimento da doutrina da autocontenção judicial, conforme se verá no próximo tópico.

A “Era *Lochner*” é considerada como exemplo de ativismo judicial conservador, porquanto, sob a égide do Estado Liberal, admitia a imparcialidade do Estado e aceitava como natural as diversidades existentes na Sociedade ²⁶⁸, sendo considerada ativista na medida em que interveio nas políticas tomadas pelo Executivo e Legislativo, declarando as leis inconstitucionais, mas conservadora, uma vez que atuava de acordo com o Estado Liberal.

A mudança de entendimento da Suprema Corte, que era contrária ao *New Deal*, só veio a acontecer em 1937²⁶⁹, no caso *West Coast Hotel v. Parrish*, em que

²⁶⁴ RODRIGUES, L. B., op. cit., p. 139-140.

²⁶⁵ Ibid., p. 140.

²⁶⁶ Ibid., ibidem.

²⁶⁷ “Ao lado da proteção dos direitos substantivos, continuou a cláusula de *due process* como garantia de ordem processual.” Cf. RODRIGUES, L. B., op. cit., p. 156.

²⁶⁸ MORO, S. F., op. cit., p. 17.

²⁶⁹ Não obstante, já em 1934, a Corte, no caso *Nebbia v. New York*, a respeito de regulação do preço do leite pelo Estado de Nova York, já havia decidido que “where private and public rights conflicted, the private must yield to the public” (“onde direitos público e privado se

se decidiu no sentido de que a liberdade contratual não era ilimitada e que as considerações legislativas a respeito do bem-estar social justificariam certas restrições a esta liberdade, mais especificamente, proibindo salários demasiadamente mais baixos para as mulheres, e declarando a constitucionalidade da lei de salário mínimo do Distrito de Colúmbia.

A Constituição não fala de liberdade de contrato. Ela fala de liberdade, e proíbe a privação da liberdade sem o devido processo legal. Proibindo essa privação, a Constituição não reconhece uma liberdade absoluta e sem controle. A liberdade em todas as suas fases possui uma história e conotações. Mas a liberdade salvaguardada é a liberdade em uma organização social que requer a proteção da lei contra os males que ameaçam a saúde, a segurança, os costumes e a riqueza do povo. A liberdade sob a Constituição encontra-se necessariamente subordinada às restrições do devido processo, e uma regulamentação razoável face ao seu objeto, adotada nos interesses da comunidade, é devido processo.²⁷⁰

A partir de então, a Corte passa a aceitar todas as leis do *New Deal*²⁷¹, e embora tenha continuado a exercer seu papel ativo e a fazer julgamentos substantivos a respeito das leis, mudou apenas a concepção do que seria arbitrário ou não razoável consoante sua concepção, analisando as leis sob o enfoque de seu objetivo político válido.

A cláusula do *due process* deixa de limitar a legislação social e a intervenção do estado na economia, e passa a proteger o cidadão nos casos de liberdade de expressão, de reunião e religiosa.²⁷²

Outra decisão importante nesse período, foi a proferida no caso *Carolene Products Co. v. USA*, segundo a qual, a presunção de constitucionalidade das leis pode ser afastada se houver ofensa a um direito fundamental previsto na Constituição ou se a lei for contra minorias, mesmo que haja um objetivo público, mas que este objetivo possa ser alcançado de outra forma.²⁷³

Para Sérgio Moro, ao aceitar esta posição, a Corte adota “um ativismo

confrontam, o privado tem que se render ao público”), demonstrando já um começo de mudança de entendimento da Corte. WOLFE, C., op.cit., p. 161.

²⁷⁰ *West Coast Hotel v. Parrish* apud MELO, Manuel Palácios Cunha. *A Suprema Corte dos EUA e a Judicialização da Política: notas sobre um itinerário difícil*. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os Três Poderes no Brasil*, p. 77.

²⁷¹ WOLFE, C., op.cit., p. 162.

²⁷² RODRIGUES, L. B., op. cit., p. 229.

²⁷³ MORO, S. F., op. cit., p. 18-19. Ver também notas 29 e 30 supra.

judicial localizado, evitando tensões excessivas com os demais poderes”²⁷⁴, ou seja, adota uma política de deferência à legislação em alguns casos, porém assume um papel intervencionista e ativista quando se trata de violação aos direitos fundamentais, principalmente aqueles que protegem as minorias, pois neste caso, a jurisdição constitucional estaria apenas protegendo o processo democrático, o que se compatibilizaria com a idéia daqueles que defendem uma concepção procedimental de constituição.

A partir de 1953, sob a presidência de Earl Warren, a Suprema Corte americana assume o seu período mais criativo de ativismo judicial, sendo este período – de 1953 a 1969 – conhecido como a “Corte Warren”.

Esse período é o que mais interessa ao presente estudo, visto que representou uma Corte ativista “que buscou significativa mudança social, com enfoque na proteção dos direitos fundamentais e no princípio da isonomia, propiciando verdadeira revolução constitucional nos Estados Unidos.”²⁷⁵

A respeito da importância da Corte Warren, Christopher Wolfe ressalta que:

The Warren Court used the same approach to constitutional interpretation and judicial review, for the most part, but expanded the category of “fundamental rights” dramatically and undertook to establish broad social policy in a number of controversial areas. It became the most activist Court in American history and left a profound imprint on American life and law.²⁷⁶

Uma decisão importante da Suprema Corte americana, já na era WARREN, demonstrando o importante papel do *judicial review* na proteção dos direitos da minoria, pode ser encontrada no caso “*Brown v. Board of Education*”, julgado em 1954, no qual se decidiu pela inconstitucionalidade da lei que determinava a segregação racial de crianças nas escolas²⁷⁷.

²⁷⁴ Ibid., p. 20.

²⁷⁵ Ibid., p. 21.

²⁷⁶ “A Corte de Warren usou a mesma abordagem de interpretação constitucional e de revisão judicial, na maior parte das vezes, mas expandiu a categoria de “direitos fundamentais” dramaticamente e assumiu a responsabilidade em estabelecer vasta política social em várias áreas controversas. Tornou-se a Corte mais ativista na história dos EUA e deixou uma marca importante na vida e no Direito Americanos.” (WOLFE, C., op. cit., p. 258).

²⁷⁷ “Sobre o princípio da igualdade, além de *Brown v. Board of Education*, já referido, a Corte de Warren decidiu em *McLaughlin v. Florida* que toda classificação racial é constitucionalmente duvidosa, devendo ser cuidadosamente analisada pela Corte. Em *Loving v. Virgínia* a Corte declarou inconstitucionais as leis estaduais que proibiam a união entre pessoas de diferentes raças. Em *Baker v. Carr* a Corte assegurou a igualdade entre brancos e negros na

Confira-se a decisão proferida pelo *Chief-Justice* Warren:

A liberdade protegida pela cláusula de *due process* é mais que a simples ausência de restrição corporal, estendendo-se a toda a esfera de procedimento livremente escolhida pelo indivíduo, e não pode ser restringida salvo em vista de objetivos governamentais. A segregação nas escolas não está relacionada a nenhum objetivo governamental.

Hoje, é a educação, talvez, a função mais importante dos governos estaduais e locais. Leis de comparecimento escolar obrigatório e os grandes gastos feitos com a educação demonstram o valor a ela atribuído na nossa sociedade democrática. É exigida para a execução de nossas responsabilidades públicas mais fundamentais, inclusive para a prestação de serviço nas forças armadas. É a base da boa cidadania. É, hoje, o principal instrumento para despertar o interesse da criança pelos valores culturais, de preparação para o treino profissional posterior e de adaptação normal ao seu ambiente. Atualmente, é duvidoso se possa esperar vença alguma criança na vida, caso se lhe negue a oportunidade de educar-se. Tal oportunidade, quando o Estado tomou a seu cargo provê-la, constitui direito que deve ser acessível a todos, em igualdade de condições... Apesar de poderem ser iguais os fatores tangíveis, a segregação de crianças nas escolas públicas apenas por motivo racial priva grupos minoritários destas de iguais oportunidades educacionais... Separá-las de outras de idade e qualificações semelhantes devido apenas à sua raça gera sentimento de inferioridade quanto ao seu *status* na comunidade que pode contaminar seus corações e espíritos de modo irreparável.²⁷⁸

Conclui Warren que “facilidades educacionais separadas são inerentemente desiguais”.²⁷⁹

Para além disso, a Corte não só decidiu a respeito do direito dos demandantes a ingressar em escolas reservadas a brancos, como também adotou uma atitude ativa no que diz respeito à execução de seu julgado, que por questões estratégicas, só ocorreu em 1955, quando então determinou “que todos os dispositivos de leis federais, estaduais ou municipais deviam ajustar-se ao mesmo”²⁸⁰, reconhecendo-se às autoridades escolares “a principal responsabilidade na elucidação e resolução”²⁸¹ dos problemas e dificuldades desta transição para um sistema em que não houvesse mais discriminação racial, delegando aos tribunais distritais, pela proximidade, o poder de fiscalização do

formação de distritos eleitorais.” BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, p. 325.

²⁷⁸ *Brown v. Board of Education* apud RODRIGUES, L. B., op. cit., p. 302-303.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 303.

²⁸⁰ RODRIGUES, L. B., op. cit., p. 303.

²⁸¹ *Ibid.*, *ibidem*.

cumprimento da decisão pelas escolas locais²⁸².

Dessa forma, a decisão da Suprema Corte acabou por proteger um grupo social e politicamente vulnerável, rompendo com a idéia de que toda interpretação deveria seguir a intenção dos *fathers* da Constituição e utilizando outros fundamentos que não jurídicos para a decisão, e o mais importante, deu papel ativo ao Estado para dar cumprimento à decisão.²⁸³

Nesse caso específico, uma eventual consulta à população, majoritariamente racista, ou a seus representantes eleitos, em deferência ao princípio da democracia, significaria uma manutenção do *status quo* em detrimento de uma efetiva proteção a uma minoria negra. Até porque, o Judiciário encontrava-se numa situação de imparcialidade melhor do que o Legislativo para apreciação do caso narrado. Não teriam sido os políticos, neste caso, imparciais, porquanto movidos por fortes questões não racionais sobre o racismo²⁸⁴, razão por que não seria recomendável a postura da deferência no caso em tela.

A Corte demonstrou, dessa maneira, um claro ativismo judicial intervencionista nas funções do Legislativo e também do Executivo, com o propósito de garantia de um direito fundamental prestacional, como a educação, e mais, “what the Court hoped to achieve was not so much the vindication of concrete individual rights (though they were involved), but the setting in motion of a vast social reform.”²⁸⁵

O sentido de realização que surgiu com essa reforma bem sucedida, de alto propósito moral, forneceu à Corte um momento de grande crédito em outras reformas substanciais, encabeçando, nos anos 60, outras reformas que eram tidas como moralmente necessárias e em harmonia com os ideais mais amplos da constituição, mesmo quando bases constitucionais específicas estavam bastante

²⁸² Não se pode esquecer de que a funcionalidade do modelo americano “repousa no princípio do *stare decisis*, na força vinculante das decisões judiciais. Por força desse princípio, no momento em que a Supreme Court decide a respeito de qualquer questão constitucional, sua decisão é vinculante para todos os demais órgãos judiciais”, adquirindo a decisão eficácia *erga omnes*. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 66.

²⁸³ MORO, S. F., op. cit., p.22-25.

²⁸⁴ Ibid., p. 26.

²⁸⁵ “(...) o que a Corte esperava alcançar não era tanto a defesa de direitos concretos do indivíduo (embora estivessem envolvidos), mas o início de uma vasta reforma social.” (WOLFE, C., op. cit., p. 262.)

fracas²⁸⁶. Isso estabeleceu o alto grau de valor substantivo da constituição determinado pelo Judiciário.

Outro momento importante, em relação a Corte Warren, deu-se no julgamento do caso *Watkins v. United States*, em que o Tribunal julgou os limites do poder do Congresso, especificamente, seu poder investigatório em caso de instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito.

A Corte entendeu que o poder do Congresso de realizar investigações é inerente ao processo legislativo, não obstante, deveria o mesmo respeitar alguns limites, concluindo, assim, que os poderes do Legislativo não são ilimitados. A decisão sustentou o seguinte:

Começaremos com algumas premissas básicas sobre as quais existe acordo geral. O poder do Congresso de realizar investigações é inerente no processo legislativo. Este poder é amplo. Abrange inquéritos concernentes à administração de leis existentes, do mesmo modo que as leis propostas ou possivelmente necessárias. Inclui inquéritos relativos aos defeitos de nosso sistema social, econômico e político, a fim de possibilitar ao Congresso remediá-los. Compreende o exame dos departamentos do Governo Federal, a fim de pôr à mostra a corrupção, ineficiência e o desperdício. Mas apesar da amplitude desse poder, não é ele ilimitado. Não existe autoridade geral para expor os negócios privados dos indivíduos sem justificativa em termos das funções do Congresso. Isso foi abertamente admitido pelo *Solicitor General* em suas razões neste caso. Nem é o Congresso um órgão de execução da lei ou de julgamento. Estas funções pertencem aos departamentos executivo e judiciário do Governo. Nenhum inquérito é um fim em si mesmo; deve estar relacionado a ser realizado para a consecução de uma tarefa legítima do Congresso. Investigações levadas a efeito com o fito único de aumentar o prestígio pessoal dos investigadores ou de punir os investigados são indefensáveis... O *Bill of Rights* é aplicável aos inquéritos parlamentares do mesmo modo que a todas as formas de ação governamental.²⁸⁷

Sob esse enfoque, além de declarar a limitação do poder de inquérito do Legislativo, a Corte Warren também declarou que este poder estava sujeito ao controle do Poder Judiciário, exercendo, mais uma vez um controle judicial ativo,

²⁸⁶ “The sense of accomplishment arising from this successful reform of high moral purpose provided the court with a substantial momentum heading into the 1960s and made it possible for the Court to conceive of undertaking other substantial reforms, reforms that were felt to be morally necessary and in keeping with the constitution's broader ideals, even where specific constitutional underpinnings were quite weak.” WOLFE, C., op. cit., p. 262. “O senso de realização surgido dessa vitoriosa reforma de alto propósito moral deu à Corte uma motivação substancial em direção aos anos 60 e tornou possível para a Corte conceber a idéia de tomar a frente de outras reformas substanciais, reformas que foram deixadas para serem moralmente necessárias, mantendo-se uma visão aberta com relação aos ideais da constituição, até mesmo quando específicos fundamentos constitucionais eram um tanto quanto fracas”.

²⁸⁷ RODRIGUES, L. B., p. 310-311.

aplicando diretamente os valores relativos à liberdade protegidos pela constituição.²⁸⁸

Já em 1962, outra decisão de grande importância proferida pela Corte Warren, foi a relativa ao caso *Baker v. Carr*, em que se discutiu a divisão dos distritos eleitorais do Estado de Tennessee²⁸⁹, entendendo que esta não era uma questão meramente política²⁹⁰, mas que deveria estar sujeita ao controle judicial, posto que tinha a ver tanto com o princípio da separação de poderes, quanto com o princípio da igualdade.²⁹¹

Dando continuidade a essa mesma discussão sobre representação política dos cidadãos, em 1964, no caso *Reynolds v. Sims*, Warren declarou que a representação democrática devia se basear no princípio do “um homem-um voto”²⁹², haja vista que, a seu ver, a discriminação no peso do voto em razão do local de residência negava uma proteção igual (*equal protection*), tanto quanto a discriminação racial. E do mesmo modo que aconteceu no caso *Brown*, além de rejeitar a intenção original *of the fathers*, a Corte determinou a execução da decisão pelas cortes estaduais baseada nos princípios gerais de equidade.

Warren levantou as seguintes questões:

O conceito da igual proteção tem sido tradicionalmente visto como a exigência de tratamento uniforme de pessoas que se encontram na mesma situação em relação à ação governamental questionada ou desafiada. No que se refere à alocação da

²⁸⁸ Ibid., p. 311-313.

²⁸⁹ MORO, S.F., p. 26 et. seq. Conferir também WOLFE, C., op. cit., p. 265 et. seq.

²⁹⁰ Veja-se que no Brasil, Rui Barbosa defendia a competência do Supremo Tribunal Federal para “apreciar qualquer matéria que envolvesse lesão a direitos fundamentais, ainda que tal lesão estivesse calcada em controvérsias políticas”. BARACHO JÚNIOR, J. A. O., op. cit., p. 335.

²⁹¹ “In *Baker v. Carr*, the Court indicated its willingness to get involved in what Justice Frankfurter had termed this “political thicket”. It engaged in a long analysis of the political-questions doctrine, arguing that its different aspects were all functions of the principle of separation of powers, and held that none were involved in this question since it concerned action by a state government, not the coordinate branches. “Republican guarantee” cases were basically irrelevant because the provision involved here – the equal-protection clause – (unlike the guarantee clause) had well developed and familiar judicial standards.” WOLFE, C., op. cit., p. 266. “Na *Baker v. Carr*, a Corte mostrou seu desejo em se envolver no que o Juiz Frankfurter havia definido como ‘emaranhado político’. Engajou-se em análises longas da doutrina de questões políticas, argumentando que seus aspectos diferentes eram todos decorrentes do princípio da separação de poderes, e sustentou que ninguém estava envolvido nessa questão porque esta questão está relacionada a uma ação governamental, e não aos setores de coordenação. Casos de ‘garantia Republicana’ eram basicamente irrelevantes porque a cláusula envolvida aqui – a cláusula da igualdade de proteção- (diferentemente da cláusula da garantia) tinha níveis bem desenvolvidos e conhecidos dos padrões judiciais.”

²⁹² WOLFE, C., op. cit., p. 266.

representação legislativa, todos os votantes, como cidadãos de um Estado, encontram-se na mesma situação, independentemente de onde moram. Nenhum critério sugerido para a diferenciação entre cidadãos é suficiente para justificar qualquer discriminação em relação ao peso de seus votos, a menos que relevante para os propósitos permissíveis da distribuição eleitoral. Como atingir a justa e efetiva representação para todos os cidadãos é o alvo admitido da ordenação eleitoral, nós concluímos que o princípio da igualdade garante a oportunidade de igual participação para todos os votantes nas eleições dos legisladores estaduais. Diluir o peso dos votos em virtude do local de residência viola direitos constitucionais básicos protegidos pela Décima-Quarta Emenda, assim como discriminações odiosas baseadas em fatores como raça ou *status* econômico.²⁹³

Nesta decisão, verifica-se um típico caso de ativismo judicial para garantia do processo democrático, não obstante, com julgamento de valores substantivos a respeito, porquanto houve uma valoração pelo Poder Judiciário de que o princípio da igual proteção, garantindo um tratamento uniforme a todas as pessoas, também lhes dava o direito a igual participação nas eleições.

Para Sérgio Moro, no caso em tela, demonstra-se a desconfiança no próprio processo democrático “para reparar violação da Constituição”²⁹⁴, visto que esta inconstitucionalidade também afetava o funcionamento adequado do processo democrático, e os legisladores não eram confiáveis para adequar a legislação, porque eram os próprios interessados e beneficiados pela lei inconstitucional, estando, portanto, “a autoridade judicial em melhores condições para atuar com necessária imparcialidade”²⁹⁵.

O grande efeito dessas decisões, constata Christopher Wolfe, foi seu impacto educativo, reforçando os ideais mais equitativos de democracia contra a concepção tradicional de democracia majoritária, protegendo-se, assim, os grupos

²⁹³ LOCKHART, William B. et al. *Constitutional law: cases-comments-questions*. Apud MORO, S. F., op. cit., p. 27.

²⁹⁴ MORO, S. F., op. cit., p. 27.

²⁹⁵ Ibid, p. 28. Nesse sentido, Christopher Wolfe faz as seguintes considerações: “Again, though, the relative popularity of, and the successful obtaining of compliance with, the reapportionment decisions helped to increase the Court's self-confidence in its ability to initiate and guide social reform. It especially exemplified the Court's commitment to exercise scrutiny in cases where the integrity of the political process was a stake. In such cases, after all, there was less reason to defer to a presumably more democratic branch, since the very democratic credentials of that branch was the issue”. WOLFE, C., op. cit., p. 268. “De novo, apesar da relativa popularidade, e do sucesso com a obtenção de um consenso, as decisões sobre as novas divisões de distrito eleitoral ajudaram a aumentar a autoconfiança da Corte na sua habilidade em iniciar e coordenar reformas sociais. Exemplifica-se especialmente o compromisso da Corte em exercer um exame minucioso em casos nos quais a integridade do processo político estava um risco. Em tais casos, enfim, havia menos razão para uma deferência a um setor presumidamente mais democrático, porque as credenciais democráticas daquele setor era(m) o problema.”

minoritários.²⁹⁶

Também em memorável julgamento, *Brandenburg v. Ohio*, em 1969, a Corte se deparou frente à colisão entre direitos fundamentais, argumentando que enquanto o direito fundamental encontra o apoio popular é simples, surgindo dificuldade quando um direito fundamental não encontra apoio na maioria popular, sendo então aí, a importância do Judiciário para defender esse direito, sob pena de se descaracterizar o Estado de Direito. Especialmente no que diz respeito ao direito de liberdade de expressão, enquanto seu exercício encontra apoio majoritário, não há qualquer problema, apesar disso, se quando da manifestação da liberdade de expressão houver um repúdio por grande parte da população, é que a Corte deve garantir este direito fundamental, independente de pressões políticas ou passionais²⁹⁷, uma vez que ao permitir um amplo debate de idéias, acaba por garantir e dar funcionamento ao próprio processo democrático.

A contribuição da Corte Warren também merece destaque em relação aos direitos fundamentais de igualdade, liberdade de discurso, liberdade de imprensa, relação entre Estado e igreja, direitos econômicos e federalismo.²⁹⁸

Cabe aqui ressaltar que a Corte Warren buscou privilegiar a justiça em busca de uma igualdade real em detrimento de uma igualdade meramente formal, pois ao proteger as minorias, a Suprema Corte procurou discriminá-las de forma positiva, para assegurar-lhes uma igualdade material. Bernard Schwartz ressalta que os melhores resultados eram sempre obtidos “quando as instituições políticas haviam falhado na solução de problemas como a segregação racial e a reorganização dos distritos eleitorais”²⁹⁹, como também em casos de lesões a direitos fundamentais de acusados em processo judicial.

²⁹⁶ WOLFE, C., op. cit., p. 268.

²⁹⁷ Para Sérgio Moro “os direitos e liberdades fundamentais não podem ser de todo ‘funcionalizados’, ou seja, subordinados a determinados fins. Não é difícil defender o exercício de direitos fundamentais que contam com amplo apoio popular. Os casos difíceis surgem quando os direitos fundamentais entram em colisão com legítimos interesses comunitários. Nesses casos é que as cortes podem mostrar seu valor, optando fundamentadamente por um ou por outro. Se é certo que os direitos fundamentais não são absolutos, também é correto que não podem ser sacrificados sempre que colidirem com interesses comunitários, senão restaria descaracterizada a idéia central do Estado de Direito, ou seja, o mandamento kantiano de que o indivíduo é um fim em si mesmo, o que gera a obrigação de que seus direitos sejam levados a sério.” MORO, S. F., op. cit., p. 31.

²⁹⁸ BARACHO JÚNIOR, J. A. O., op. cit., p. 322.

²⁹⁹ SCHWARTZ, BERNARD. *The Warren Court, New York, Oxford University Press, 1996* apud BARACHO JÚNIOR, J. A. O., op. cit., p.323.

Já em 1973, sob a presidência do *Chief Justice* Burger, encontra-se um novo exemplo de ativismo judicial, no qual a Suprema Corte protege direito não previsto na Constituição americana, com base na Nona Emenda.

A Nona Emenda à Constituição americana estabelece que: “the enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.”³⁰⁰

Foi com base nesta Emenda, que a Corte Burger, no caso *Roe v. Wade*, reconheceu o direito à privacidade, não previsto expressamente na Constituição, como um direito fundamental adicional, “operando uma hermenêutica em que a Constituição é, para todos os efeitos, uma obra aberta”³⁰¹, concluindo que a mulher teria direito à interrupção voluntária da gravidez, veja-se:

A Constituição não menciona explicitamente qualquer direito à privacidade. Entretanto, em uma linhagem de decisões que talvez recue até *Union Pacific R.Co.v. Botsfor* (1891), a Corte reconheceu que o direito à privacidade individual, ou a garantia de certas áreas ou zonas de privacidade, existe na Constituição. Em variados contextos, a Corte ou os juízes individualmente descobriram ao menos as raízes desse direito na 1ª Emenda, *Stanley v. Georgia* [...] (1969); na 4ª e 5ª Emendas, *Terry v. Ohio* (1968), *Katz v. United States* (1967), *Boyd v. United States* (1886), ver *Olmstead v. United States* (1928) (Brandeis, J., divergente); nas penumbras da Bill of Rights, *Griswold v. Connecticut*, na 9ª Emenda, id. (Goldberg, J., concorrendo); ou no conceito de liberdade da primeira seção da 14ª Emenda, ver *Meyer v. Nebraska* (1923). [...] [Essas decisões] também deixam claro que o direito se estende a atividades relacionadas ao casamento, *Loving v. Virginia* (1967); à procriação, *Skinner v. Oklahoma* (1942); à contracepção, *Eisenstadt v. Baird*, id. (White, J., concorrendo com o resultado); às relações familiares, *Prince v. Massachusetts* (1944); aos cuidados com a criação e a educação, *Pierce v. Society of Sisters* (1925), *Meyer v. Nebraska*, supra. O direito à privacidade, esteja fundamentado no conceito de liberdade pessoal e de restrições à ação do estado da 14ª Emenda, como acreditamos que esteja, ou, conforme a corte distrital determinou, na reserva de direitos ao povo da 9ª Emenda, é amplo o suficiente para incluir a decisão da mulher de terminar a sua gravidez.³⁰²

Aqui, mais uma vez se demonstra a importância do papel criativo da Suprema Corte americana, ao determinar valores para normas abstratas contidas

³⁰⁰ Disponível em: <<http://www.house.gov/Constitution/Amend.html>>. Acesso em: 1 jul. 2005. “A enumeração nesta constituição de certos direitos não deve ser interpretada para denegar ou depreciar outros retidos pelo povo”. A mesma norma se encontra prevista no artigo 5º, § 2º da Constituição Federal brasileira: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

³⁰¹ MELO, Manuel Palácios Cunha. *A Suprema Corte dos EUA e a Judicialização da Política...*, op. cit., p. 85.

³⁰² *Ibid.*, p. 86.

em seu texto constitucional por meio de recursos à doutrina política.

A respeito, Sérgio Moro observa que:

O fato é que não é viável a interpretação da Constituição sem o recurso a elementos que se encontram fora do texto, o que autoriza atividade criativa por parte do juiz constitucional. Com efeito, normas de elevada abstração, como a que garante a liberdade de expressão ou o princípio da igualdade, presentes tanto na Constituição norte-americana como na brasileira, não podem ser interpretadas sem o recurso à doutrina política subjacente ao texto constitucional. Para a atribuição de sentido determinado a esses dispositivos é inevitável o recurso a alguma espécie de argumentação moral, como é reconhecido por boa parte da doutrina e da jurisprudência norte-americanas.³⁰³

Mais recentemente, já em 1996, outra decisão de grande repercussão política e social foi a tomada pela Suprema Corte no caso *Romer v. Evans*, em que se declarou inconstitucional uma Emenda à Constituição do Colorado, por pretender “vetar aos homossexuais o recurso à proteção legal sob a condição de minoria discriminada”³⁰⁴. A Suprema Corte entendeu que só poderia haver discriminação no sentido de tornar mais efetiva a proteção da minoria, todavia não para fazer os homossexuais desiguais em face de todos os demais.³⁰⁵

Verifica-se, das experiências da Suprema Corte americana, principalmente no período da Corte Warren, que o ativismo judicial e, por consequência, o papel criativo dos juízes constitucionais, na maioria das vezes não esteve a restringir o processo democrático; ao contrário, permitiu sua manutenção e eficiência.

Para além disso, muitas vezes a Corte se imiscuiu em problemas que levavam a um julgamento de valores políticos e morais, que, de modo algum, contrariaram o processo democrático, eis que conseguiu dar força e efetividade aos direitos fundamentais previstos em seu *Bill of Rights*, mesmo que isto lhe custasse ficar contra o posicionamento majoritário do povo, como nos episódios que envolveram os temas de segregação racial e de aborto.

³⁰³ MORO, S. F., op. cit., p. 35.

³⁰⁴ MELO, M. P. C., op. cit., p. 87.

³⁰⁵ Em trecho do voto, tem-se a seguinte argumentação: “[...] não aceitamos a opinião de que a proibição de proteções legais específicas da Emenda 2 nada mais faz do que negar aos homossexuais direitos especiais. Ao contrário, a emenda impõe uma desvantagem especial exclusivamente sobre essas pessoas. Aos homossexuais são negadas as salvaguardas que outros gozam ou podem buscar sem restrições. [...] Devemos concluir que a Emenda 2 classifica os homossexuais não para promover um fim legislativo adequado, mas para fazê-los desiguais em face de todos os demais. Isso o Colorado não pode fazer.” (*Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996) *apud* MELO, M. P. C., op. cit., p. 87).

Ainda, não se pode perder de vista que o Judiciário norte-americano, em muitas vezes, como no caso *Brown v. Board of Education*, funcionou como “um território privilegiado para a conquista de direitos e, nesse sentido constituiu um modelo de ação para outros movimentos de orientação libertária”³⁰⁶.

Ressalta-se que as decisões mais marcantes da Suprema Corte americana foram resultado de participação ativa de movimentos e organizações em defesa dos direitos das minorias sociais, que levaram à discussão pelo Judiciário, por meio de um caso concreto, um anseio popular, para proteção de direitos fundamentais de minorias. Tornando, dessa forma, democrático o fórum de discussões travado no âmbito da Suprema Corte, o que só foi possível, porquanto a população viu no Judiciário um “caminho de afirmação do princípio da igual-liberdade”³⁰⁷.

O *judicial review* americano é o maior exemplo de ativismo judicial da história constitucional moderna, na medida em que, baseado em uma constituição rígida, porém sintética, e calcado em princípios e valores substantivos abertos, permitiu e permite à jurisdição constitucional a definição material ou substantiva das cláusulas de conteúdo aberto presentes na Constituição.

Dessa forma, o Poder Judiciário, exercendo um papel tipicamente ativo no contexto norte-americano, determinou o conteúdo de direitos fundamentais importantes, conquanto isso importasse em limitações aos demais Poderes, uma vez firmada a supremacia e a rigidez da Constituição, ou ainda que isso implicasse em tomada de decisões políticas pelo Judiciário, como ocorreu no caso *Brown v. Board of Education*.

Destaca-se que a efetiva participação popular em outros assuntos, levou o Judiciário americano a se manifestar sobre outros temas, aumentando cada vez mais a responsabilidade do Poder Judiciário. Donald Horowitz³⁰⁸ traz informações sobre diversos assuntos sobre os quais os juízes federais estão envolvidos:

The last two decades have been a period of considerable expansion of judicial responsibility in the United States. Although the kinds of cases judges have long handled still occupy most of their time, the scope of judicial business has broadened. The result has been involvement of courts in decisions that would

³⁰⁶ Ibid., p. 80.

³⁰⁷ Ibid., p. 89.

³⁰⁸ HOROWITZ, Donald, *The Courts and Social Policy apud WOLFE, C.*, op. cit., p. 7.

earlier have been thought unfit for adjudication. Judicial activity has extended to welfare administration, prison administration, and mental hospital administration, to education policy and employment policy, to road building and bridge building, to automotive safety standards, and to natural resource management.

In just the past few years, courts have struck down laws requiring a period of in-state residence as a condition of eligibility for welfare. They have invalidated presumptions of child support arising from the presence in the home of a 'substitute father'. Federal district courts have laid down elaborate standards for food handling, hospital operations, recreation facilities, inmate employment and education, sanitation, and laundry, painting, lighting, plumbing, and renovation in some prisons; they have ordered other prisons closed. Courts have established equally comprehensive programs of care and treatment for the mentally ill confined in hospitals. They have ordered the equalization of school expenditures on teachers' salaries, established hearing procedures for public school discipline cases, decided that bilingual education must be provided for Mexican-American children, and suspended the use by school boards of the National Teacher Examination and of comparable tests for school supervisors. They have eliminated a high school diploma as a requirement for a fireman's job. They have enjoined the construction of roads and bridges on environmental grounds and suspended performance requirements for automobile tires and air bags. They have told the Farmers Home Administration to restore a disaster loan program, the Forest Service to stop the clearcutting of timber, and the Corps of Engineers to maintain the nation's non-navigable waterways. They have been, to put it mildly, very busy, laboring in unfamiliar territory.³⁰⁹

Essa amplitude de assuntos, sujeitos a uma manifestação do Judiciário americano, demonstra o fórum democrático do mesmo, porquanto permite que

³⁰⁹ "As últimas duas décadas têm sido um período de expansão considerável de responsabilidade judicial nos EUA. Apesar dos tipos de casos com os quais os juízes desde há muito tempo têm lidado ainda tomam a maior parte do seu tempo, a extensão que envolve o trabalho do judiciário aumentou. O resultado foi o envolvimento das cortes em decisões que anteriormente teriam sido pensadas impraticáveis ou inaptas para uma decisão judicial. A atividade judicial estendeu-se a administração do bem social, administração de presídios e hospitais para doentes mentais, a política de educação e trabalho, a construção de estradas e pontes, a padrões de segurança automotiva, e a gerenciamento de recursos naturais. Somente nos últimos anos, cortes têm anulado leis que exigem um período de residência para ter direitos à assistência social. Elas invalidaram presunções de apoio a crianças decorrentes da presença em casa de um "pai substituto". Cortes federais distritais exigiram padrões no manuseamento de alimentos, operações em hospitais, locais de recreação, trabalho e educação, higiene sanitária, e lavanderia, pintura, iluminação, encanamento e reformas em algumas prisões; e fecharam outras prisões. As cortes estabeleceram igualmente programas completos de assistência e tratamento para doentes mentais em hospitais. Estabeleceram gastos iguais com salários de professores para escolas, procedimentos para audiências em casos de falta de disciplina em escolas públicas, decidiram que educação em duas línguas deve ser oferecida para crianças de famílias hispano-americanas, e suspenderam o uso pelas diretorias de escolas do exame nacional para professores e de testes comparáveis para supervisores. Eliminaram o diploma do ensino médio como pré-requisito para trabalhar como bombeiro. Participaram das construções de estradas e pontes em termos de preservação do meio ambiente e suspenderam exigências de qualidade no desempenho para pneus e air bags. Disseram à administração de fazendeiros para reinstalar o programa de ajuda em caso de desastres, à secretaria florestal para acabar com o corte de madeira, e à associação de engenheiros para manter as vias não navegáveis no país. Elas têm estado, colocando de uma forma amena, muito ocupadas e trabalhando em território desconhecido." (WOLFE, C., op. cit., p. 7).

aqueles que não tiveram possibilidade de ter seus direitos reconhecidos no âmbito do processo político, o tenham no Judiciário. Christopher Wolfe faz uma perspicaz análise da questão:

When prevailing ideas in the legal profession as to what is right and just are different from those prevalent in society, this can also encourage judges to act more independently. For example, if the political ideology that tends to prevail in ‘legal public opinion’ is one that is not capable of achieving its end through the normal political process, there may be pressure – internal as well as external – on judges to further it through the judicial process. Wherever a powerful judiciary exists, it will be only natural for the ‘losers’ in the ordinary political process (that is, in legislatures) to seek recourse to the judicial branch if their ideas might be regarded with any sympathy there. (And if the judiciary befriends them, they will naturally use whatever influence they have in the ordinary political process to forestall action against the judiciary).³¹⁰

O papel do Poder Judiciário tem se ampliado bastante, não só no modelo americano, mas também no modelo constitucional europeu, embora ainda de forma mais tímida, consoante se verá mais adiante.

Deve-se ter como exemplo a experiência norte-americana para que se possa adaptá-la ao caso brasileiro, que, por sua vez, enquanto país periférico, não pode deixar de realizar seus direitos fundamentais porque tratam muitas vezes de questões políticas, devendo o Judiciário, de maneira criativa lhes dar a adequada proteção e realização.

Entretanto, é certo que aqueles que vêm na jurisdição constitucional e no *judicial review* uma afronta ao ideal democrático, acabam por estabelecer alguns limites à jurisdição constitucional, o que será visto no próximo tópico.

³¹⁰ “Quando prevalece a idéia de que o que é certo e justo na profissão jurídica é diferente do que prevalece na sociedade, isso também pode encorajar os juizes a agir mais independentemente. Por exemplo, se a ideologia política que tende a prevalecer em “opinião pública legal” é uma que não é capaz de atingir seu fim por meio do processo político normal, haverá talvez pressão – tanto interna como externa – sobre os juizes para que encaminhem-no por intermédio do processo judicial. Em qualquer lugar onde exista um poder judiciário forte, será natural aos ‘perdedores’ em um processo político comum (isto é, no legislativo) procurar recurso ao setor judicial se suas idéias puderem ser consideradas com alguma afinidade lá. (E se o judiciário os aceita como parceiros, eles irão naturalmente usar qualquer influência que eles tenham no processo político normal para prevenir ação contra o judiciário)”. (WOLFE, C., op. cit., p. 9-10).

3.2

Limites ao Ativismo Judicial: Teoria da Auto-Restrição Judicial

A doutrina que se preocupa em limitar o papel e as funções da jurisdição constitucional, por entender que o exercício do *judicial review* “importa sempre em uma afronta à vontade da maioria, representada pelo Parlamento”³¹¹, é conhecida como doutrina da *self-restraint* ou doutrina da autocontenção judicial.

Conforme Canotilho, o princípio da autolimitação judicial consiste no fato de que “os juízes devem autolimitar-se à decisão de questões jurisdicionais e negar a justiciabilidade das questões políticas”³¹², o que significaria dizer que certas questões políticas não estariam sujeitas a um controle jurisdicional.

Numa concepção procedimental de Constituição, deve-se ter confiança na legitimidade ética dos procedimentos discursivos de deliberação e decisão de questões públicas, o que justificaria a limitação da jurisdição constitucional sobre os assuntos deliberados, “não a desconfiança em relação ao conflito de poderes ou ao abuso do Poder Judiciário”³¹³, ou seja, numa concepção procedimental, a jurisdição constitucional deve estar limitada a proteger os direitos de participação política que garantam a higidez do processo democrático.

O problema que se enfrenta é a definição de quais direitos fundamentais que protegem o processo democrático poderiam ser tutelados pela jurisdição constitucional, o que abriria um rol maior de direitos que serão objeto de proteção e de valoração substantiva pelo Judiciário.

Por outro lado, a concepção substantiva de Constituição não defende uma autolimitação judicial, mas, ao contrário, defende um ativismo judicial que determine e proteja os valores substantivos calcados na Constituição, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais.

Cláudio Ari Mello constata que existem vários métodos de auto-restrição judicial: (i) os limites processuais, por meio de “instituição de barreiras formais nos processos judiciais da jurisdição constitucional”³¹⁴; (ii) os limites

³¹¹ MELLO, C. A., op. cit., p.205.

³¹² CANOTILHO, J. J. G., op. cit., p. 1224.

³¹³ MELLO, C. A., op. cit., p. 211.

³¹⁴ Ibid., p. 218.

hermenêuticos, em que prevalece o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, “sempre que for possível reconhecer nela uma compreensão adequada ao sentido normativo da constituição”³¹⁵; (iii) os limites funcionais que se desdobram em discricionariedade administrativa e discricionariedade legislativa ou liberdade de conformação do legislador; (iv) os limites temáticos, consistentes na doutrina da “injusticiabilidade das questões políticas”.

Christopher Wolfe, de forma clara, aponta que os limites para um *judicial review* moderado seriam os seguintes: (i) os limites inerentes ao Poder Judiciário; (ii) a deferência legislativa; e (iii) a doutrina das questões políticas³¹⁶.

Wolfe aponta como um dos limites inerentes à natureza do Poder Judiciário o fato de que o *judicial review* deveria ser visto mais como um problema de interpretação (associado a julgamento por Hamilton) do que legislação (associada à intenção). O papel dos juízes não seria o de determinar o que é melhor para o país, ou qual regra geral é melhor para a nação e para seus cidadãos quando se depara com um problema específico de política. Também entende não ser tarefa do juiz valorar se uma lei é prudente ou justa. No exercício do *judicial review*, caberia ao juiz determinar, não se a lei é boa ou prudente, mas se é constitucional ou não.³¹⁷

Outro limite natural ao Poder Judiciário consiste no fato de que suas decisões só produzem eficácia no caso concreto, diferente das leis que são pensadas e aplicadas para toda a sociedade.³¹⁸

Wolfe destaca, também, a diferença feita por Marshall em *Marbury v. Madison* entre atos judiciais e atos não judiciais, isto é, a questão sobre se alguém tem um direito é, por sua natureza, uma questão judicial, e deve ser tratada pela autoridade judicial. Não obstante, Marshall reprovava a interferência do Judiciário em atos políticos ou discricionários do Poder Executivo.³¹⁹

³¹⁵ Ibid., p. 220.

³¹⁶ WOLFE, C., op. cit., p. 101 et. seq.

³¹⁷ Ibid., p. 101.

³¹⁸ Ibid., p. 102

³¹⁹ Ibid., p. 103. “In a later case, Marshall noted that the courts have jurisdiction ‘when any questions respecting them [the constitution, laws, and treaties of the United States] shall assume such a form that the judicial power is capable of acting on it. That power is capable of acting only when the subject is submitted to it by a party who asserts his rights in the form prescribed by law. It then becomes a case, and the constitution declares that the judicial power shall extend to all cases arising under the constitution, laws, and treaties of the United States’”. “Em um caso

Afora isso, Wolfe salienta que o *judicial review* é um poder derivado do poder de decidir casos que chegam ao Judiciário, podendo uma questão constitucional nunca chegar ao Judiciário, e, portanto, nunca ser apreciada por este Poder.³²⁰

Por outro lado, a defesa clássica do *judicial review* sempre foi fundamentada no fato de que o mesmo não implicaria a superioridade dos juízes em relação aos legisladores, mas na superioridade do desejo do povo sobre ambos. Entretanto, esta afirmativa só é verdadeira se o *judicial review* se restringir à interpretação, ou à determinação da intenção do povo prevista na Constituição, não podendo o juiz legislar ou defender seus próprios anseios.

Se houver erro na declaração de inconstitucionalidade de uma lei, poder-se-ia ter o Judiciário legislando, eis que, mesmo de boa-fé, estaria a extrapolar os poderes do *judicial review*, razão por que o princípio da deferência ao legislativo significa que o *judicial review* não deve ser utilizado em caso de dúvidas.

Deste modo, em caso de dúvidas sobre a própria interpretação da Constituição, os juízes deveriam submeter a questão ao Legislativo, para que este emita sua opinião sobre a constitucionalidade da lei.³²¹ Mas não é qualquer dúvida que ensejaria esta deferência legislativa, sendo necessário se estar frente a uma dúvida que persiste mesmo após certo esforço interpretativo de tentar compatibilizar a lei à Constituição³²².

Ressalta-se que nenhum dos autores que defende a autocontenção judicial enfrenta como isso seria feito na prática, nem se seria viável, por exemplo, suspender o julgamento judicial e submeter a questão ao Legislativo (tal como um incidente “substantivo”) para se decidir a respeito do conteúdo substantivo constitucional, ou quem sabe submeter a questão a um plebiscito. Não se traz como este tipo de autocontenção pode se realizar na prática.

posterior, Marshall notou que as cortes têm jurisdição quando quaisquer questões respeitando-os [a constituição, as leis, e dos tratados dos Estados Unidos] devem assumir tal forma que o poder judicial é capaz de agir. Esta força é capaz de agir somente quando o assunto é submetido ao judiciário por um partido que afirma seus direitos na forma prescrita pela lei. Então se torna um caso, e a constituição declara que o poder judiciário deve ser estendido a todos os casos submetidos à constituição, às leis e aos tratados dos Estados Unidos”.

³²⁰ WOLFE, C., op. cit., p. 103-104.

³²¹ Ibid., p. 104.

³²² Importa salientar que o Supremo Tribunal Federal já admite a ‘interpretação conforme a Constituição’, bem como a ‘interpretação sem redução de texto’, por meio das quais se busca dar uma interpretação à lei que seja compatível com a Constituição.

Outro componente, segundo Christopher Wolfe, de um *judicial review* moderado, consistiria na doutrina das questões políticas. Desde que a revisão judicial seja um poder estritamente judicial, não deveria ser aplicada para rever atos discricionários de outros poderes,³²³ sendo, portanto, uma decorrência lógica do princípio da separação de poderes.

No que diz respeito à discricionariedade legislativa ou liberdade de conformação do legislador, e mesmo na questão de injusticiabilidade de questões políticas, em alguns casos, a Suprema Corte americana opta por não se manifestar sobre o assunto.

Quando se trata do princípio federativo, há, em geral, uma deferência à manifestação pelos Estados,³²⁴ do mesmo modo, a Suprema Corte tem tido permanentemente “uma orientação no sentido de prestar grande deferência às decisões tomadas pelo Presidente ou pelo Congresso, quando estão em jogo problemas de segurança, ou às orientações das organizações militares.”³²⁵

Ainda, sobre a matéria de homossexuais nas Forças Armadas, “a Suprema Corte se recusa a apreciar a política denominada *do not ask, do not tell*, presente nas organizações militares norte-americanas”³²⁶, fundamentando que os homossexuais não são considerados como uma minoria isolada e prejudicada, demonstrando, assim, a ampla deferência às decisões militares³²⁷.

Não obstante, a própria história do *judicial review* demonstra que a doutrina do *judicial self-restraint* não se solidificou, posto a história demonstrar uma verdadeira expansão dos poderes do Judiciário, inclusive em matérias de políticas públicas e sociais, como visto no tópico anterior.

Ratificando o acima exposto, Canotilho expõe sobre o princípio da autolimitação judicial da seguinte forma:

No entanto, como acentua a própria doutrina americana, a doutrina das questões políticas não pode significar a existência de *questões constitucionais* isentas de controlo. Em primeiro lugar, não deve admitir-se uma *recusa de justiça ou declinação de competência* do Tribunal Constitucional só porque a questão é

³²³ WOLFE, C., op. cit., p. 106.

³²⁴ BARACHO JÚNIOR, J. A. O. *A interpretação dos direitos fundamentais...*, op. cit., p. 329.

³²⁵ Ibid., p. 330.

³²⁶ Ibid., ibidem.

³²⁷ Ibid., ibidem.

política e deve ser decidida por instâncias políticas. Em segundo lugar, como já se disse, *o problema não reside em, através do controlo constitucional, se fazer política, mas sim em apreciar, de acordo com os parâmetros jurídico-materiais da constituição, a constitucionalidade da política*. A jurisdição constitucional tem, em larga medida, como objecto, apreciar a constitucionalidade do ‘político’. Não significa isto, como é óbvio, que ela se transforme em simples ‘jurisdição política’, pois tem sempre de decidir de acordo com os parâmetros materiais fixados nas normas e princípios da constituição. Conseqüentemente, só quando existem parâmetros jurídico-constitucionais para o comportamento político pode o TC apreciar a violação desses parâmetros.³²⁸

No Brasil, em geral, encontra-se uma “resistência ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público, aos quais se reserva um amplo espaço de atuação autônoma, discricionária”³²⁹, que não se sujeitam ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário. Como exemplo de atitudes exageradas de *auto-restrição judicial*, tem-se a recusa do Supremo Tribunal Federal em “controlar os pressupostos constitucionais da edição de Medidas Provisórias pelo Governo Federal (art.62,CF)”³³⁰, bem como a negativa de criar norma *in concreto* nos casos de mandado de injunção.³³¹

De qualquer forma, não se pode descurar que, em última análise, é o próprio Judiciário que acaba por decidir que matérias podem ou não ser submetidas ou não. Por outro lado, pode-se argumentar que os limites de atuação do Poder Judiciário para o controle dos atos dos outros Poderes já estão predeterminados no próprio texto constitucional, o qual determina as competências de cada Poder, mas que, será interpretado pelo próprio Judiciário.

Passa-se, agora, a abordar o Constitucionalismo europeu, que, a seu turno, até meados do século XX, priorizou o princípio democrático, com restrição da

³²⁸ CANOTILHO, J. J. G., op. cit., p. 1224.

³²⁹ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*, p. 87. Cabe aqui salientar que Marçal Justen Filho tem a seguinte opinião a respeito do mérito do ato administrativo: “Utiliza-se a expressão *mérito do ato administrativo* para indicar esse núcleo de natureza decisória, produzido em virtude de uma autorização legislativa. A fiscalização poderá examinar os requisitos externos de regularidade da atuação discricionária, o que significa verificar se todos os requisitos legais procedimentais foram respeitados e **se a autoridade administrativa atuou visando à realização dos direitos fundamentais, com observância dos valores democráticos**.” (g.n.) JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 746. Nesse caso, se a autoridade administrativa não realizou os direitos fundamentais, ou se os contrariou, há a possibilidade de controle de constitucionalidade do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário.

³³⁰ KRELL, A. J., op. cit., p. 87-88.

³³¹ *Ibid.*, *ibidem*.

atuação da jurisdição constitucional.

3.3 Modelo Europeu³³² de Justiça Constitucional

Cumprir fazer aqui um breve paralelo entre o modelo americano e o modelo europeu de jurisdição constitucional.

Nos Estados Unidos, a idéia que preponderou foi a de que os direitos estavam acima das leis³³³, em virtude de que, na época de sua independência, a grande preocupação era limitar os poderes do Parlamento Inglês, razão por que os representantes do povo criaram uma Constituição rígida que estava acima de todos os outros poderes, ou seja, os direitos nela estabelecidos deveriam ser respeitados inclusive pelo Parlamento inglês.

³³² Segundo Louis Favoreau, o modelo europeu possui, pelo menos, uns trinta exemplos. Cf. FAVOREU, L., op. cit., p. 17. A respeito dos modelos europeus de justiça constitucional, e do seu histórico consultar: FAVOREU, L., op. cit.; KRELL, A. J., op. cit.; CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade ...*, op. cit.; BLACHÈR, Phillippe. *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*; TROPER, Michel. *Pour une Théorie Juridique de l'État*; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *As especificidades e os desafios democráticos do processo constitucional*. In: SAMPAIO, Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, *Hermenêutica e jurisdição Constitucional*, p. 116 et. seq.; STRECK, L. L., op. cit., p. 342 et seq..

³³³ Ao inserir o *Bill of Rights* na Constituição americana, o direito constitucional americano assumiu que estes direitos fundamentais estavam acima de quaisquer outros, funcionando como limites aos atos do Legislativo e do Executivo. Neste sentido, confira-se: “La característica principal de las Declaraciones americanas es la fundamentación de los derechos en una esfera jurídica que precede al derecho que pueda establecer el legislador. Los derechos eran un patrimonio subjetivo existente por sí mismo que debía mantenerse inalterado y protegido de todas las posibles amenazas, primero de las externas provenientes del Parlamento inglés y luego de las internas que hubiesen podido nacer de un legislador omnipotente.(...) Para la concepción americana, los derechos son anteriores tanto a la Constitución con al gobierno (o, según un modo de expresarse más usual entre nosotros, al Estado). Según la famosa argumentación ‘circular’ del *Federalist* de ascendencia lockeana (derechos naturales de los ciudadanos, soberanía popular, delegación en los gobernantes del poder necesario para la protección de los derechos), las Cartas constitucionales eran el acto mediante el cual el pueblo soberano delegaba libremente en los gobierno. El poder de éstos se basa en esa delegación y, naturalmente, debía permanecer dentro de los límites marcados por ella, más allá de los cuales se produciría la absoluta nulidad jurídica de sus actos. (...) Los derechos, por cuanto patrimonio subjetivo independiente, constituían a los individuos en sujetos activos originarios y soberanos y de este modo hacían posible el acto de delegación constitucional, fundando el *Government* y, en él, el poder legislativo. La ley, cabe decir, derivaba de los derechos, justamente lo contrario de lo que sucedía en Francia, donde eran los derechos los que derivaban de la ley. Aquí, la soberanía de la ley; allí, la soberanía de los derechos.” ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, p. 54-55.

Na França revolucionária, ao contrário, em forte movimento contra o Estado Absoluto, é o Parlamento o grande representante do povo, que, por meio das leis, procura limitar os privilégios da Corte. Naquele momento, o judiciário era visto com desconfiança, uma vez que sempre estivera ao lado do rei.

Assim, num primeiro momento, a Constituição que surge na Europa só previa a separação dos poderes e a garantia dos direitos individuais. Tem-se, desse modo, o Estado de Direito pós-revolução francesa, como a forma de Estado que está dotada de uma constituição liberal, ou seja,

(...) de una constitución que parte de la presunción general de libertad a favor de los individuos, que reserva a la ley la individualización de los eventuales límites que – por el interés de todos – deban establecerse al ejercicio de los derechos de los mismos individuos, que provee, siempre para garantizar los derechos, al establecimiento de formas de gobierno no absolutistas.³³⁴

Esse contexto histórico explica porque no continente europeu, até meados do século XX, se deu muito maior valor à lei e ao princípio democrático do que à jurisdição constitucional, ou seja, verifica-se na Europa desde a Revolução até as primeiras décadas do século XX, o protagonismo da lei como manifestação de soberania e ao mesmo tempo como principal instrumento de garantia dos direitos, recorrendo-se às Constituições escritas apenas com a finalidade de estabelecer formas de governo não absolutistas³³⁵.

É nesse contexto que foram limitados os poderes do Poder Judiciário, afirmado por Montesquieu *le juge est la bouche de la loi*, pois os magistrados (*noblesse du robe*) estavam ao lado do rei absolutista.

Por conseqüência, no Estado de Direito Liberal Europeu, a supremacia era da lei, que existia para limitar o Poder Executivo. Nesta época não se falava em controle de constitucionalidade das leis, até porque a lei era votada e aprovada pelo poder soberano, o povo – legitimamente representado nos parlamentos – demonstrando, por conseguinte, a primazia da democracia em detrimento do constitucionalismo.

Explica Louis Favoreau que, no início do século XX, vários países europeus

³³⁴ FIORAVANTI, Maurizio. *Estado y constitución*. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). *El Estado Moderno en Europa: Instituciones y derecho*, p. 35.

³³⁵ FIORAVANTI, M., op. cit., p. 35

se sentiram tentados a aplicar o modelo estadunidense de jurisdição constitucional, entretanto vários fatores levaram à não adoção daquele modelo³³⁶.

Na França, a oposição se deu primordialmente em razão do medo do Governo de Juízes que tinha se instaurado no início do século XX nos Estados Unidos, além de sua própria formação histórica.³³⁷

Na Alemanha, o problema ocorrido foi que os juízes só admitiam um controle formal de constitucionalidade das leis sob o regime da Constituição de Weimar, não ousando, em nenhum momento proteger os direitos fundamentais violados pelo Parlamento na época das Guerras.³³⁸

Já na Itália, houve uma rejeição do modelo estadunidense pela própria Assembléia Constituinte.³³⁹

Baracho, a seu turno, dispõe que a não aceitação do modelo americano de jurisdição constitucional pelos sistemas políticos e jurídicos europeus decorreu de diversas razões, “destacando-se entre elas a valorização dos parlamentos e das leis, a instabilidade política e a rigidez das constituições, a fraqueza política do poder judiciário e a crença em um governo de juízes”³⁴⁰.

Já num segundo momento de evolução do constitucionalismo europeu, as Constituições Democráticas, ou as constituições que surgiram junto com os Estados Democráticos europeus, no início e meados do século XX³⁴¹ - diversamente das Constituições Liberais que apenas estabeleciam a forma de governo e garantiam os direitos individuais – passam a conter, em primeiro lugar, os princípios fundamentais que caracterizam o regime político dos Estados Democráticos, adotando-se, assim, a proteção dos direitos fundamentais já prevista no modelo norte-americano.

Estas Constituições surgem como uma forma de reação à grande crise política e moral da civilização humana, vivida em razão das duas grandes guerras no início do século XX, e também, como uma forma de adaptação ao aumento da

³³⁶ FAVOREU, L., op. cit., p. 18.

³³⁷ Ibid., p. 19.

³³⁸ Ibid., ibidem.

³³⁹ Ibid., p. 20.

³⁴⁰ BARACHO, J. A. O. *As especificidades e os desafios democráticos do processo constitucional*, op. cit., p.117.

³⁴¹ Exemplos: Constituição de Weimar, na Alemanha, de 1919, Constituição Italiana de 1947.

complexidade das sociedades atuais, em virtude da industrialização.³⁴²

Desse modo, historicamente, surgiram as Constituições democráticas no continente europeu, que, a partir de então, tiveram reconhecida uma força acima das leis provenientes do Parlamento, bem diferente do que se poderia pensar no período do Estado Liberal.³⁴³

A Constituição passa a ser a representação da comunidade política concreta, e, portanto, os princípios e direitos fundamentais ali garantidos, não podem ser violados ou desrespeitados por ninguém, nem mesmo pelo legislador, tornando necessário, um controle de constitucionalidade das leis para legitimação das emanadas pelo Parlamento desde que não tenham violado a Constituição. Ou seja:

O constitucionalismo que surge desloca o seu centro de gravidade da soberania parlamentar e da supremacia da lei para um sistema de direitos fundamentais diversificado, abrangente e expansivo, e que incorpora nas constituições valores morais, políticos e sociais que, até meados do século passado, pertenciam ao discurso filosófico dos direitos humanos. Com isso, as constituições rompem o postulado positivista da pureza da ordem jurídica e promovem o reencontro do Direito com a moral, exatamente por intermédio da positivação dos direitos humanos nos sistemas de direitos fundamentais.³⁴⁴

Maurizio Fioravanti resume com clareza esta passagem da Constituição Liberal para Constituição Democrática:

Como se ve claramente, las transformaciones que se han producido a lo largo del siglo XX no son de escasa importancia. Por ello, las hemos tomado como auténticos pasos de una forma de Estado a otra, del Estado de derecho al Estado constitucional, de un tipo histórico de constitución a otro, de la constitución liberal a la constitución democrática. Y no existe duda de que se trata del paso de una situación en la que la ley, - en cuanto expresión de la voluntad general y en cuanto necesario y casi exclusivo instrumento de garantía de los derechos - es sustancialmente incontrolable, a una situación en la que el control de constitucionalidad de esa ley se hace práctica común, caracterizando de manera ordinaria da vida de las democracias contemporáneas, también para tutelar los derechos que están ahora fundados directamente en la constitución.³⁴⁵

As atuais Constituições Democráticas Europeias – que não são apenas democráticas por emanarem de uma Assembléia Constituinte, mas muito mais

³⁴² MELLO, C. A., op. cit., p. 84.

³⁴³ FIORAVANTI, M., op. cit., p. 37.

³⁴⁴ MELLO, C. A., op. cit., p. 84.

³⁴⁵ FIORAVANTI, M., op. cit., p. 38.

pelos resultados almejados – buscam justamente uma mediação pacífica entre os conflitos, protegendo a integridade da estrutura plural do corpo social e evitando assim as interpretações, unilaterais, claramente majoritárias, e que poderiam ter um caráter aparentemente democrático – posto que majoritárias – em detrimento dos direitos fundamentais plasmados nas cartas constitucionais.

Destarte, a nova Supremacia da Constituição é marcada não só pela existência de direitos fundamentais que não podem ser alterados por meio majoritário pelo parlamento, mas também pela existência de controle de constitucionalidade para verificar eventual afronta a estes direitos, pressupondo-se, dessa forma, a existência de uma Constituição rígida, em que o processo legislativo constitucional é qualificado, se comparado ao ordinário, o que demonstra a clara influência na incorporação do modelo constitucional estadunidense.

Os direitos fundamentais passam a proteger, assim, um grande número de “bens, valores e interesses humanos substantivos”³⁴⁶, aumentando as relações entre Estado e indivíduo, levando a uma maior intervenção estatal em áreas antes reservadas à autonomia privada.

Verifica-se, dessa maneira, que o modelo Europeu acabou adotando o modelo americano de rigidez constitucional, bem como o de garantia dos direitos fundamentais, que não podem ser contrariados nem mesmo pelo Legislativo, enquanto representante do poder soberano do povo.

A grande diferença que se estabelece hoje entre os dois regimes, consiste na existência, na Europa, de um Tribunal ou uma Corte Constitucional independente do Poder Judiciário³⁴⁷, que detém o monopólio da jurisdição constitucional, “o que

³⁴⁶ MELLO, C. A., op. cit., p. 85.

³⁴⁷ Segundo Lenio Streck, com herança na Revolução Francesa, “surge, assim, a idéia de um tribunal que, não sendo parte do Poder Judiciário, pudesse assumir a moderação do sistema, a partir do controle acerca da interpretação da Constituição. Mas, por evidente, a composição desse tribunal não poderia ser feita aos moldes dos tribunais que constituem a cúpula do Judiciário, e sim, buscou-se construí-la apelando à *volonté générale*, ainda que indireta, a partir da efetiva participação do Poder Legislativo na composição desse *tertio genus*. Não é suficiente, desse modo, a explicação baseada na tese de que a Europa optou por Tribunais *ad hoc* em face de não existir, no modelo romano-germânico, a figura do *stare decisis*, apto a conceder efeito *erga omnes* às decisões. É razoável sustentar, destarte, que a razão da exclusão do juiz ordinário do controle da constitucionalidade baseia-se muito mais em motivações de ordem política, que deita raízes na Revolução Francesa, em especial na discussão acerca da noção de soberania popular”. STRECK, L. L., op. cit., p. 376-377.

significa que os juízes ordinários não podem conhecer do contencioso reservado à Corte Constitucional”³⁴⁸.

Além disso, outra grande diferença do sistema de jurisdição constitucional americano é que, enquanto no sistema europeu, o controle é concentrado, só podendo a revisão judicial de constitucionalidade das leis proferidas pelo Parlamento ser feita pelo Tribunal Constitucional; no sistema americano, o *judicial review* pode ser feito por qualquer juiz, de qualquer jurisdição, por isso, sendo chamado de controle difuso.

Não obstante as diferenças ora destacadas, é certo que a Corte Constitucional de modelo europeu também pode corrigir e anular as leis, enquanto “escolhas políticas fundamentais feitas pelo legislador, representante da vontade geral”³⁴⁹, razão por que em ambos os modelos existe a tensão entre a jurisdição constitucional e a democracia.

Inclusive a França, que teve durante sua história a preponderância da lei enquanto representante suprema da vontade soberana do povo e possui o controle constitucional desde 1958, discute hoje a tensão existente entre jurisdição constitucional e democracia. Nas palavras de Michel Troper:

Il est bien connu qu’il existe en France une ancienne tradition d’hostilité au contrôle de constitutionnalité, jugé incompatible avec la démocratie. Malgré l’établissement de ce contrôle en 1958, son extension irrésistible à partir de 1971 et 1974, malgré le succès de cette institution dans l’opinion publique, cette tradition persiste. Cette idée que le contrôle de constitutionnalité apporte au moins une limite à la démocratie semble même partagée par les partisans de ce contrôle, qui se réfèrent davantage à la notion d’*État de droit*. On paraît être en présence d’un choix simple : ou bien l’on considère que le peuple est souverain, ce qui signifie qu’il dispose d’un pouvoir sans limite, qu’il peut exercer dans n’importe quelle forme et cela exclut évidemment tout contrôle de constitutionnalité ; ou bien on estime au contraire que le pouvoir du peuple ne doit pas pouvoir s’exercer sans limite, qu’il doit respecter au moins les formes constitutionnelles, les droits de l’homme et les libertés fondamentales, et que la justice constitutionnelle est le moyen d’assurer ce respect, mais on ne peut alors prétendre en même temps que ce peuple est souverain. Pourtant, la constitution est fondée sur le principe de la souveraineté populaire et il demeure nécessaire de concilier la justice constitutionnelle avec ce principe.³⁵⁰

³⁴⁸ FAVOREU, L., op. cit., p. 28.

³⁴⁹ Ibid., p. 34.

³⁵⁰ “É bem conhecido que existe na França uma antiga tradição de hostilidade ao controle de constitucionalidade, julgado incompatível com a democracia. Apesar deste controle ter sido estabelecido em 1958, sua irresistível expansão a partir de 1971 e 1974, não obstante o sucesso desta instituição no meio da opinião pública, esta tradição persiste. Esta idéia de que o controle de

Verifica-se, portanto, que o modelo “europeu” de jurisdição constitucional, criado no século XX, adotou diversas características e conceitos presentes no modelo americano de jurisdição constitucional, incorporando a idéia de supremacia constitucional por meio de uma rigidez das normas constitucionais.

A própria idéia do *judicial review* também foi posta em prática no modelo europeu, que, com as adaptações pertinentes, cria uma Corte ou Tribunal Constitucional independentes para exercer a função de controle de constitucionalidade dos atos legislativos provenientes dos demais poderes.

Para além disso, as Constituições Democráticas surgiram na Europa após as duas Grandes Guerras e, tendo em vista a trágica experiência por que passaram os países europeus e seus cidadãos, neste período, em que os direitos dos homens foram negados e menosprezados, elas acabaram por elevar vários direitos à condição de direitos fundamentais, como reflexo dos valores substantivos e morais adotados pelas respectivas comunidades e que não podem, por sua vez, ser alterados por maiorias parlamentares.

Para se ter uma real compreensão dos direitos fundamentais, abordar-se-á, no próximo capítulo, a evolução histórica dos direitos fundamentais, principalmente no contexto europeu, para depois se enfrentar a problemática da compatibilidade entre direitos fundamentais e democracia. Após, serão estudados os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal brasileira de 1988, buscando fundamentos para sua realização por meio de um Judiciário politicamente ativo e comprometido com os valores substantivos escolhidos pela sociedade brasileira no momento constituinte.

constitucionalidade traz ao menos um limite à democracia aparenta mesmo ser partilhada pelos adeptos desse controle, que se referem mais à noção de Estado de direito. Parecemos estar à frente de uma escolha simples : ou bem consideramos que o povo é soberano, o que significa que ele dispõe de um poder sem limite, que ele pode exercer de qualquer forma, o que exclui, evidentemente qualquer controle de constitucionalidade ; ou bem estimamos o contrário, que o poder do povo não deveria ser exercido sem limites, que ele deve respeitar ao menos as formas constitucionais, os direitos do homem e as liberdades fundamentais, e que a justiça constitucional é o meio de assegurar esse respeito, mas não podemos pretender ao mesmo tempo que esse povo seja soberano. Não obstante, a constituição se funda sobre o princípio da soberania popular e se torna necessário conciliar a justiça constitucional com esse princípio.” (TROPER, M., op. cit., p. 329). No capítulo XXI, o autor vai tratar apenas da questão “*Justice Constitutionnelle et démocratie*”, cf. TROPER, M., op. cit., p. 329 et. seq. E, do mesmo modo, Philippe Blachère enfrenta a tensão entre justiça constitucional e democracia. Vide BLACHER, P., op. cit., p. 175 et. seq.

4

Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional

Nos capítulos precedentes, enfrentou-se a teoria da democracia procedimental, bem como a concepção substantiva de constituição adotada pelo constitucionalismo moderno, concluindo-se que a Constituição Federal de 1988, apesar de dar valor ao procedimento democrático, prioriza a proteção dos direitos fundamentais, enquanto valores substantivos escolhidos pela sociedade brasileira.

Tratou-se, também, da experiência histórica do *judicial review* nos Estados Unidos da América, no qual a Suprema Corte, sem medo de enfrentar questões supostamente políticas, foi um dos principais atores na realização dos direitos fundamentais, inclusive os sociais, atendendo às verdadeiras necessidades dos cidadãos, nem que para isso tenha sido necessário adotar uma posição ativista, tanto de interpretação substantiva dos valores estabelecidos na Constituição, quanto de adoção de políticas públicas para concretização dos direitos fundamentais sociais. Estabelecendo-se, assim, no Judiciário americano, um fórum democrático de discussão pública dos valores constitucionais.

Verificou-se, também, a doutrina da autocontenção judicial, que busca limitar o ativismo judicial, no sentido de que o Judiciário não enfrente questões políticas nem dê interpretação substantiva à Constituição. Ainda, verificou-se a evolução da jurisdição constitucional no sistema europeu, constatando-se que, da mesma forma que no Brasil, o sistema constitucional europeu também sofreu grandes influências do modelo americano.

No presente capítulo, buscar-se-á demonstrar de que modo a jurisdição constitucional poderá atuar – utilizando-se como fonte de inspiração a experiência ativista da Suprema Corte americana quando da realização do *judicial review* naquele país – de modo a concretizar os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal de 1988.

Para alcançar esse objetivo, tratar-se-á, num primeiro momento, dos direitos fundamentais e de sua evolução histórica, para chegar a sua concepção no Estado Democrático de Direito.

Analisar-se-á, também, a compatibilidade entre os direitos fundamentais e a democracia, demonstrando que, apesar dos direitos fundamentais limitarem os procedimentos democráticos, essa limitação se justifica na proteção de minorias e na realização de uma democracia substantiva, razão por que, também se justificará a legitimidade da jurisdição constitucional na proteção e realização os direitos fundamentais.

Demonstrar-se-á, ainda, que os direitos sociais são direitos fundamentais, quer seja na concepção de direitos humanos a nível internacional, quer seja porque assim estabelece a Constituição Federal de 1988.

Por fim, enfrentar-se-ão os óbices impostos à realização dos direitos fundamentais sociais para concluir que é possível afastá-los por meio de um ativismo judicial comprometido com os valores substantivos escolhidos pela sociedade brasileira, mesmo num país onde os recursos econômicos e financeiros são escassos, sem que isso afronte o princípio da separação de poderes ou mesmo a democracia, pois só será possível pensar em um processo democrático “justo” a ser realizado entre cidadãos livres e iguais, se estes cidadãos tiverem seus direitos sociais básicos garantidos. Demonstrando, assim, que o fórum deliberativo instaurado no âmbito do Judiciário pode ser muito mais democrático do que aquele instaurado no âmbito meramente político.

4.1 Concepções de Direitos Fundamentais

Pode-se afirmar que a evolução histórica dos direitos humanos³⁵¹ deu-se

³⁵¹ Sobre a confusão terminológica acerca dos direitos humanos e direitos fundamentais, ver Capítulo I de SAMPAIO, José Adércio Leite, *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*, p. 7-22. Ressalta Sampaio que enquanto os contratualistas falavam em “direitos naturais”, “direitos inatos” ou “originários”, a expressão direitos humanos ou direitos do homem aparece nos escritos dos revolucionários modernos, enquanto que na França se preferiu o uso das expressões “liberdades públicas”, direitos individuais ou liberdades individuais e na Alemanha, por sua vez, se preferiu a terminologia “direitos fundamentais” “como designativos de certas posições ou situações jurídicas básicas dos indivíduos perante o Estado ou como autolimitação do poder soberano estatal em benefício de determinadas esferas de interesse privado”. SAMPAIO, J. A. L., op. cit., p. 8. Ainda, confira-se o seguinte trecho: “A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 retomou as bases originais, abrindo, então, para a Dogmática Constitucional, sobretudo a

junto com a história da limitação do poder.³⁵²

Primeiramente, os direitos humanos são pensados pelos filósofos do mundo antigo, como simples expressões de pensamentos individuais, que serviam apenas como propostas para atuação do Estado.

Somente quando ocorre a positivação das teorias filosóficas de direitos humanos, consideradas limitação ao poder estatal, é que se pode falar em direitos humanos como “um autêntico sistema de direitos no sentido estrito da palavra, isto é, enquanto direitos positivos ou efetivos”.³⁵³

Os direitos fundamentais podem ser definidos, justificados e fundamentados³⁵⁴ sob diversas dimensões e fontes históricas, cabendo aqui sua menção apenas para fins de conhecimento.

partir da Alemanha, um jogo de definição que restringe “direitos humanos” ora ao plano filosófico, ora à sua dimensão internacional, expressando os direitos de uma comunidade estatal concreta mais como “direitos fundamentais”. Assim, “direitos humanos seriam os direitos válidos para todos os povos ou para o homem, independente do contexto social em que se ache imerso, direitos, portanto, que não conhecem fronteiras nacionais, nem comunidades éticas específicas, porque foram afirmados – declarados ou constituídos a depender da visão dos autores – em diversas cartas e documentos internacionais como preceitos de *jus cogens* a todas as nações obrigar, tendo por começo exatamente a Declaração Universal de 1948 (dimensão internacionalista dos direitos humanos)... Já os ‘direitos fundamentais’, são aqueles que são juridicamente válidos em um determinado ordenamento jurídico ou que se proclamam invioláveis no âmbito interno ou constitucional (dimensão nacional dos direitos humanos)”. SAMPAIO, J. A. L., op. cit., p. 8-9.

³⁵² SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 38.

³⁵³ BOBBIO, N. *A era dos direitos*, p. 29.

³⁵⁴ Não se pode esquecer a polêmica travada entre os universalistas e os comunitaristas em busca da fundamentação dos direitos humanos. Como representante do Comunitarismo, confira-se a respeito a posição de TAYLOR, Charles. *World Consensus on Human Rights?* In: HAYDEN, Patrick. *The Philosophy of Human Rights*, p. 409 et. seq.: “different groups, countries, religious communities, civilizations, while holding incompatible fundamental views on theology, metaphysics, human nature, and so on, would come to an agreement on certain norms that ought to govern human behavior. Each would have its own way of justifying this from out of its profound background conception. We would agree on the norms, while disagreeing on why they were the norms. And we would be content to live in this consensus, undisturbed by the differences of profound underlying belief.” (“diferentes grupos (étnicos), países, religiões, civilizações, enquanto mantêm pontos de vistas incompatíveis em teologia, metafísica, natureza humana, etc., poderiam chegar num consenso a respeito de certas normas que deveriam administrar o comportamento humano. Cada um teria a sua maneira para justificar alheio a sua profunda concepção baseada na experiência. Concordearíamos nas normas, e discordaríamos no por que elas são normas. E estaríamos satisfeitos em viver nesse consenso, aquietados pelas diferenças profundas de essência na convicção.”) E, por outro lado, defendendo o universalismo, tem-se Wolfgang KERSTING, que, por sua vez, defende, no mínimo, a validade universal dos direitos humanos de existência (vida ou morte, domicílio ou expulsão, incolumidade física ou tortura, estupro, mutilação, regra ou arbitrariedade), de subsistência (evitar a fome, a sede e a miséria) e de desenvolvimento (as pessoas têm capacidades e talentos que podem ser melhorados), e afirma que “justamente essa tríade de interesses constitui o contraforte material de um universalismo sóbrio que confere proteção a interesses em termos de direitos humanos, e obriga as pessoas, as instituições e a instituição das instituições, o Estado, a ir ao encontro desses interesses humanos básicos”, quer seja “mediante omissões apropriadas, medidas distributivas apropriadas e o estabelecimento de

Sob o ponto de vista do direito natural, os direitos fundamentais são tidos como “direitos absolutos, imutáveis e intemporais, inerentes à qualidade de homem dos seus titulares, e constituem um *núcleo restrito* que se impõe a qualquer ordem jurídica”³⁵⁵, ou, em outras palavras, os direitos fundamentais seriam direitos “básicos, inalienáveis, anteriores ao Estado e que, portanto, deviam ser por ele respeitados”³⁵⁶.

José Adércio Leite Sampaio ressalta que as características da concepção jusnaturalista moderna, segundo Perez Luño, destacaram-se “pela valorização da autoconsciência racional da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas”³⁵⁷, fornecendo, assim, “as bases da fundamentação dos direitos humanos”³⁵⁸, além de servirem “de apoio às reivindicações do Século XVIII que desembocaram nas Declarações de Direito e nas Constituições”³⁵⁹.

Outra parte da doutrina prefere buscar a justificação dos direitos fundamentais na condição moral do homem, presente na sociedade, em determinada época e local.

Há, ainda a perspectiva constitucional dos direitos fundamentais, que apesar de ter sua origem mais remota na Magna Carta de 1215³⁶⁰, foi reforçada com o aparecimento, nos Estados Unidos, do *Bill of Rights*, inserido constitucionalmente em 1791, quando já se passa a adotar os direitos como valores supremos da ordem política, que haveriam de ocupar o centro do sistema constitucional dos Estados Unidos³⁶¹. Com isso, opta-se por uma constituição formalmente rígida de difícil alteração de seu texto³⁶², diversamente do que existia na Inglaterra³⁶³, até como forma de afirmar a soberania das ex-colônias, bem como de reconhecer os direitos individuais dos cidadãos, oponíveis a qualquer abuso de poder.

sistemas de formação adequados”. Cf. WOLFGANG, Kersting, *Universalismo e Direitos Humanos*, p. 101-102.

³⁵⁵ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 17.

³⁵⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite, *Direitos Fundamentais...*, op. cit., p. 60.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 61

³⁵⁸ *Ibid.*, *ibidem*.

³⁵⁹ *Ibid.*, *ibidem*.

³⁶⁰ VIEIRA DE ANDRADE, J. C., op. cit., p. 18

³⁶¹ Sobre a evolução dos direitos fundamentais nos Estados Unidos ver: AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha...*, op. cit., p. 49 et. seq.

³⁶² SAMPAIO, J. A. L., *Direitos Fundamentais...*, op. cit., p. 180.

³⁶³ Ver também STRECK, L. L., op. cit., p. 316.

Ainda, é de se ressaltar, como visto no capítulo anterior, que a supremacia da Constituição foi desenvolvida e afirmada pela jurisprudência daquele país, que sempre procurou dar uma ampla efetividade aos direitos nela garantidos³⁶⁴.

É certo que na Europa, a grande contribuição para afirmação dos direitos humanos se deu com a Revolução Francesa de 1789, que editou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, como forma de limitar o poder do governo absolutista, a qual afirma que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos fundamentais nem estabelecida a separação dos poderes não tem constituição”^{365;366}. Ou seja, além de instituir uma concepção liberal de direitos humanos, no sentido negativo, de limitação do poder absoluto, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão também consagrou os direitos fundamentais enquanto direitos constitucionais³⁶⁷.

Não obstante, a perspectiva universalista ou internacionalista dos direitos humanos só vai surgir na Europa no período do pós-guerra, com a afirmação destes na Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948, que traz como núcleo os direitos humanos, em sua concepção contemporânea, como uma forma de reconstruir³⁶⁸ os direitos humanos banalizados pela II Guerra Mundial. É fato que a Grande Guerra havia desprezado e desrespeitado os direitos da pessoa humana, ultrajando a consciência da Humanidade, vindo a Declaração, dessa forma, buscar a manutenção da liberdade, da justiça e da paz no Mundo.³⁶⁹

Flávia Piovesan explica que a concepção contemporânea de direitos humanos caracteriza-se pela universalidade e indivisibilidade desses direitos:

³⁶⁴ José Carlos Vieira de Andrade ressaltar que os direitos dos ingleses (*Petition of Right, Abolition of Star Chamber, Habeas Corpus Act e Bill of Rights*) “são transplantados para os territórios coloniais e vão aí frutificar na Revolução americana como direitos dos homens”, que acabam por transformar os costumes em princípios. VIEIRA DE ANDRADE, J. C., op. cit., p. 19.

³⁶⁵ Ibid., p. 20.

³⁶⁶ Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen 26 août 1789 : Article 16 - - Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. (‘Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem Constituição’). Disponível em: <<http://www.justice.gouv.fr/textfond/ddhc.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2005.

³⁶⁷ Não obstante, conforme salientado por José Carlos Vieira de Andrade, na França “os direitos fundamentais ficaram (e mantêm-se ainda) fora do articulado constitucional, constando de Declarações autônomas ou dos preâmbulos das constituições (em parte precisamente para mostrar o seu carácter supra-constitucional).” VIEIRA DE ANDRADE, J. C., op. cit., p. 21.

³⁶⁸ Ver a respeito: LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo, Cia das Letras, 1988.

³⁶⁹ Ver Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais, e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são.³⁷⁰

Com o advento do totalitarismo e as atrocidades do nazismo na II Guerra Mundial, cujos atos violaram de todas as formas a dignidade da pessoa humana, o Mundo passou a repensar a proteção dos direitos humanos, com medo de um novo acontecimento trágico. É neste contexto³⁷¹ que vão surgir na Europa Constituições Democráticas, que, de forma rígida, buscam proteger os direitos da pessoa humana, definidos nas Cartas Constitucionais como direitos fundamentais, ou seja, em face da necessidade de se “garantir internacionalmente direitos (fundamentais) de grupos minoritários, religiosos, culturais ou racionais”³⁷², buscam-se mecanismos jurídicos capazes de proteger os direitos dos cidadãos de quaisquer nacionalidades.

Passa-se agora a abordar a evolução histórica da concepção dos direitos fundamentais no Estado Liberal, no Estado Social e no Estado Democrático de direito, para depois verificar como, mesmo limitando atos legislativos ou intervindo nas funções dos demais poderes, os direitos fundamentais são compatíveis com o princípio democrático de soberania da vontade popular.

³⁷⁰ PIOVESAN, Flávia. *Globalização econômica, integração regional e direitos humanos*. In: PIOVESAN, Flávia (Org.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*, p. 41.

³⁷¹ Neste sentido, v. Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “(...) Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum, Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão, Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,”(...).

³⁷² VIEIRA DE ANDRADE, J.C., op. cit., p. 23.

4.2 Perspectiva Histórica dos Direitos Fundamentais

4.2.1 Estado Liberal

Na doutrina liberal, o Estado era responsável apenas pela segurança das relações sociais, de forma a proteger a liberdade dos indivíduos. “Para desempenhar tal finalidade, se limitava a produzir a lei, a executá-la, bem como a censurar a sua violação”³⁷³; os cidadãos possuíam, assim, somente direitos correlativos a prestações negativas (dever de abstenção).

Nesse contexto, o liberalismo capitalista preocupava-se apenas em proteger o indivíduo contra a usurpação e os abusos do Estado, instaurando uma democracia política, aparecendo, neste momento, a primeira geração dos direitos fundamentais.

Tendo em vista que esses direitos surgem em oposição ao Poder Absolutista, há uma forte proeminência do papel do Poder Legislativo, na conformação dos direitos fundamentais estabelecidos nas novas Constituições.

O Estado de Direito, no qual imperava o pensamento liberal, tinha como seu elemento básico o princípio da legalidade³⁷⁴, o qual privilegiava “a lei como fonte primária e quase exclusiva de regulação jurídica e como instrumento de racionalização das relações sociais”³⁷⁵, até porque, “tanto o Executivo, fruto da insatisfação popular, quanto o Judiciário, por suas ligações explícitas com o soberano (e na França com o Alto Clero), cedem espaço a uma verdadeira predominância do Legislativo”³⁷⁶, este, sim, visto como verdadeiro representante

³⁷³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*, p. 33.

³⁷⁴ FARIA, José Eduardo. *O modelo liberal de direito e Estado*. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e Justiça: A Função Social do Judiciário*, p. 24.

³⁷⁵ FARIA, op. cit., p. 6.

³⁷⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, *Processo Constitucional e a Efetividade dos Direitos Fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, (Coordenadores). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*, p. 217.

do poder soberano do povo³⁷⁷.

Nessa concepção, o Estado Liberal estabelecia como pilares fundamentais do Poder Judiciário, os princípios da neutralidade e imparcialidade e considerava os Juízes, simples aplicadores ou executores das normas vigentes, “vinculando-os em sua ação interpretativa, negando-lhes qualquer poder criativo e impedindo que os tribunais”³⁷⁸ exercessem ou ditassem “as regras de conduta a partir de sua própria existência”³⁷⁹.

É nesse panorama histórico que se deve visualizar o papel do Poder Judiciário, enquanto intérprete das normas constitucionais, cujos pilares da neutralidade e imparcialidade eram compatíveis com o Estado Constitucional Liberal, mesmo porque o Estado não tinha papel ativo na Sociedade, apenas intervinha para garantia dos direitos dos cidadãos, quando estes fossem violados, sendo que quem representava a vontade do povo era o Poder Legislativo, que não podia de nenhuma forma, ter seu exercício limitado pelo Poder Judiciário.

Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o apego do Estado Liberal à lei como fonte única do direito e, portanto, reforçando a idéia de que o ato jurisdicional nada mais era do que o processo de subsunção do fato à norma, fez com que o juiz se neutralizasse para “o jogo dos interesses concretos na formação legislativa do direito”³⁸⁰. Dessa forma, não importava ao Judiciário se os interesses da sociedade eram atendidos ou não por suas decisões, o que interessava era que se aplicasse a lei, de forma mecânica, ao caso concreto. Nessa concepção, a jurisdição não era vista como um ato decorrente e aplicador da justiça, mas apenas, aplicador da lei.

A explicação desta neutralização do Poder Judiciário, limitando seu papel enquanto mero aplicador da lei (esta, sim, legítima e fruto da vontade do povo), decorre da Revolução Francesa, na qual se buscou limitar o papel exercido pelos Magistrados (“*noblesse du robe*”), que afinal, estavam ao lado do Rei, do Estado

³⁷⁷ Ressalta-se que, como visto no capítulo anterior, a evolução dos direitos fundamentais nos EUA ocorre de forma diversa da Europa. Neste sentido ver: ZAGREBELSKI, Gustavo, op. cit., p. 54-58; e AMARAL, Gustavo, op. cit., pp. 53-55.

³⁷⁸ FARIA, op. cit., p. 6.

³⁷⁹ Ibid., ibidem.

³⁸⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência?* Dossiê Judiciário, Revista USP nº 21. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/n21/numero21.html>>. Acesso em: 14 fev. 2004.

Absolutista.³⁸¹

Por outro lado, o Poder Executivo também exercia mera “função assecuratória/policial da sociedade, o qual seguia o pressuposto de um Estado mínimo, não intervencionista”³⁸², em conformidade com os pressupostos do Estado Liberal.

Nesse panorama, os direitos fundamentais eram vistos apenas na sua concepção negativa, como direitos de defesa a serem exercidos frente ao Estado e aos outros indivíduos. Confirma-se a explicação de José Carlos Vieira de Andrade a respeito:

Os direitos fundamentais triunfaram politicamente nos fins do século XVIII com as revoluções liberais. Aparecem, por isso, fundamentalmente, como *liberdades*, esferas de autonomia dos indivíduos em face do poder do Estado, a quem se exige que se abstenha, quanto possível, de se intrometer na vida econômica e social. São liberdades sem mais, puras autonomias sem condicionamentos de fim ou de função, responsabilidades privadas num espaço autodeterminado.

...

Neste contexto, os direitos fundamentais eram vistos como *liberdades*, cujo conteúdo era determinado pela vontade do seu titular (e tendia a incluir a possibilidade de não exercício), ou como *garantias*, para assegurar em termos institucionais a não intervenção dos poderes públicos – em qualquer caso, enquanto *direitos de defesa (Abwehrrechte)* dos indivíduos perante o Estado.³⁸³

A visão de Poder Judiciário neutro e imparcial, apenas como aplicador técnico da lei, com o Direito que protegia apenas a liberdade individual – enquanto liberdade negativa, de não impedimento – tem lógica com a concepção de Estado Liberal Burguês. Não obstante, esta posição do Direito no Estado Liberal funcionou como um obstáculo intransponível até o final do século XIX,

³⁸¹ A França até hoje sofre as conseqüências da Revolução Francesa, de desconfiança dos magistrados, na medida em que não existe ainda hoje um Poder Judiciário autônomo dos demais. Neste sentido confirma-se as palavras do Procurador Geral da “*Cour de Cassation*” da França: “Il faut donc, dans cette perspective, instaurer pour la justice une place institutionnelle qui soit à la mesure de ses responsabilités de demain **c’est-à-dire créer un pouvoir judiciaire**. On ne peut, si l’on a une telle ambition que mesurer l’inadéquation du système juridictionnel français, fondé avant tout sur la méfiance à l’égard des juges, sur leur division en ordres séparés, sur le caractère très administratif de leur organisation. **Il semblerait plus judicieux, à présent, de prendre acte de l’affaiblissement des pouvoirs exécutif et législatif et de porter tous nos efforts institutionnels vers la création d’un véritable pouvoir juridictionnel**. La justice est, au fond, avec la culture, le dernier domaine où le génie français peu apporter un message significatif à un monde occidental à la recherche de valeurs que justifient sa civilisation.” (g.n.) (BURGELIN, Jean-François. *Une justice à reconstruire*. Revue du Droit Public, n° 1/2, Éditions LGDJ, Paris, 2002, p. 121)

³⁸² CRUZ, A. R. S., op. cit., p. 218.

³⁸³ VIEIRA DE ANDRADE, J.C., op. cit., p. 49-51.

quando a doutrina da solidariedade permitiu pensar um direito dos pobres a partir das idéias de reciprocidade e de troca.³⁸⁴

4.2.2 Estado Social

Somente com a crise do capitalismo concorrencial e a crise da economia no período industrial, é que o Estado foi chamado a intervir, vindo, então, a nascer o Estado Social ou Estado Providência.³⁸⁵

No século XIX, a exploração dos trabalhadores pelos detentores do capital é tamanha, que o Estado é forçado a limitar a liberdade contratual existente, a fim de se oferecer um mínimo de dignidade às classes trabalhadoras, como forma de reverter o mundo de injustiças, derivado da liberdade individual e concorrência econômica, uma vez que “a liberdade contratual entre empresários e trabalhadores tivera como resultado uma exploração social infrene, que reduziu massas humanas a um nível degradante da sua dignidade”³⁸⁶, o que deixou, inclusive, a burguesia numa situação de insegurança.

Por conseguinte, os direitos sociais nascem justamente no período da sociedade industrial, após diversas manifestações sociais por parte dos trabalhadores, para proteger a classe operária e assalariada do risco profissional a que estavam sujeitos³⁸⁷, impondo ao Estado certos deveres de prestações positivas a fim de melhorar as condições de vida de seus cidadãos, bem como, promover a busca da igualdade material entre eles.³⁸⁸

Insta conferir as palavras de Luís Roberto Barroso, ao explicar a passagem histórica da Constituição Liberal Burguesa para a Constituição Social:

³⁸⁴ EWALD, François. *Histoire de L'État Providence*, p. 31.

³⁸⁵ Para saber mais sobre o surgimento do Estado Providência ler : EWALD, François. *L'Etat Providence*, Paris, Bernard Grasset, 2003.

³⁸⁶ VIEIRA DE ANDRADE, J. C., op. cit., p. 55-56.

³⁸⁷ EWALD, F., *Histoire de L'État ...*, op. cit., p. 290.

³⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas...*, op. cit., p.101.

O avanço do socialismo científico – não apenas no campo da propagação de idéias, mas de sua efetiva adoção como forma de organização político-econômica por um terço da humanidade – rompeu a dogmática unitária do constitucionalismo liberal. O primeiro pós-guerra assiste ao surgimento do constitucionalismo social, na fórmula de compromisso entre a burguesia e o proletariado em ascensão. Já não há mais o “monopólio ideológico” dos princípios a serem gravados na constituição. Preservados, embora, os postulados essenciais do liberal-capitalismo, elas incorporam a tutela de alguns interesses das classes trabalhadoras e dos desfavorecidos em geral. Obrigada a ceder no plano da superestrutura jurídica, a resistência burguesa se transferiu para a tentativa de minimizar, na prática, o avanço social, inclusive pela negação do caráter jurídico das normas que o propiciavam.³⁸⁹

Álvaro Ricardo de Souza Cruz, no mesmo sentido, explica este crescimento histórico do Estado Social:

Curiosamente, a idéia de uma igualdade real se positiva constitucionalmente, quase que de maneira simultânea, no bloco de países subdesenvolvidos (México/1917) e de países desenvolvidos (Alemanha/1919), ambos saídos de dolorosas guerras (movimento de Emiliano Zapata e Primeira Guerra, respectivamente), que exaurem por completo suas economias. Ambos assistem a revoltas populares que empolgam a população, mesmo diante de uma terrível e sangrenta repressão.

(...)

Toda a sociedade torna-se credora/cliente do Estado, cobrando-lhe prestações positivas que permitam uma melhoria na qualidade de vida do proletariado. Direitos sociais e coletivos são consagrados constitucionalmente. Consolidam-se sistemas públicos de previdência e assistência sociais. A saúde pública, preventiva e repressiva, expande-se na ocasião.

Até mesmo países capitalistas desenvolvidos como os Estados Unidos assistem a tais mudanças. Interessante perceber que é justamente na América que se dá o parto da primeira legislação antitruste do mundo (Sherman Act/1890 e o Clayton Act/1914), bem como a mais famosa intervenção do Estado na Economia, através da política governamental do New Deal.³⁹⁰

O Estado intervencionista procura “neutralizar as distorções econômicas geradas na sociedade, assegurando direitos afetos à segurança social, ao trabalho, ao salário digno, à liberdade sindical, à participação no lucro das empresas, à educação, ao acesso à cultura, dentre outros”³⁹¹, surgindo, assim, uma nova categoria de direitos, “designados por *direitos a prestações*”³⁹².

Desse modo, “enquanto os direitos individuais funcionam como um escudo protetor em face do Estado, os direitos sociais operam como “barreiras defensivas

³⁸⁹ Ibid., p. 108.

³⁹⁰ CRUZ, A. R. S., op. cit., p. 220

³⁹¹ BARROSO, L. R., *O direito constitucional ...*, op. cit., p. 101.

³⁹² VIEIRA DE ANDRADE, J. C., op. cit., p. 56.

do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos”³⁹³. Isso exige comportamentos positivos do Estado, ou como explica José Carlos Vieira de Andrade, os direitos sociais ou prestacionais não são direitos contra o Estado, mas, “direitos *através* do Estado”.³⁹⁴

Assim, no Estado Social, procura-se defender a “liberdade positiva, participativa, que não é um princípio a ser defendido, mas a ser realizado”³⁹⁵, mudando a cobrança da sociedade perante os Poderes do Estado, no sentido de “realização da cidadania social e não apenas a sustentação do seu contorno jurídico-formal.”³⁹⁶

José Carlos Vieira de Andrade³⁹⁷ explica os aspectos relevantes dessa nova concepção de direitos fundamentais:

i) Reconhece-se “uma *função social* dos direitos fundamentais em geral”, que passam a ser menos individuais, limitáveis a essa função social;

ii) Estes novos direitos passam a depender de opções políticas, bem como de recursos sociais existentes, ou seja, são “direitos *sob reserva de possibilidade social*”;

iii) Não basta a formalização dos direitos, exigindo-se do Estado a criação de “condições objectivas indispensáveis à efectiva realização prática desses direitos”;

iv) Os direitos passam a ser vistos como valores, e há uma extensão dos direitos fundamentais às relações privadas.

Ao dar extrema relevância aos direitos sociais que, diversamente dos direitos individuais, possuem um sentido promocional prospectivo, os quais se colocam como exigência de implementação pelo Estado, no Estado Social transfere-se a cobrança das prestações sociais perante o Poder Executivo, enquanto promotor de políticas públicas já salvaguardadas.

Do mesmo modo, o aparecimento dos direitos sociais acaba por alterar a função do Poder Judiciário, ao qual, segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

³⁹³ BARROSO, L. R., *O direito constitucional ...*, op. cit., p. 101.

³⁹⁴ VIEIRA DE ANDRADE, J. C., op. cit., p. 57.

³⁹⁵ FERRAZ JÚNIOR, T. S., *O Judiciário frente à divisão dos Poderes...*, op. cit.

³⁹⁶ Ibid.

³⁹⁷ VIEIRA DE ANDRADE, J. C., op. cit., p. 59-60.

(...) perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza).³⁹⁸

Ou seja, o juiz passa a visar à finalidade da norma estabelecadora do direito social em conflito, a qual busca sempre a concretização de seus objetivos primordiais, insertos na Carta Constitucional.

No mesmo sentido, Boaventura de Souza Santos afirma que:

A consolidação do Estado-providência significou a expansão dos direitos sociais e, através deles, a integração das classes trabalhadoras nos circuitos do consumo anteriormente fora do seu alcance. **Esta integração, por sua vez, implicou que os conflitos emergentes dos novos direitos sociais fossem constitutivamente conflitos jurídicos cuja dirimição caberia em princípio aos tribunais, litígios sobre a relação de trabalho, sobre a segurança social, sobre a habitação, sobre os bens de consumo duradouros, etc.etc.**³⁹⁹ (g.n.)

Desse modo, “o direito passa a ser visto como um plexo normativo consubstanciador de bens e valores fundamentais cristalizados pelo texto constitucional”⁴⁰⁰, alterando-se, ainda, a própria idéia de separação rígida de poderes, na medida em que enormes parcelas de poderes são repassadas ao Executivo, que assume as funções de executar as políticas públicas, necessárias a uma melhor qualidade de vida de seus cidadãos.

Por outro lado, mudanças também são refletidas no Judiciário; o juiz começa a mudar seu papel de mero aplicador formal da lei e da Constituição e passa a interpretar o Direito de acordo com a realidade social de sua época, a fim de “trabalhar ativamente para consolidar um novo ideal de justiça, qual seja, o da justiça social distributiva”⁴⁰¹.

Insta salientar que, como visto no capítulo precedente, num primeiro momento da política do *New Deal*, proposta pelo Presidente Roosevelt, no início do *Welfare State*, a Suprema Corte americana invalida todas as normas que,

³⁹⁸ FERRAZ JÚNIOR, T. S., *O Judiciário frente à divisão dos Poderes...*, op. cit..

³⁹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução à sociologia da administração da justiça*. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e Justiça: a Função Social do Judiciário*, p. 43-44.

⁴⁰⁰ CRUZ, A. R. S., op. cit., p. 221.

⁴⁰¹ *Ibid.*, *ibidem*.

intervindo na sociedade, contrariam, de alguma forma, a liberdade contratual. Somente a partir de 1937, que a Corte, verificando a necessidade social decorrente da crise do liberalismo e da queda da bolsa, aceita a intervenção do Estado na economia e passa a julgar válidas todas as normas editadas a respeito do *New Deal*.

É nesse contexto histórico de embate entre o liberalismo e o intervencionismo, que surgiram, no Estado Contemporâneo, as Constituições com conteúdo social, chamadas de Constituições-dirigentes ou programáticas⁴⁰², cujas normas estabelecem diretrizes, “fins e programas de ação futura no sentido de uma orientação social democrática”⁴⁰³ para o Estado.

Logo, enquanto a proeminência no Estado Liberal foi do Poder Legislativo⁴⁰⁴, no Estado Social, as maiores cobranças recaíram sobre o Poder Executivo para garantia dos direitos fundamentais, o qual alterava também o papel do Poder Judiciário. Cabe, agora, a análise do papel destes Poderes no Estado Democrático de Direito, abordando-se, principalmente a problemática existente entre os direitos fundamentais e a democracia no Estado Democrático de Direito estabelecido na Constituição Federal de 1988.

4.2.3 Estado Democrático de Direito

O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 estabelece que “a República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”, o qual tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os

⁴⁰² Cf. CANOTILHO, J. J. G., op. cit., p. 213: “A Constituição da República de 1976 é uma constituição programática porque contém numerosas normas-tarefa e normas-fim definidoras de programas de acção e de linhas de orientação dirigidas ao Estado. Trata-se, pois, de uma lei fundamental não reduzida a um simples *instrumento de governo*, ou seja, um texto constitucional limitado à individualização dos órgãos e à definição de competências e procedimentos da acção dos poderes públicos.”

⁴⁰³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 136-137.

⁴⁰⁴ Mais uma vez salienta-se que esta afirmação não é válida no contexto norte-americano, onde sempre vigiu o sistema de *checks and balances*.

valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Embora o texto exposto na Carta republicana, há uma dificuldade em se compreender a real dimensão do significado desse novo paradigma que é o Estado Democrático de Direito, até porque o Brasil não passou pela fase do Estado Social⁴⁰⁵.

O Estado Social – nos países em que foi realizado – não conseguiu suportar a pressão exercida pela Sociedade para prover todas as prestações sociais que lhe foram exigidas, não arcando com os custos decorrentes de tantas prestações exigidas para que melhorasse a qualidade de vida humana, e, por conseguinte, tornando-se “incapaz de responder às exigências contraditórias de uma sociedade”⁴⁰⁶ que pretendia, “além de um elevado nível de bem-estar, a segurança contra os novos perigos”⁴⁰⁷

Na segunda metade do século XX, começam a surgir movimentos em defesa de minorias: as mulheres buscam direitos iguais; os negros também buscam proteção do Estado para alcançar condições de igualdade e de dignidade; mais recentemente os homossexuais também vêm buscando o reconhecimento e respeito de suas diferenças; e, ainda, as minorias étnicas, religiosas, sociais buscam o reconhecimento de sua diversidade, mediante movimentos em todo o Mundo em busca de uma “sociedade nova, complexa, multifuncional, agregando ao dia-a-dia novas e incríveis conquistas tecnológicas.”⁴⁰⁸

A busca de uma sociedade mais fraterna e solidária e a dignidade humana são pilares do Estado Democrático de Direito, que, por sua vez, desenvolve novos tipos de direitos, os *direitos de solidariedade*, que, como bem explica José Carlos Vieira de Andrade:

São direitos de uma quarta categoria, que não são basicamente direitos de defesa, nem direitos de participação, nem de prestação, principalmente dirigidos ao Estado, mas formam um complexo de todos eles, ‘direitos circulares’, com uma horizontalidade característica e uma dimensão objectiva fortíssima, já que protegem bens que, embora possam ser individualmente atribuídos e gozados, são ao mesmo tempo *bens comunitários* de que todos são titulares – e aliás, não só

⁴⁰⁵ STRECK, L. L., op. cit., p. 3.

⁴⁰⁶ VIEIRA DE ANDRADE, J. C., op. cit., p.61.

⁴⁰⁷ Ibid., ibidem.

⁴⁰⁸ CRUZ, A.R.S., op. cit., p. 222.

todos os vivos, mas ainda os elementos das gerações futuras, na medida em que esteja em causa a sobrevivência da sociedade.⁴⁰⁹

Os direitos fundamentais a prestações sociais “tendem, assim, a constituir discriminações positivas e cada vez menos podem ser concebidos como direitos universais de igualdade”⁴¹⁰, isto é, passa-se a realizar discriminações positivas em proteção de minorias que procuram uma realização de igualdade material, e não mais meramente formal.

O Estado Democrático de Direito tem como pilares básicos a democracia e os direitos fundamentais, daí porque, incontestável o conteúdo político presente na Carta de 1988, visto estar compromissada com a melhoria do nível de vida da sociedade brasileira, com a realização da justiça social, com a erradicação da pobreza e com a diminuição das desigualdades existentes⁴¹¹.

Assim, a democracia fundada com a Constituição Federal de 1988 não se reduz apenas a uma democracia na qual impera a vontade da maioria, mas a uma democracia comprometida com os direitos das minorias, garantidos como direitos fundamentais, com o objetivo de “assegurar a paz e a convivência civil”.⁴¹² Nesse sentido, utilizando-se dos ensinamentos de Luigi Ferrajoli, Lenio Streck explica que “se as normas constitucionais substanciais não são mais que direitos fundamentais, estes pertencem a todos que somos, precisamente, os titulares destes direitos fundamentais”⁴¹³, concluindo que “é nesta titularidade comum que reside o sentido da democracia e da soberania popular”⁴¹⁴.

As principais mudanças que surgem junto com o aparecimento do Estado Democrático de Direito dizem respeito ao papel do Direito e da justiça constitucional, na busca da realização dos valores substantivos estabelecidos pela Carta Constitucional, e principalmente, no que se refere ao papel político nela estabelecido, a fim de se alcançar uma democracia real, na busca de uma

⁴⁰⁹ VIEIRA DE ANDRADE, J. C., op. cit., p. 62.

⁴¹⁰ Ibid., p.64.

⁴¹¹ Constituição Federal de 1988: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

⁴¹² STRECK, L. L., op. cit., p. 100.

⁴¹³ Ibid., ibidem.

⁴¹⁴ Ibid., ibidem.

igualdade efetiva entre seus cidadãos.

Os cidadãos começam a se movimentar de forma ativa, não aceitando mais a espera pelas prestações estatais para poder usufruir de um mínimo de dignidade e passam a se socorrer do Poder Judiciário, como garantidor dos direitos fundamentais que não foram realizados pelo Poder Executivo, quer seja por problemas operacionais ou orçamentários próprios, quer seja por esperar uma regulamentação por parte do Poder Legislativo, para operacionalização, que por sua vez, nunca chega a ocorrer.

Dessa forma, diversamente do Estado Social, no qual a esfera de tensão e a obrigação de realização de políticas públicas haviam sido repassadas ao Poder Executivo; no Estado Democrático de Direito, este papel acaba por ser delegado ao Poder Judiciário, já que é ele quem acaba dando a última palavra na efetivação dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição.

E é aí que o Judiciário passa a ter primazia na Sociedade Contemporânea, posto que é chamado para intervir na proteção dos direitos fundamentais assegurados na grande maioria das Constituições Democráticas.

Ao se ampliar o papel do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais⁴¹⁵, que por sua natureza, possuem conteúdo aberto, acaba-se por exigir que os Juízes interpretem e ditem os valores e conteúdos dos direitos fundamentais, transferindo-se para um Poder não eleito pelo povo, a função de ditar e delimitar os valores escolhidos pela sociedade, e, portanto, em aparente contradição com o princípio democrático.

Para além disso, esta nova dimensão ou categoria de direitos fundamentais presentes nos Estados Democráticos de Direito, tem a função de garantir, por um lado, “a defesa dos *direitos das minorias* (étnicas, religiosas e culturais) e dos

⁴¹⁵ Este aumento de função do Poder Judiciário e o maior acesso à justiça previsto na Carta de 1988 acabaram por levar o Judiciário a uma crise sem precedentes, devido à lentidão nas soluções dos litígios, bem como à desconformidade das decisões com as exigências da sociedade contemporânea. Para saber mais a respeito ver: FÁRIA, José Eduardo. *Direito e Justiça no século XXI: a crise da Justiça no Brasil*. Texto preparado para o seminário “Direito e Justiça no Século XXI”, Coimbra, Centro de Estudos Sociais, de 29 de maio a 1 de junho de 2003. Disponível em: , <<http://www.ces.fe.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2004. Sobre a crise do Judiciário na França, ver: BURGELIN, J. F., op. cit., p. 117-121.

direitos às diferenças (muitas outras); e, por outro, a garantia da coesão social e da igualdade de tratamento”⁴¹⁶

É justamente nessa transferência de poder político ao Judiciário que reside o maior ponto de discordância no âmbito do Direito, na medida em que muitos vêem essa transferência como grave lesão ao princípio da democracia, um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Aqueles que são contrários ao papel político a ser exercido pelo Poder Judiciário, entendem ser contraditórios os conceitos de Estado de Direito e democracia, haja vista os representantes eleitos democraticamente pela população terem menos poder que o Tribunal Constitucional, na realização dos direitos fundamentais constitucionais ou na própria interpretação da Constituição.

Outro momento de tensão que se apresenta, consiste em que, ao proteger as minorias, os direitos fundamentais limitam as maiorias políticas eventuais, criando uma tensão entre direitos fundamentais e democracia, e, em conseqüência, produzindo também um conflito entre o princípio constitucional e o princípio democrático, visto que os direitos fundamentais criam limites negativos e positivos ao processo democrático.

Dito de outro modo, a polêmica que se trava entre os conceitos de democracia e Estado de Direito, e por sua vez entre democracia e direitos fundamentais acaba por levar às seguintes perguntas: “como é possível que juízes (constitucionais ou não), não eleitos pelo voto popular, possam controlar e anular leis elaboradas por um poder eleito para tal e aplicadas por um Poder Executivo também eleito?” e ainda, “o princípio da maioria pode ceder espaço para a supremacia da Constituição que estabelece, em seu texto, formas de controle sobre a assim denominada “liberdade de conformação do legislador”?”⁴¹⁷

Buscar-se-á, no próximo tópico, responder a estas questões, levando-se em conta justamente o papel político a ser realizado pelo Poder Judiciário, por meio de uma hermenêutica constitucional concretizadora dos direitos fundamentais, previstos na Constituição de 1988; bem como, buscando fundamentos para a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, na realização dos direitos

⁴¹⁶ VIEIRA DE ANDRADE, J. C., op. cit., 65.

⁴¹⁷ STRECK, L. L., op. cit., p. 102.

sociais, nas próprias teorias estudadas no primeiro capítulo e na experiência histórica do *judicial review* americano.

4.3

Compatibilidade entre Direitos Fundamentais e Democracia

É sabido e aceito que os direitos fundamentais atuam como limites positivos e negativos à atuação do Estado, e, por consequência, à atuação do legislador, ou seja, devem atuar de modo a não contrariá-los, bem como, têm o dever de promovê-los, restringindo, dessa forma, a atuação dos representantes eleitos pelo povo.

A aparente incompatibilidade existente entre direitos fundamentais e democracia pode ser constatada, uma vez que o povo, enquanto poder soberano, tem as suas ações e suas leis limitadas pelos direitos fundamentais. Veja-se.

A Carta Constitucional de 1988 estabelece em seu artigo 1º que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”⁴¹⁸, nos termos da Constituição, e em seu artigo 14, estabelece que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante plebiscito, referendo ou iniciativa popular”. A questão, então, que se coloca, é como o povo que tem o poder soberano, pode ter suas leis - aprovadas por seus representantes eleitos – limitadas a direitos escolhidos previamente e submetidas a um controle por um poder não eleito por este povo soberano?⁴¹⁹

Ou ainda, como pode o povo atual ser limitado pelo que decidiu o povo constituinte em outra época, delimitando os direitos fundamentais na Constituição Federal?

Entretanto, a questão não pode ser enfrentada de uma forma tão simplista,

⁴¹⁸ Artigo 1º, parágrafo único da Constituição de 1988. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em : <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em : 05 jul. 2005.

⁴¹⁹ TROPER, M., op. cit., p. 330.

como se o controle de constitucionalidade das leis, para verificação de sua compatibilidade com os direitos fundamentais, fosse uma mera questão de intervenção do Judiciário nas funções legislativas, para sua limitação.

Cumpra aqui delimitar que a tensão existente, entre direitos fundamentais e democracia, bem como, entre jurisdição constitucional e democracia, não se restringe apenas aos casos em que o Supremo Tribunal Federal, enquanto jurisdição constitucional no Brasil, exerce o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade das leis editadas pelo Congresso Nacional, declarando a inconstitucionalidade da norma.

Explica-se. Primeiramente, nos casos de controle concentrado em que o Supremo Tribunal Federal declara a constitucionalidade da lei, ou interpreta a lei conforme a Constituição, ou ainda declara sua inconstitucionalidade sem redução de texto, não há qualquer discussão acerca de sua intervenção na esfera legislativa, até porque, nesses casos, está atuando de forma a defender a lei.

Também não há que se falar em tensão com o princípio democrático na declaração de inconstitucionalidade da lei, ou na definição de seu conteúdo material em sede de controle difuso, uma vez que nesses casos, a solução do Judiciário se resume ao caso concreto, não declarando a nulidade ou invalidade da lei que confronta os direitos fundamentais, ou seja, não afeta a vigência da norma, “que se mantém no ordenamento jurídico como manifestação do poder legislativo”⁴²⁰. Nesse sentido, confira-se a explicação de José Carlos Vieira de Andrade:

Mas, mesmo quando a sentença do Tribunal Constitucional aparece a julgar ou a concluir pela inconstitucionalidade de uma norma legal, quer confirme quer infirme a decisão do juiz *a quo*, o Tribunal não está, no fundo, a pôr em causa a função legislativa, mas sim, afinal, a aplicação da norma ao caso concreto, sendo que algumas vezes aquilo que é ‘censurado’ é apenas a interpretação que o juiz faz da norma, interpretação até que pode não corresponder de todo à intenção do legislador, à opção do próprio legislador democrático. De facto, deparamos aqui com situações em que o Tribunal Constitucional, em termos reais ou substanciais, acaba por discordar mais da própria sentença do que da norma que foi aplicada pelos tribunais.⁴²¹

⁴²⁰ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional, Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional*, p. 77-78.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 77.

Já no controle de omissão inconstitucional, o que se tem hoje é uma mera constatação da lacuna do ordenamento jurídico, por parte do Tribunal Constitucional, não havendo uma verdadeira intromissão no Poder Legislativo⁴²², já que a postura assumida pelo Supremo Tribunal Federal foi de apenas comunicar ao Legislativo sua omissão, tanto em sede de ADIn, quanto em sede de mandado de injunção. No entanto, de acordo com a posição assumida mais adiante, haverá neste caso tensão entre a jurisdição constitucional e a democracia, quando aquela, em face de uma omissão legislativa que impeça a execução de um direito fundamental social, assegura este direito fundamental ao cidadão, dando-lhe portanto, conteúdo concreto, tanto em sede de controle difuso, quanto em sede de controle concentrado de constitucionalidade, logo, muitas vezes intervindo, não só na esfera do Legislativo - ao estabelecer a norma a ser aplicada ao caso concreto - mas também, na esfera do Executivo, quando tem que tomar decisão de política pública.

Por outro lado, a tensão que subsiste, quando da declaração de inconstitucionalidade da norma e da retirada de sua vigência do ordenamento jurídico por parte do Tribunal Constitucional, já se encontra um tanto quanto superada na doutrina brasileira, em vista da aceitação, no mínimo, da eficácia negativa dos direitos fundamentais. Ou seja, os direitos fundamentais funcionam como limites à edição de normas infraconstitucionais, por conseguinte, as normas que forem com eles incompatíveis são inconstitucionais.

Delimitada em que momento a tensão entre direitos fundamentais e democracia é mais evidente, não se pode perder de vista que os direitos fundamentais não se destinam apenas ao Poder Legislativo, mas também ao Estado e aos particulares⁴²³, sendo o Estado seu principal destinatário. Cláudio Ari Mello explica que

Quando um determinado Estado vive sob um regime democrático, no qual a competência pela criação legítima do Direito é monopolizada pelo Poder

⁴²² Ibid., p. 78. A respeito da crítica à posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos de Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ver: PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

⁴²³ Ver a respeito SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva, *A aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas e a boa-fé objetiva*, Dissertação de Mestrado, UnB, 2004.

Legislativo, a exclusão de determinados conteúdos normativos do poder de disposição legislativa da população, e a conseqüente limitação do sistema democrático por meio de direitos inflexíveis, parece entrar em choque com a própria razão de ser da democracia.⁴²⁴

Não obstante, esse choque entre direitos fundamentais inflexíveis e democracia é apenas aparente, posto que os direitos fundamentais presentes na Carta Constitucional são tão importantes, que a sua outorga ou a sua limitação não pode ser deixada para ser decidida por uma simples maioria parlamentar.⁴²⁵ Nas palavras de Alexy:

Las normas iusfundamentales que, como las de la Ley Fundamental, vinculan al legislador, establecen lo que debe y lo que no puede decidir el legislador legitimado democráticamente. Desde su perspectiva, fijan prohibiciones y mandatos que limitan su libertad y son, además, normas negativas de competencia que limitan su competencia. En este sentido, se produce necesariamente una colisión entre el principio de la democracia y los derechos fundamentales.⁴²⁶

O que ocorre é que a necessária coalizão entre o princípio democrático e os direitos fundamentais, segundo Alexy⁴²⁷, tem a ver com a distribuição de competências, já elaboradas na própria Carta Constitucional, a qual distribui a competência do Poder Legislativo, nos limites dos direitos fundamentais, apesar de legitimado de forma democrática e direta; bem como, dá a competência ao Poder Judiciário, cujo poder é legitimado de forma indireta, a controlar os atos legislativos que contrariem formalmente os direitos fundamentais.

Nesse sentido, poder-se-ia dizer que os direitos fundamentais possuem tanto uma dimensão democrática, quanto antidemocrática.

Assim, os direitos fundamentais poderiam ser considerados democráticos, pois estão sujeitos a uma concretização preferencialmente democrática e submetida à comunidade política, que delibera, escolhe e decide sobre a realização infraconstitucional dos direitos fundamentais. Também, podem ser considerados democráticos, porquanto os direitos de liberdade, de igualdade e os direitos políticos funcionam como pressupostos jurídico-institucionais da democracia constitucional, o que assegura ao processo democrático, condições de igualdade

⁴²⁴ MELLO, C.A., op. cit., p. 143

⁴²⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 432.

⁴²⁶ Ibid., p. 432

⁴²⁷ Ibid., p. 432-433.

entre todas as pessoas para participação no processo político. E, por fim, são democráticos os direitos fundamentais, porque os direitos de liberdade e igualdade asseguram o desenvolvimento e existência de pessoas que, em geral, são capazes de manter o processo democrático. A liberdade de opinião, a liberdade de imprensa, os direitos eleitorais e outras liberdades políticas asseguram o funcionamento da democracia numa visão procedimental.

De outro modo, Alexy ressalta o caráter antidemocrático dos direitos fundamentais, quando os mesmos exprimem posições jurídicas subjetivas que vinculam os órgãos do Estado, tanto de forma positiva quanto de forma negativa, incluindo aí os órgãos de representação democrática. Ou seja, uma vez que “el sentido de los derechos fundamentales consiste justamente en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la decisión sobre determinadas posiciones del individuo, es decir, en delimitar el campo de decisión de aquella y es propio de las posiciones iusfundamentales”⁴²⁸, aí estaria seu caráter ademocrático ou antidemocrático, baseado na desconfiança do processo democrático como justificativa para subtração dos poderes de decisão da maioria parlamentar.⁴²⁹

Todavia, o que se deve ter em mente, é que os direitos fundamentais buscam a fixação de valores escolhidos previamente pela sociedade, justamente como forma de assegurar o processo democrático, tanto em seu aspecto formal, quanto em seu aspecto material, ou, nas palavras de Cláudio Ari Mello:

(...) os direitos fundamentais são pré-comprometimentos escolhidos pela própria soberania popular, no exercício do poder constituinte originário, e convertidos em direitos constitucionais atribuídos aos indivíduos, inclusive – e sobretudo – em face dos próprios órgãos governamentais criados pelo poder constituinte originário.⁴³⁰

Se não houvesse este pré-comprometimento com os direitos inerentes à pessoa humana, e se essas escolhas pudessem ficar à disposição das maiorias políticas de determinada época ou de determinada sociedade, esta maioria política poderia se prevalecer contra os direitos humanos, atuando de uma forma passional e não racional. Aqueles que atuam no campo político, o fazem movidos por questões imediatas, conjunturais, que, acabam levando a um equívoco e uma

⁴²⁸ Ibid., p. 412.

⁴²⁹ MELLO, C. A., op. cit., p. 147 et. seq.

⁴³⁰ Ibid., p. 144.

confusão, muitas vezes movidos por interesses adversos aos direitos dos demais cidadãos e aos interesses permanentes da comunidade considerada como um conjunto⁴³¹.

No que se refere ao procedimento formal, estabelecido pelos direitos fundamentais, a ser seguido pelo Legislativo, não há muita polêmica a respeito, visto que mesmo os defensores da democracia procedimental ou da democracia enquanto representação da maioria entendem que os direitos fundamentais são democráticos, desde que sirvam a proteger as regras procedimentais da democracia, assegurando as condições de debate público e de decisões coletivas. Aceita-se, portanto, que a jurisdição constitucional pode limitar as leis criadas pela maioria parlamentar que ofendam os direitos políticos, caso seja em defesa do próprio processo democrático.

Destarte, no que diz respeito ao controle procedimental da democracia, e à formalidade das leis editadas pelo Parlamento, nenhuma das teorias estudadas no Primeiro Capítulo se opõe a que as leis devam respeitar os direitos fundamentais de liberdade e os direitos políticos, na medida em que estes visam a assegurar o próprio processo democrático.

Não obstante, o problema que se coloca é quando há limitação material das leis pelo conteúdo dos direitos fundamentais, e mais especificamente quando este conteúdo é ditado pelo Poder Judiciário. Isso ocorre, porque a maioria das normas definidoras de direitos fundamentais tem conteúdo indefinido, ao mesmo tempo que devem ser aplicadas imediatamente⁴³², conforme inclusive, estabelece o artigo 5º, § 1º da Constituição brasileira de 1988⁴³³.

Então, o debate gira em torno da legitimidade democrática do Judiciário ao limitar materialmente as leis editadas pelos representantes eleitos pelo povo, ou seja, ao fazer um julgamento de valores substantivos, tanto da Constituição quanto das leis, posto que verifica se estas são compatíveis com os valores materiais

⁴³¹ GARGARELLA, Roberto, *La Revisión Judicial y la Difícil Relación Democracia-Derechos*. In: *Cuadernos y Debates. Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad. Investigación Colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires*, p. 176.

⁴³² SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes, *Da Hermenêutica à Hermenêutica Constitucional dos Direitos Fundamentais*, p. 112.

⁴³³ O art. 5º, § 1º estabelece que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

previstos na Carta Constitucional, mais especificamente, quanto aos valores substantivos contidos nos direitos fundamentais.

Ora, nas constituições democráticas, os direitos fundamentais são vistos como valores pré-escolhidos pela sociedade, quando do exercício do Poder Constituinte originário, de forma indiscutivelmente democrática, o qual decide estabelecer direitos que não serão modificados por maiorias eventuais.

Habermas, apesar de ser favorável à democracia procedimental, aceita a idéia de que os direitos fundamentais devem existir e ser respeitados, não havendo no caso, ofensa ao princípio democrático.⁴³⁴

Por outro lado, cabe aqui ressaltar as palavras de Friedrich Müller, que defende que só quando respeitados os direitos fundamentais, é que se poderá falar em povo participativo democrático:

(...) só se pode falar enfaticamente de povo ativo quando vigem, se praticam e são respeitados os direitos fundamentais individuais e, por igual [nicht zuletzt], também os direitos fundamentais políticos. Direitos fundamentais não são “valores”, privilégios, “exceções” do poder de Estado ou lacunas nesse mesmo poder, como o pensamento que se submete alegremente à autoridade governamental [obrigkeitsfreudiges Denken] ainda teima em afirmar. Eles são normas, direitos iguais, habilitação dos homens, i.é, dos cidadãos, a uma participação ativa [aktive Ermächtigung]. No que lhes diz respeito, *fundamentam* juridicamente uma sociedade libertária, um estado democrático. Sem a prática dos direitos do homem e do cidadão, “o povo” permanece em metáfora ideologicamente abstrata de má qualidade. Por meio da prática dos *human rights* ele se torna, em função normativa, “povo de um país” [“Staatsvolk”] de uma democracia capaz de justificação – e torna-se ao mesmo tempo “povo” enquanto instância de atribuição global.⁴³⁵

De igual modo, José Afonso da Silva destaca que a democracia se funda nos pilares da liberdade e da igualdade, no sentido de buscar uma igualdade de fato entre os indivíduos, que não lhes é possível de adquirir apenas com a liberdade formal; não num sentido assistencial, mas sim no sentido de que é inadmissível

⁴³⁴ “Neste ponto, é possível enfeixar as diferentes linhas de argumentação, a fim de fundamentar um sistema dos direitos que faça jus à autonomia privada e pública dos cidadãos. Esse sistema deve contemplar os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo. Como no direito racional clássico, esses direitos devem ser introduzidos inicialmente na perspectiva de alguém que não está participando”. HABERMAS, J., op. cit., p. 154.

⁴³⁵ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia*, p. 63-64.

aceitar-se a miséria social num regime democrático.⁴³⁶

José Afonso da Silva explica que o conceito de democracia vem se formando historicamente, não como um valor fim em si mesmo, mas como um meio de “realização de valores essenciais de convivência humana que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do Homem”, ou seja, “um *processo* de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da História”⁴³⁷.

Desse modo, não se pode descartar que “a democracia é regime de garantia geral da realização dos direitos fundamentais”⁴³⁸, daí porque não podem restar dúvidas de que tanto a democracia existe para a realização dos direitos fundamentais, como os direitos fundamentais dão suporte à garantia do processo democrático.

Também Friedrich Müller sustenta a total compatibilidade entre democracia e direitos fundamentais, quando estabelece que a democracia seria o direito de cada pessoa:

A democracia avançada é assim, - e nesse sentido ela vai também um bom pedaço além da estrutura de meros textos – um *nível de exigências*, aquém do qual não se pode ficar – e isso tendo em consideração a maneira pela qual as pessoas devem ser genericamente tratadas nesse sistema de poder-violência [Gewalt] organizados (denominado ‘Estado’): não como subpessoas [Unter-Menschen] não como súditos [Untertanen], também não no caso de grupos isolados de pessoas, mas como membros do Soberano, do “povo” que legitima no sentido mais profundo a totalidade desse Estado. Essa democracia é portanto também um *status negativus* democrático e um *status positivus* democrático. Representa ela um nexu necessário, um nexu legitimador com a organização da liberdade e da igualdade. Isso não é direito natural idealista; isso se acha incorporado no texto das constituições das quais falamos. Democracia significa direito positivo – o direito de cada pessoa.⁴³⁹

Cabe aqui, ainda, tecer algumas considerações a respeito da polêmica que gira em torno da possibilidade do Judiciário determinar o conteúdo dos direitos fundamentais, os quais são entendidos como bens e valores escolhidos pela sociedade.

Existem aqueles que entendem que o Poder Judiciário, por não ser eleito,

⁴³⁶ SILVA, José Afonso. *Poder Constituinte e Poder Popular (Estudos sobre a Constituição)*, p. 46.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 43.

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 47.

⁴³⁹ MÜLLER, F., *Quem é o povo?...*, op. cit., p. 115.

não pode ser considerado como representante da vontade popular e, portanto, não pode determinar o conteúdo dos direitos fundamentais ao proceder o controle de constitucionalidade das leis provenientes do Parlamento. Neste sentido, Mont'Alverne questiona:

“Como conciliar a jurisdição constitucional com o princípio de soberania popular se cotidianamente seu exercício não somente desfaz o que foi realizado pela vontade coletiva representada no poder legislativo, como ainda desloca a discussão do político para seu reduzido recinto, onde a heterogeneidade das tensões sociais jamais estará presente? Não há de se olvidar que a capacidade dialógica dos tribunais para com as forças políticas e sociais presentes em qualquer sociedade é infinitamente menor do que aquela dos espaços do poder legislativo. Discursivamente, somente possuem acesso ao intrincado processo de decisão judicial constitucional especialistas e versados no manejo da dogmática jurídica, episódio que não se constata no âmbito do poder legislativo. Tampouco este saber refinadamente formulado tem se demonstrado imprescindível, uma vez que a natureza da discussão política pode perfeitamente tanto se organizar em ambientes leigos, como pode a população, pela via da participação inclusiva, discernir sobre o que é melhor para si na produção de soluções racionais.”⁴⁴⁰

Ora, não se pode esquecer de que a base do constitucionalismo é justamente que os direitos previstos na Constituição são supremos, logo, não podem ser modificados pela maioria simples com a legislação.⁴⁴¹

Dworkin, inclusive, entende que a transferência de poder político aos tribunais não ofende o princípio democrático, até porque as minorias têm mais chance de serem protegidas na esfera judicial do que na esfera política⁴⁴².

Cabe aqui conferir suas palavras:

Se algum indivíduo ganha mais do que perde quando os tribunais incumbem-se de decidir que direito ele tem, pode ser uma boa pergunta. O acesso aos tribunais pode

⁴⁴⁰ LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto, *Jurisdição Constitucional: um problema da teoria da Democracia Política*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade in Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*, p. 225-226.

⁴⁴¹ STARCK, Christian. *La Legitimité de la Justice Constitutionnelle et le Principe Démocratique de Majorité*. In : *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, p. 59.

⁴⁴² DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p.31. Ver também: CAPPELLETTI, M., *Juízes Legisladores?*, op. cit., p. 100: “também o acesso ao processo judiciário é cheio de obstáculos e dificuldades de toda natureza, de modo a tornar, frequentemente, pouco ‘iguais’ as chances das partes. A tese de Shapiro, no entanto, revela certamente um núcleo de verdade; e a história da sociedade e das instituições, efetivamente, aí está para demonstrar como não raramente certos grupos (raciais, religiosos, econômicos etc) encontraram justamente nos tribunais o acesso e a proteção, sem os quais teriam permanecido inteiramente, ou pelo menos por mais tempo, marginalizados da vida de determinado país”.

ser caro, de modo que o direito de acesso é, dessa maneira, mais valioso para os ricos do que para os pobres. Mas como normalmente, os ricos têm mais poder sobre o legislativo que os pobres, pelo menos a longo prazo, transferir algumas decisões do legislativo pode, por essa razão, ser mais valioso para os pobres....Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas.⁴⁴³

Dessa forma, conclui Dworkin que “não há nenhuma razão para pensar, abstratamente, que a transferência de decisões sobre direitos, das legislaturas para os tribunais, retardará o ideal democrático da igualdade do poder político”⁴⁴⁴, podendo, ao contrário, muito bem promover esse ideal.

Do mesmo modo, Cappelletti também desfaz o raciocínio de que só é democrático o “governo no qual o povo tem o ‘sentimento de participação’”⁴⁴⁵, já que este sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores, o que não acontece na jurisdição, que, ao seu ponto de vista, desenvolve-se em direta conexão com as partes interessadas, “que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas”⁴⁴⁶, concluindo, ainda, que o processo jurisdicional é “o mais participatório de todos os processos da atividade pública”⁴⁴⁷.

Para além disso, não se pode perder de vista que os direitos fundamentais são dotados de uma concepção aberta, contendo “uma estrutura normativa materialmente imprecisa, construída com elementos lingüísticos que remetem a categorias da ética, da justiça ou de outra dimensão da moralidade”⁴⁴⁸, necessitando, por sua vez, para que sejam concretizados, de interpretações, quer seja por parte do Poder Legislativo, quer seja por parte do Poder Judiciário.

Outro ponto de vista que deve ser considerado, é o manifestado por Bruce Ackerman, a respeito da concepção dualista da democracia. Para este autor, devem-se distinguir dois momentos da democracia: (i) um momento de completa

⁴⁴³ DWORKIN, R., *Uma questão de princípio...*, op. cit., p.31-32.

⁴⁴⁴ Ibid., p. 32.

⁴⁴⁵ CAPPELLETTI, M., *Juízes Legisladores*, p. 100.

⁴⁴⁶ Ibid., ibidem.

⁴⁴⁷ Ibid., ibidem.

⁴⁴⁸ MELLO, C. A., op. cit., p. 145.

mudança social pelo povo, normalmente manifestado em épocas de rupturas de sistemas ou em épocas de constituintes em que se vai estabelecer uma nova Constituição; (ii) outro momento de rotina política em que os legisladores votam leis, mas em que não há uma efetiva participação popular.⁴⁴⁹

Levando-se em conta esses distintos momentos, Ackerman entende que não há qualquer incompatibilidade entre jurisdição constitucional e direitos fundamentais, quando a Corte Constitucional declara inválida uma lei que afronta os direitos conquistados arduamente pelo povo e elencados na Carta Constitucional. Sustentando que os direitos decorrentes de larga e efetiva mobilização popular estão acima das leis votadas de forma rotineira pelo Parlamento.

Por conseguinte, o instituto do *judicial review* é legítimo enquanto preserve “as decisões provenientes da autoridade de um povo mobilizado, capaz de soberanamente deliberar e instituir as normas e princípios que regulam as suas próprias relações”⁴⁵⁰

Diversamente, não teria, consoante Ackerman, legitimidade o *judicial review* para declarar a inconstitucionalidade de norma que declare direito escolhido por deliberação soberana do povo, quer seja por intermédio de conquistas revolucionárias ou de processo constituinte, período em que há efetivamente uma mobilização popular para participação do processo legislativo. Decorre daí, que os direitos fundamentais não são absolutos, podendo, segundo ele, ser derrocados pelo poder soberano do povo, inclusive por uma Emenda à Constituição.⁴⁵¹

⁴⁴⁹ Ackerman ressalta que “the dualist sees the discharge of the preservationist function by the courts as an essential part of a well-ordered democratic regime. Rather than threatening democracy by frustrating the statutory demands of the political elite in Washington, the courts serve democracy by protecting the hard-won principles of a mobilized citizenry against erosion by political elites who have failed to gain broad and deep popular support for their innovations”. ACKERMAN, B., *We the people...*, op.cit., p. 10. “(...) os dualistas vêem a liberação da função preservacionista das cortes como uma parte essencial de um regime democrático organizado. Ao invés de ameaçar a democracia frustrando as demandas legais da elite política em Washington, as cortes servem a democracia protegendo os princípios fundamentais de uma mobilizada cidadania contra a erosão pelas elites políticas que não conseguiram ganhar grande e sustentável apoio popular para suas inovações.” Confira-se também: CITTADINO, G., *Pluralismo...*, op.cit., p. 192-199.

⁴⁵⁰ CITTADINO, G., *Pluralismo...*, op. cit., p. 199.

⁴⁵¹ Ressalta-se que na Constituição brasileira há vedação expressa a respeito, no artigo 60, §4º, ao estabelecer que “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir

Cláudio Pereira de Souza Neto explica que na concepção dual de democracia, a legitimidade da jurisdição constitucional se justifica “no dever de efetivar os valores fundamentais da comunidade, expressos no momento constituinte”⁴⁵², ou seja:

Como a política ordinária se caracteriza, para este ponto de vista, como um mero embate entre elites políticas, desprovido de compromisso ético, não há razão para preferi-lo em lugar dos momentos de alta dignidade valorativa, que são os momentos constituintes.⁴⁵³

Sob esta perspectiva, a legitimidade democrática do judiciário consiste no fato de ser considerado como “um guardião desse grande momento em que se forja a identidade da nação”⁴⁵⁴, no qual, por sua vez, são estabelecidos os direitos fundamentais, num momento democrático “mais democrático” do que o da elaboração das leis ordinárias, razão por que não haveria qualquer incompatibilidade entre a democracia e a proteção dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional.

Para além desta perspectiva, Ackerman aceita que a Suprema Corte não só interprete e proteja os direitos conquistados pelo povo em momentos de efetiva mobilização, mas que também se abra às novas necessidades da sociedade, procurando conciliar as conquistas históricas, com a mudança de pensamento e necessidade da própria sociedade. Assim como aconteceu na época do *New Deal*, em que a Suprema Corte, após declarar inconstitucionais diversas leis editadas pela política do Presidente Roosevelt, por entendê-las contrárias à liberdade contratual e ao liberalismo econômico, muda de entendimento, vendo a crise do liberalismo e a crise pela qual passa a sociedade americana após a queda da bolsa⁴⁵⁵.

A este respeito, Giselle Cittadino conclui que:

Não há dúvidas, portanto, que a hermenêutica constitucional proposta por Ackerman, qualquer que seja a conjuntura histórica – cidadania mobilizada ou

os direitos e garantias individuais”. Desta forma, no direito brasileiro, para que possa ser abolido um direito fundamental só por meio de novo processo constituinte, mesmo assim o tema não é pacífico em virtude do princípio da proibição do retrocesso social.

⁴⁵² SOUZA NETO, C. P., *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade...*, op. cit., p.40

⁴⁵³ Ibid., ibidem.

⁴⁵⁴ Ibid., ibidem.

⁴⁵⁵ ACKERMAN, B., op. cit., p.121.

ausência dela -, deve estar orientada ou pela salvaguarda dos valores forjados pelo povo nos momentos decisivos de sua história constitucional ou pela adoção de soluções constitucionais compatíveis com os novos valores que representam a renovação da sua identidade política.⁴⁵⁶

Esta constatação também é feita por Philippe Blachèr, que entende que o juiz constitucional pode ser qualificado como representante “*du souverain*”, na medida em que ao interpretar os princípios constitucionais, ele põe em acordo o povo atual e seus representantes com os princípios fundadores formulados pelo povo perpétuo (*le peuple perpétuel*). E acrescenta que nem o povo que elaborou a Constituição e nem o juiz constitucional são os autores soberanos de uma constituição que, de qualquer forma, não está terminada, porém sempre em vias de realização⁴⁵⁷.

Or, comme le souligne Dominique Rousseau, « les principes fondateurs ne sont pas des choses définitivement solidifiées au moment historique de leur éniociation ». Par son interprétation des principes constitutionnels, le juge établit un pont entre les deux instances du peuple : le peuple des vivants et les principes posés antérieurement par ses ancêtres. A l’image de la Cour suprême américaine, le Conseil constitutionnel se présente comme un « médiateur constitutionnel » entre le « peuple transtemporel » et le « peuple actuel ».⁴⁵⁸

Ainda no que diz respeito à legitimidade democrática da jurisdição constitucional, Gustavo Amaral traz à baila alguns acontecimentos na história recente do Brasil, que acabaram por dar uma maior legitimidade democrática ao Poder Judiciário brasileiro, além da já prevista competência que lhe é dada pela Constituição.

Na transição do regime militar para o regime democrático, aborda o autor os dados sociológicos que acabaram por gerar descrédito dos cidadãos em relação ao

⁴⁵⁶ CITTADINO, G., *Pluralismo...*, op. cit., p. 203.

⁴⁵⁷ BLACHÈR, P., op. cit., p. 191.

⁴⁵⁸ “Ora, como ressalta Dominique Rousseau, ‘os princípios fundadores não são coisas definitivamente solidificadas no momento histórico de sua enunciação’. Por sua interpretação dos princípios constitucionais, o juiz estabelece uma ponte entre as duas instâncias de povo: o povo dos vivos e os princípios estabelecidos anteriormente por seus ancestrais. À imagem da Corte suprema americana, o Conselho constitucional se apresenta como um ‘mediador constitucional’ entre o ‘povo transtemporal’ e o ‘povo atual’”. BLACHÈR, P., op. cit., p. 190.

governo, ao mesmo tempo em que legitimavam o Poder Judiciário e seu papel ativo⁴⁵⁹.

Assim, cabe aqui lembrar o momento histórico por que passou o Brasil:

Houve, no final do período de distensão, o ressurgimento da sociedade civil. Despertado pelo movimento das Diretas Já, que culminou com a frustração causada pela rejeição da emenda Dante de Oliveira, o civismo ressurgiu com a vitória de Tancredo Neves no colégio eleitoral para, em seguida, desaguar em sua trágica morte, gerando comoção pública nacional que talvez só tenha paralelo em dois ou três outros eventos, se tanto.

Assume o poder José Sarney, que era homem ligado ao movimento militar, à ditadura, embora não à sua face mais truculenta, e não carregava em si o catalisador dos anseios da sociedade, que estava com Tancredo. Passado quase um ano, surge o Plano Cruzado que recebe instantaneamente apoio quase que unânime da sociedade. Vêm as eleições para a Assembléia Nacional Constituinte, onde o partido governista elege a quase totalidade dos governadores e a ampla maioria dos parlamentares, escorado no Plano Cruzado. O plano veio a ser drasticamente modificado nos dias seguintes ao pleito, gerando ampla sensação de logro.

(...)

Vem a primeira eleição direta para presidente e é eleito Fernando Collor de Mello, que, com a retórica de combater as elites encasteladas no poder, apresenta plano mirabolante que congela a maior parte da moeda e consegue, de uma hora para outra, reduzir a um dígito a inflação, então em assombrosos 85% em um único mês. O Plano fracassa, a inflação volta e os recursos continuavam bloqueados, contratos foram violados e mais adiante, a sociedade vê estarrecida uma briga familiar trazer à tona atos de corrupção, enriquecimento ilícito e um rosário de infrações que pouco tempo antes nem mesmo os mais radicais teriam conseguido imaginar. O povo vai às ruas, ironicamente convocado pelo próprio presidente, e dá início a um processo que desaguaria no impedimento de Collor.

Dentro dessa evolução da história recente do país, a confiança nos poderes constituídos foi sendo erodida.

Quem ocupa o cenário como campeão da cidadania é o Poder Judiciário, não por sua cúpula, mas por suas bases, que paulatinamente fizeram tabula rasa do bloqueio de recursos, dos expurgos das aplicações financeiras. Somou-se também a isso o ativismo do Ministério Público, que na percepção comum é visto como ligado “à Justiça”.

Esses fatores históricos e sociológicos causaram uma legitimação popular à intervenção do Judiciário em decisões da Administração e do Legislativo, bem como deu a alguns de seus membros certa sensação de “campeões de cidadania”, isso tudo associado a um pré-conceito de que as decisões governamentais, executivas ou legislativas, não tinham a coisa pública e o bem comum em tão elevada conta quanto deveriam.⁴⁶⁰

⁴⁵⁹ Em sentido contrário, ver Martonio Mont’Alverne: “Especificamente sobre o comportamento do STF nos últimos dez anos quando o Brasil teve a implantação de dois programas econômicos de superação da crise econômico-financeira por meio dos Planos Collor e Real, o controle jurisdicional da constitucionalidade funcionou com a garantia da execução destes planos, viabilizando sua realização”, entendendo que o mesmo atuou como órgão do governo. (LIMA, M. M. B., op. cit., p. 216.)

⁴⁶⁰ AMARAL, G., op. cit., p. 19-21.

Este momento de descrédito dos representantes eleitos⁴⁶¹ não aconteceu só no Brasil. Afirma Mauro Cappelletti que este declínio da confiança nos parlamentos aconteceu em diversos países⁴⁶²:

De um lado, os parlamentos demonstraram o caráter fantasioso da sua pretensão de se erigirem em instrumentos onipotentes do progresso social. Demasiadas leis foram emanadas demasiadamente tarde, ou bem cedo tornaram-se totalmente obsoletas; muitas se revelaram ineficazes, quando não contraprodutivas, em relação às finalidades sociais que pretendiam atingir; e muitas, ainda, criaram confusão, obscuridade e descrédito da lei. Nem se esqueça que os parlamentos, nas sociedades pluralísticas, compõem-se na maior parte de políticos eleitos localmente, ou vinculados eleitoralmente a certas categorias ou grupos. Os valores e prioridades desses políticos são, por isso, muito amiúde valores e prioridades locais, corporativos ou de grupo.⁴⁶³

Martonio Mont'Alverne não poupa críticas à suposta legitimidade democrática do Poder Judiciário, questionando se é compatível com a democracia, a detenção do monopólio de interpretação da Constituição, por parte da Corte Constitucional, ou seja, “de precisar o significado do poder constituinte por meio de sua atividade de controle da constitucionalidade, equiparando-se, assim, ao próprio poder constituinte”⁴⁶⁴? Veja-se:

O que não deve ser olvidado ou minimizado é que esta ação afirmativa legitimadora teve sua origem num poder do Estado – o judiciário – cuja intervenção do povo no seu funcionamento e na escolha de seus membros é inexistente, ao mesmo tempo em que seu poder de mudar os destinos de governos é incomensurável. Essa desproporção política do sistema é que compromete o grau de democracia, já que a definição institucional de democracia no Brasil, objetivamente, reside na formulação expressa pelo art. 14 da Constituição Federal, sugerindo que a soberania popular não se esgotou no momento de promulgação da Constituição. A atuação do STF insinua que o controle jurisdicional da

⁴⁶¹ E continua acontecendo, se tivermos em conta o caso recente do “mensalão” pago pela cúpula do governo a partidos que compõem a base, com a finalidade de obter apoio em votação de projetos no Congresso. Cf. **Revista Veja**, edição 1910, ano 38, n. 25, 22 de junho de 2005, p. 47-67

⁴⁶² Veja-se mais esta crítica: “os sistemas representativos de governo andavam orgulhosos do convencimento de incorporar, pela sua própria natureza, o consenso dos governados: o povo vivia sob o império da lei por ele mesmo estabelecida, por meio de representantes por ele eleitos. Mas hoje (...) tornou-se extremamente longo e sutil o fio que une o voto dado pelo cidadão, para a eleição de membro do parlamento, com as numerosas decisões da autoridade pública, que exercem os seus efeitos sobre a esfera daquele cidadão; é necessária muita força de imaginação para pensar que tais decisões estejam baseadas numa lei que, no ápice, as tenha autorizado. Assim, o cidadão fica sempre mais em dúvida quanto à “legitimação” dessas decisões. E esta posição de dúvida é um fenômeno (...) que pode ser encontrado em todos os países industrializados do Ocidente.”(KOOPMANS, T. *Legislature and Judiciary: Present Trends*. Apud CAPPELLETTI, M., *Juízes...*, p. 45-46.)

⁴⁶³ CAPPELLETTI, M., *Juízes...*, op. cit., p. 44.

⁴⁶⁴ LIMA, M. M. B., op. cit., p. 204.

constitucionalidade de leis e atos normativos não é um instrumento que serve à Constituição, mas sim serve ao próprio Estado, apesar de a defesa incondicional desse controle não cansar de repetir que sua missão de apóstolos é defender a sociedade contra os abusos do Estado.⁴⁶⁵

Entretanto, é justamente no sentido de defender a soberania popular e o próprio poder constituinte – que não é temporário, mas permanente – que a jurisdição constitucional atua, para manter sua vontade sempre respeitada. Assim sendo, se a jurisdição constitucional é investida pelo poder constituinte e, conseqüentemente, pela Constituição, do poder de controlar a lei de acordo com a Constituição, é precisamente com a intenção de assegurar a permanência da representação do poder constituinte. Nas palavras de Philippe Blachèr:

Le « peuple constituant » a besoin d'un représentant pour exprimer sa volonté. Puisqu'il est censé être l'auteur des principes fondateurs du système juridique et que sa volonté est présumée supérieure par rapport à celle des représentants, il faut bien que sa volonté ne s'épuise pas dans le moment constituant. Le constitutionnalisme suppose que la volonté du souverain dure, qu'elle soit continue.

Si le juge constitutionnel est investi, par la Constitution, du pouvoir de contrôler la loi par rapport à la Constitution, c'est pour assurer la permanence de la représentation du pouvoir constituant.⁴⁶⁶

Desse modo, o que se verifica é o próprio poder constituinte dar legitimidade à jurisdição constitucional para controlar se as leis elaboradas pelos poderes constituídos estão de acordo com a Constituição, restando claras, tanto a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, determinada pelo Poder Constituinte, como a limitação dos poderes constituídos, os quais por sua vez, por própria determinação do poder constituinte, não podem ser considerados absolutos, até porque não são manifestados em época de estrita participação popular.

Por fim, cabe trazer aqui as palavras de Fábio Konder Comparato:

⁴⁶⁵ Ibid., p. 217-218.

⁴⁶⁶ “O ‘povo constituinte’ tem necessidade de um representante para exprimir sua vontade. Posto que ele é supostamente o autor dos princípios fundadores do sistema jurídico e que sua vontade é presumidamente superior àquela de seus representantes, é necessário que sua vontade não se esgote no momento constituinte. O constitucionalismo supõe que a vontade do soberano é duradoura, que ela seja perpétua. Se o juiz constitucional é investido, pela Constituição do poder de controlar a lei em relação à Constituição, é para assegurar a permanência da representação do poder constituinte.” BLACHER, P., op. cit., p. 191-192.

Na Idade Moderna, só se pode considerar democrático o regime político fundado na soberania popular, e cujo objetivo último consiste no respeito integral aos direitos fundamentais da pessoa humana. A soberania do povo, não dirigida à realização dos direitos humanos, conduz necessariamente ao arbítrio da maioria. O respeito integral dos direitos do homem, por sua vez, é inalcançável quando o poder político supremo não pertence ao povo.

O Poder Judiciário, como órgão de um Estado democrático, há de ser estruturado em função de ambas essas exigências. Ressalte-se, contudo, que, diferentemente dos demais poderes públicos, o Judiciário apresenta uma notável particularidade. Embora seja ele, por definição, a principal garantia do respeito integral aos direitos humanos, na generalidade dos países os magistrados, salvo raras exceções, não são escolhidos pelo voto popular.

Na verdade, o fator que compatibiliza o Poder Judiciário com o espírito da democracia (no sentido que Montesquieu conferiu ao vocábulo) é um atributo eminente, o único capaz de suprir a ausência do sufrágio eleitoral: é aquele prestígio público, fundado no amplo respeito moral, que na civilização romana denominava-se *auctoritas*; é a legitimidade pelo respeito e a confiança que os juízes inspiram no povo. Ora, essa característica particular dos magistrados, numa democracia, funda-se essencialmente na independência e na responsabilidade com que o órgão estatal em seu conjunto, e os agentes públicos individualmente considerados, exercem as funções políticas que a Constituição, como manifestação original de vontade do povo soberano, lhes atribui.⁴⁶⁷

Ultrapassada a argumentação acima, passa-se agora a refletir sobre os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988, para depois enfrentar como eles podem ser concretizados por uma jurisdição constitucional comprometida com os valores escolhidos pela Sociedade.

4.4 Os Direitos Sociais enquanto Direitos Humanos Fundamentais

Historicamente, os direitos sociais surgiram com o advento do Estado Providência, como conseqüência às críticas elaboradas pelos socialistas às declarações individualistas, bem como, em razão das conseqüências trágicas do desenvolvimento capitalista, apoiado na igualdade de todos perante a lei e na liberdade de contratar, e, ainda, como forma de proteção aos trabalhadores em virtude do risco profissional e do aumento crescente do desemprego e da miséria.

No entanto, diversamente dos direitos individuais que exigiam apenas dever

⁴⁶⁷ COMPARATO, Fábio Konder, *O Poder Judiciário no regime democrático*, p. 151.

de abstenção ou defesa do Estado, os direitos sociais são conceituados como “dimensão dos direitos fundamentais do homem”⁴⁶⁸, que demandam “prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a equalização de situações sociais desiguais.”⁴⁶⁹ Vale-se, assim, “como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.”⁴⁷⁰

No plano internacional, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 tratou tanto da proteção dos direitos civis e políticos quanto da proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais.

José Eduardo Faria ressalta que, ao tratar dos direitos sociais, a Declaração Universal de Direitos Humanos “substitui a idéia de um Estado sem qualquer outro compromisso, a não ser o de garantir a ordem com base numa lei de liberdade, que constitui a essência dos ‘direitos humanos de primeira geração’, pela noção de um Estado pró-ativo”⁴⁷¹. E continua: “ou seja, um Estado capaz de tornar as relações sociais econômicas mais equilibradas, mediando os conflitos coletivos e neutralizando as diferenças de classe ao proteger os mais fracos”⁴⁷², convertendo-se estes em detentores de “determinados direitos perante os poderes públicos, seja impondo limitações à liberdade de contratar dos mais favorecidos, seja regulando o mercado, induzindo a demanda, perseguindo o pleno emprego, impondo padrões salariais mínimos e adotando políticas redistributivas por vias fiscais.”⁴⁷³

Apesar de a Declaração Universal ter estabelecido a indivisibilidade dos direitos humanos, os Pactos Internacionais trataram separadamente referidos

⁴⁶⁸ SILVA, J. A., *Curso...*, op. cit., p. 277.

⁴⁶⁹ Ibid., ibidem.

⁴⁷⁰ Ibid., ibidem.

⁴⁷¹ FARIA, José Eduardo. *O artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos do Homem: Algumas notas sobre suas condições de efetividade*. In: PIOVESAN, Flávia (Org.). *Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*, p. 598.

⁴⁷² Ibid., ibidem.

⁴⁷³ Ibid., ibidem.

direitos, ensejando dúvidas quanto a sua aplicação, entendendo parte da doutrina que enquanto os direitos civis e políticos seriam auto-aplicáveis, os direitos econômicos, sociais e culturais dependeriam de uma prestação do Estado-parte, e sua aplicação teria caráter progressivo, não ensejando aplicação imediata.

Ora, para Flávia Piovesan esta questão encontra-se superada uma vez que, tendo a Declaração Universal estabelecido a indivisibilidade⁴⁷⁴ dos direitos humanos, deve-se ter como “definitivamente afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe de direitos (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer observância”⁴⁷⁵, concluindo que, do ponto de vista do direito internacional “está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais”⁴⁷⁶, devendo ser reconhecidos como “autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis”⁴⁷⁷.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela ONU em 1966⁴⁷⁸, reconhecendo a dignidade da pessoa humana, vem reconhecer também que “o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria não pode ser realizado, a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos”⁴⁷⁹, bem como estabelecer diversos direitos da pessoa humana a serem respeitados e adotados pelos Estados-partes, tais como:

⁴⁷⁴ No mesmo sentido, v. MELLO, Celso Albuquerque. *A Proteção dos Direitos Humanos Sociais nas Nações Unidas*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*, p. 223: “A questão da indivisibilidade dos direitos humanos é tão grave e séria que conduz alguns a criticarem de modo categórico a divisão de tais direitos em gerações. Esta é a posição do brasileiro que é o maior especialista em DI dos Direitos Humanos, Antonio Augusto Cançado Trindade. Este autor não se cansa de repetir, em inúmeros trabalhos e livros, que na ordem internacional a primeira geração é a de direitos sociais que se internacionalizaram, através da OIT”.

⁴⁷⁵ PIOVESAN, Flávia. *Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*, p. 240-241.

⁴⁷⁶ Ibid., ibidem.

⁴⁷⁷ Ibid., ibidem.

⁴⁷⁸ Cabe aqui registrar que referido Pacto só foi ratificado pelo Brasil em 1992, após o processo de democratização instaurado com a Constituinte e a Constituição de 1988, caracterizando também no âmbito nacional um processo de reconstrução dos direitos humanos em face do rompimento havido na época do regime militar. Ver PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 50-52.

⁴⁷⁹ Preâmbulo do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

direito ao trabalho, direito ao lazer, direito sindical, direito de greve, direito à saúde, direito à previdência social; direito à educação, etc.

O artigo 2º do referido Pacto, por sua vez, estabelece que: cada Estado-parte compromete-se a adotar medidas “até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos” naquele Instrumento, com a adoção, inclusive de medidas legislativas.

Ora, dessa adoção de medidas progressivas, exigida pelo Pacto, decorre a cláusula de proibição de retrocesso social, ou seja, fica “vedado aos Estados retrocederem no campo da implementação destes direitos. Vale dizer, a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais proíbe o retrocesso ou a redução de políticas públicas voltadas à garantia destes direitos.”⁴⁸⁰

Canotilho, com grande propriedade, explica o fundamento da cláusula de proibição de retrocesso social ou de evolução reacionária, citando uma decisão do Tribunal Constitucional Português, que decidiu que:

(...) a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social⁴⁸¹.

Verifica-se, assim, que no plano internacional os direitos sociais, ou direitos econômicos, sociais e culturais são considerados autênticos direitos humanos que devem ser protegidos e realizados por todos os Estados.

Já no âmbito interno, os direitos sociais são tratados pela Constituição Federal de 1988, como autênticos direitos fundamentais, aplicáveis de imediato e dotados de justiciabilidade. No Brasil, os direitos individuais e sociais surgem na Carta Constitucional 1988, na transição democrática, como um rompimento com o regime militar^{482;483}, e uma forma de reconstrução dos direitos humanos, elevados à

⁴⁸⁰ PIOVESAN, F., *Direitos humanos e o direito constitucional...*, op. cit., p. 183.

⁴⁸¹ Cf. CANOTILHO, J. J. G., op. cit., p. 449. Ver no mesmo sentido: BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, p. 68-71.

⁴⁸² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional...*, op. cit., p. 50-51.

categoria de direitos fundamentais na referida Constituição.

Para justificar o argumento de que os direitos sociais foram alçados à categoria de direitos fundamentais pela Carta Constitucional de 1988, cumpre verificar alguns dispositivos nela previstos.

O Preâmbulo da Constituição estabelece o seguinte:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um **Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.⁴⁸⁴ (g.n.)

O artigo 1º, da Carta Constitucional, por sua vez, estabelece que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, o que demonstra um caráter claramente social de proteção de seus cidadãos.

Também o artigo 3º da Constituição Federal de 1988 dispõe que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. E no § 2º do artigo 5º, consta que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A presença dos dispositivos ora referidos já seria suficiente para afirmar que constitui princípio fundamental da República a proteção e realização dos direitos sociais, mas a Carta Constitucional de 1988 foi além, inovando no que diz respeito à proteção despendida aos direitos sociais, ao estabelecer um capítulo

⁴⁸³ Acerca da normatização presente no regime militar, Gustavo Amaral tece as seguintes considerações “ Havia, então, uma insinceridade normativa, onde os enunciados constitucionais freqüentemente assumiam formas lapidares para serem em seguida solapados ou esvaziados por outras regras.” AMARAL, G., *Direito, escassez & escolha...*, op. cit., p. 9.

⁴⁸⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em : <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em : 05 jul. 2005.

próprio dos direitos sociais dentro do Título II “Dos direitos e Garantias Fundamentais”, bem como tratou sobre a ordem social, de forma independente, no Título VIII, reconhecendo aos direitos sociais *status* de “autênticos direitos fundamentais”⁴⁸⁵, diversamente das Constituições brasileiras anteriores que lhes davam reduzida eficácia e efetividade.

Elenca o artigo 6º da Constituição de 1988 que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, os quais devem ser compreendidos “como autênticos direitos subjectivos inerentes ao espaço existencial do cidadão”⁴⁸⁶

Paulo Bonavides não deixa dúvidas de que os direitos sociais alcançaram a categoria de verdadeiros direitos fundamentais na Constituição de 1988:

A observância, a prática e a defesa dos direitos sociais, a sua inviolável contextura formal, premissa indeclinável de uma construção material sólida desses direitos, formam hoje o pressuposto mais importante com que fazer eficaz a dignidade da pessoa humana nos quadros de uma organização democrática da Sociedade e do Poder.

Em função disso, essa dignidade se fez artigo constitucional em nosso sistema jurídico, tendo sido erigida por fundamento de um novo Estado de Direito, que é aquele do art. 1º da Carta Política da República.

Sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais ‘a Sociedade livre, justa e solidária’, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º). O mesmo tem pertinência com respeito à redução das desigualdades sociais, que é, ao mesmo passo, um princípio da ordem econômica e um dos objetivos fundamentais de nosso ordenamento republicano, qual consta respectivamente do artigo 170, VII e do sobredito art. 3º.⁴⁸⁷

Não obstante não pairar dúvidas a respeito do caráter fundamental dos direitos sociais na Constituição de 1988, não se pode afirmar o mesmo sobre sua efetivação, visto que existem alguns óbices quanto a sua realização, conforme se verá no próximo tópico.

⁴⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*, p.104.

⁴⁸⁶ CANOTILHO, J.J.G., *op.cit.*, p. 446.

⁴⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 642.

4.5

O Ativismo Judicial na Realização dos Direitos Fundamentais Sociais

A relevância que se coloca ao se interpretarem as definições dos direitos sociais reflete-se principalmente no que concerne ao estudo de sua efetividade e na discussão acerca da legitimidade democrática do Judiciário em realizá-los.

A polêmica sobre a efetividade dos direitos sociais se dá porquanto a doutrina tradicional os veja, “não como verdadeiros direitos, mas como garantias institucionais, negando-lhes a característica de direitos fundamentais”⁴⁸⁸, e portanto, dando-lhes pouca garantia e quase nenhum remédio jurídico para dotá-los de efetividade⁴⁸⁹.

Não obstante, José Afonso da Silva ressalta que a doutrina mais recente “vem refutando essa tese, e reconhece neles a natureza de direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais, políticos e do direito à nacionalidade”⁴⁹⁰, reconhecendo-os inclusive como direitos subjetivos públicos⁴⁹¹.

A grande questão que se coloca, nas palavras de José Afonso da Silva:

(...) consiste em buscar mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, ainda concebidas como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática.⁴⁹²

Do mesmo modo, Luís Roberto Barroso entende que a “efetivação dos direitos sociais é, indiscutivelmente, mais complexa do que a das demais

⁴⁸⁸ SILVA, J. A. *Aplicabilidade...*, op. cit., p. 151.

⁴⁸⁹ Neste sentido, a doutrina tradicional, ao tratar dos modelos de positivação dos direitos sociais, apontava as seguintes possibilidades: i) as normas sociais como normas programáticas, ii) as normas sociais como normas de organização; iii) as normas sociais como garantias institucionais. Cf. CANOTILHO, op. cit., p. 444-445.

⁴⁹⁰ SILVA, J.A., *Aplicabilidade...*, op. cit., p.151.

⁴⁹¹ Tese esta também abarcada por SARLET, I. W., *Os Direitos Fundamentais Sociais...*, op. cit.; CANOTILHO, J. J. G., op. cit.; e BARROSO, L. R., *O direito constitucional e a efetividade de suas normas...*, op. cit.

⁴⁹² SILVA, J. A. *Aplicabilidade...*, op. cit., p. 140. No mesmo sentido, Ingo Sarlet entende que os direitos fundamentais sociais são os que merecem maior estudo e debate, por serem eles “os que mais têm suscitado controvérsias no que diz com sua eficácia e efetividade, inclusive quanto à problemática da eficiência e suficiência dos instrumentos jurídicos disponíveis para lhes outorgar a plena realização.” SARLET, I. W., *Os Direitos Fundamentais Sociais...*, op. cit., p.98.

categorias”⁴⁹³, até porque “tutelam, em última análise, interesses e bens voltados à realização da justiça social.”⁴⁹⁴

A controvérsia quanto a efetividade dos direitos sociais se dá não só quando eles impõem um papel negativo ao Estado, mas quando, principalmente, impõem a este uma prestação positiva, uma vez que, enquanto os direitos sociais de defesa (de cunho negativo)⁴⁹⁵ independem, para sua efetivação, de circunstâncias econômicas; os direitos sociais a prestações (de cunho positivo) exigem, para sua efetiva realização, o dispêndio de recursos, “dependendo, em última análise, da conjuntura econômica”⁴⁹⁶.

Vale aqui registrar o estudo aprofundado, realizado por Ingo Wolfgang Sarlet, acerca dos direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988, classificando-os ora como direitos de defesa (negativos), ora como direitos a prestações (positivos), e analisando o problema da efetividade de cada um deles⁴⁹⁷.

Para ele, os direitos sociais de cunho defensivo (direitos sociais negativos ou “liberdades sociais”) “por reclamarem (em princípio) uma atitude de abstenção por parte dos destinatários, virtualmente não costumam ter sua plenitude eficaz e, portanto, sua imediata aplicabilidade questionada seriamente”⁴⁹⁸, logo, não serão eles, a preocupação maior deste trabalho.

Por outro lado, em razão das implicações econômicas geradas pelos direitos sociais prestacionais⁴⁹⁹, ou direitos subjetivos públicos, por exigirem prestações positivas do Estado, e conseqüentemente da maior dificuldade em sua efetivação, devem ser estes objeto de maior atenção.

Em face da exigência de uma atuação do Estado, do qual se pressupõem

⁴⁹³ BARROSO, L. R., *O direito constitucional e a efetividade...*, op. cit., p.107.

⁴⁹⁴ Ibid, ibidem.

⁴⁹⁵ Exemplo clássico de direito social de defesa (de cunho negativo) é o direito de greve previsto no art. 9º da Constituição, cabendo ao Estado apenas a função de abster-se de reprimir e punir os que exercem referido direito.

⁴⁹⁶ SARLET, I. W., *Os Direitos Fundamentais Sociais...*, op. cit., p. 109.

⁴⁹⁷ Ver a respeito: SARLET, I. W., *Os Direitos Fundamentais Sociais...*, op. cit., p.97-124.

⁴⁹⁸ Ibid., p. 115.

⁴⁹⁹ Canotilho ainda distingue os direitos “sociais” em: i) *direitos originários a prestações*, como aqueles que, independente da existência de uma prévia oferta de sistemas ou serviços, podem ser exigidos, de forma imediata, pelo cidadão; e ii) *direitos derivados a prestações*, como aqueles direitos dos cidadãos “a uma participação igual nas prestações estaduais concretizadas por lei, segundo a medida das capacidades existentes”. CANOTILHO, J. J. G., op. cit., p. 447-448. Ver também: SARLET, I. W., *Os Direitos Fundamentais Sociais...*, op.cit, p. 103)

grandes disponibilidades financeiras, é que os direitos sociais prestacionais sofreram, logo, limitação de sua efetivação (do ponto de vista econômico), pela construção dogmática da “reserva do possível”, que conforme Canotilho, traduziria a idéia de que “os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos”⁵⁰⁰.

José Carlos Vieira de Andrade defende a idéia de que os direitos sociais ficam limitados à existência de recursos financeiros por parte do Estado, confira-se:

Na realidade, certos direitos, como, p.ex., os direitos à habitação, saúde, assistência, educação, cultura, etc, dependem, na sua actualização, de determinadas condições de facto. Para que o Estado possa satisfazer as prestações a que os cidadãos têm direito, é preciso que existam recursos materiais suficientes e é preciso ainda que o Estado possa juridicamente dispor desses recursos.

Ora, a *escassez* dos recursos à disposição (material e também jurídica) do Estado para satisfazer as necessidades econômicas, sociais e culturais de todos os cidadãos é um dado da experiência nas sociedades livres, pelo que não está em causa a mera repartição desses recursos segundo um princípio de igualdade, mas sim uma verdadeira *opção* quanto à respectiva afectação material. Por outro lado, essa opção revela-se extremamente articulada e complexa já que a escassez dos recursos disponíveis está intimamente ligada às variações no desenvolvimento económico e social, tornando, por isso, a escolha dependente de um sistema global em que pesam todas as coordenadas que condicionam esse desenvolvimento.

(...) As opções que permitirão definir o conteúdo dos direitos dos cidadãos a prestações positivas do Estado têm de caber, portanto, a um poder constituído. Não certamente ao juiz, na sua função aplicadora, sob a cobertura de uma interpretação, mas sim aos órgãos (politicamente responsáveis) competentes para a definição das linhas gerais das políticas económicas, sociais e culturais ou para sua ‘implementação’. Isto é, em primeira linha, ao legislador, parlamentar ou governamental. O conteúdo dos direitos sociais a prestações é, portanto, em última análise, determinado pelas disposições do legislador ordinário, actuando por delegação constitucional. A ele se destinam as directrizes constitucionais estabelecidas a propósito de cada um dos direitos a prestações.⁵⁰¹

A posição de Vieira de Andrade demonstra bem a resistência que se coloca contra a realização dos direitos fundamentais sociais, quais sejam, a questão dos recursos económicos e financeiros escassos, e portanto, a garantia dos direitos sociais ficaria limitada à disponibilidade financeira ou à “reserva do possível”, como também a questão de que o conteúdo aberto dos direitos sociais só pode ser definido pelos poderes eleitos pelo povo (Legislativo e Executivo) e não pelo

⁵⁰⁰ CANOTILHO, J. J. G., op. cit., p. 451.

⁵⁰¹ VIEIRA DE ANDRADE, J.C., op.cit., pp. 186-187.

Judiciário. Veja-se que tanto em questão de determinação de políticas públicas para definir em que direitos serão aplicados os recursos financeiros do Estado, como em delimitação do conteúdo substantivo dos direitos sociais, o Judiciário estaria a intervir na esfera de atuação dos demais poderes, e, assim, num aparente conflito com o princípio da Separação de Poderes⁵⁰².

Entretanto, o que se pretende é justamente evidenciar que o discurso não é tão simples tal como se expõe, razão pela qual se apresentarão argumentos que demonstrarão que o Judiciário – na ausência de implementação dos direitos sociais pelos poderes eleitos – por meio de um ativismo judicial de interpretação substantiva dos direitos sociais deve buscar sua realização, nem que isso implique em opções políticas. Veja-se.

Um dos grandes argumentos contrários à realização dos direitos sociais de cunho prestacionais é de que os mesmos necessitam de disponibilidade de recursos por parte do Estado, enquanto os direitos civis e políticos, em face de seu caráter negativo, independeriam de qualquer atuação do Estado, mas apenas de sua abstenção.

Flávia Piovesan rebate a questão do custo, como óbice para realização dos direitos fundamentais sociais, ressaltando “que tanto os direitos sociais, como os direitos civis e políticos demandam do Estado prestações positivas e negativas”⁵⁰³ e que, por conseguinte, a implementação dos direitos civis e políticos também demandam um custo alto do aparato estatal, e que nem por isso deixam de ser realizados.

Stephen Holmes e Cass Sunstein, em sua obra *The Cost of Rights: why Liberty Depends on Taxes*, demonstram que “todos os direitos têm custos porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los”⁵⁰⁴, e fazem um breve relato do custo dos direitos, tidos como negativos ou de liberdade nos Estados Unidos:

⁵⁰² A propósito, não se pode olvidar que a separação de poderes na América, na forma descrita pelos *federalists*, não significa “que os três poderes devam ser reciprocamente independentes, mas que se deve excluir que quem possua todos os poderes de um determinado setor possua também todos os poderes de um outro”, sob pena de subversão da democracia, a qual pressupõe não só uma independência entre os poderes, mas também o controle de um pelo outro, não se cogitando a possibilidade de atuação ilimitada de um dos Poderes. Cf. KRELL, *op.cit.*, p. 89

⁵⁰³ PIOVESAN, F. *Proteção Internacional dos Direitos Econômicos...*, *op. cit.*, p. 245.

⁵⁰⁴ AMARAL, G., *op. cit.*, p. 73.

A *Consumer Product Safety Commission* gastou em 1996 41 milhões de dólares analisando e identificando produtos potencialmente danosos e fiscalizando o cumprimento dos padrões de segurança. Já o Departamento de Justiça dos Estados Unidos, no mesmo ano, gastou US\$ 64 milhões em ‘questões de direitos civis’. A *Occupational Safety and Health Administration (OSHA)* consumiu US\$ 306 milhões no mesmo ano obrigando os empregadores a prover locais de trabalho mais seguros e saudáveis, enquanto que a *Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)* despendeu US\$ 233 milhões para cuidar que os empregadores não discriminem na contratação, demissão, promoção e transferências. Mesmo o direito de propriedade tem custos. As leis protegem os direitos do proprietário não deixando-os abandonados à própria sorte, mas excluindo os não proprietários que, de outro modo, poderiam ficar tentados a invadir.⁵⁰⁵

Resta claro que o argumento da reserva do possível não pode prevalecer como um óbice à concretização dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, pois a garantia dos direitos individuais, de liberdade, ou de cunho negativo também gera alto custo ao Estado para que sejam protegidos e garantidos.⁵⁰⁶

Cabe aqui, igualmente, transcrição de trecho da obra de Sunstein e Holmes:

Some constitutional rights depend for their existence on positive acts by the state, and the government is therefore under a constitutional duty to perform, not to forbear, under the Constitution as it stands. If it allows one person to enslave another, by doing nothing to disrupt an arrangement that amounts to involuntary

⁵⁰⁵ Ibid. p. 73-74. No texto original “At the federal level, the consumer Product Safety Commission spent \$ 41 million in 1996 identifying and analyzing hazardous products and enforcing manufacturer compliance with federal standards. Many other government agencies serve similar rights-enforcing functions. The Department of Justice itself spent \$ 64 million on “civil rights matters” in 1996. The National Labor Relations board (NLRB), which cost the taxpayer \$ 170 million in 1996, protects the rights of workers by imposing obligations on management. The Occupational Safety and Health Administration (OSHA) - \$ 306 million expended in 1996 – defends the rights of workers by obliging employers to provide a safe and healthy workplace. The Equal Employment Opportunity Commission (EEOC), with a a 1996 budget of \$ 233 million, safeguards the rights of employees and job seekers by obliging employers not to discriminate in hiring, firing, promotion, and transfers. In every one of these cases, the cost of enforcing rights can be chalked up to the price of enforcing their correlative duties. (...) Something similar can be said about the right to private property. American law protects the property rights of owners not by leaving them alone but by coercively excluding nonowners (say, the homeless) who might otherwise be sorely tempted to trespass.” (HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass, *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*, p.46-47).

⁵⁰⁶ Em sentido contrário: “A questão da escassez se põe de maneira especial no acesso à saúde. Algumas pessoas podem pensar que quando a saúde e a vida estão em jogo, qualquer referência a custo é repugnante, ou até imoral. Mas o aumento do custo com tratamento tornou essa posição insustentável” (AARON, Henry J. & SCHWARTZ, William B. *The Painful Prescription: rationing hospital care*, apud AMARAL, G., op. cit., p. 136). Para aprofundar a questão da escassez de recursos e escolhas trágicas, principalmente na realização do direito fundamental à saúde, “onde, além da escassez de recursos financeiros, há carência de recursos não monetários, como órgãos, pessoal especializado e equipamentos, que são escassos em comparação com as necessidades”, ver: AMARAL, G., op. cit., p.172 et seq.

servitude, the state has violated the Thirteenth Amendment. Under the First Amendment's protection of freedom of speech, states must keep streets and parks open for expressive activity, even though it is expensive to do this, and to do it requires an affirmative act. Under the protection against 'takings' of private property without just compensation, the government is probably under an obligation to create trespass law and to make it available to property owners, and a partial or complete repeal of the law of trespass – a failure to act, in other words, to protect private property – would likely be unconstitutional. If a judge accepts a bribe offered by a defendant and therefore does nothing to protect the plaintiff's rights, the judge has violated the due process clause. If a state declines to make its courts available to enforce certain contract rights, it has probably impaired the obligations of contracts, in violation of the contracts clause. In all these cases, the government is obliged, by the Constitution to protect and to perform. Practically speaking, the government 'enfranchises' citizens by providing the legal facilities, such as polling stations, without which they could not exercise their rights. The right to vote is meaningless if polling place officials fail to show up for work. The right to just compensation for confiscated property is a mockery if the Treasury fails to disburse. The First Amendment right to petition for a redress of grievances is a right of access to government institutions and a right, incidentally, that assumes that the government can perform for the benefit of aggrieved citizens. Nor is this all.⁵⁰⁷

Sunstein, afirma, categoricamente, que não existem direitos negativos, pois mesmo o direito de propriedade ou de liberdade de expressão, precisam de garantia positiva do Estado, não havendo que se falar em ir contra a aplicação dos direitos sociais uma vez que estes envolvem uma atuação positiva do Estado e, portanto, maior custo, porque todos os direitos para serem garantidos custam

⁵⁰⁷ “Alguns direitos constitucionais dependem, para sua existência, de condutas estatais positivas. Portanto o Estado está sob um dever constitucional de agir, não de abster-se. Se deixar uma pessoa escravizar outra, nada fazendo para desfazer a situação que configura servidão involuntária, o Estado terá violado a Décima-terceira Emenda. Por força da proteção dada pela Primeira Emenda à liberdade de expressão, o Estado está obrigado a manter ruas e parques abertos para manifestações, muito embora isso seja caro e requeira uma conduta positiva. Por força da proteção constitucional contra a ‘privação’ da propriedade privada sem justa compensação, o Governo está provavelmente obrigado a criar leis contra os esbulhos e invasões, bem como tornar tais garantias acessíveis aos proprietários privados – uma falha em agir, uma falha em proteger a propriedade privada, pareceria inconstitucional. Se um juiz aceitar propina oferecida pelo réu e assim nada fizer para proteger os direitos do autor, tal juiz terá violado a garantia do devido processo. Se o Estado não tornar seus tribunais acessíveis para garantir a eficácia de garantias contratuais, ele terá provavelmente arruinado as obrigações contratuais, violando a garantia constitucional dos contratos. Em todos esses casos, o Governo está obrigado, pela Constituição, a proteger e a agir. Em termos práticos, o Governo ‘concede direitos civis’ aos cidadãos, provendo aparatos legais, como zonas eleitorais, sem os quais não seria possível exercer tais direitos. O direito de voto não tem sentido se mesários, presidente de mesa e escrutinadores não comparecessem. O direito a uma justa compensação pela propriedade confiscada é uma piada se o Tesouro não efetuar o pagamento. O direito de petição para ver reparado um dano, assegurado pela Primeira Emenda, é o direito de acesso a instituições governamentais e o direito, eventual, de ser indenizado.” (HOLMES, S. and SUNSTEIN, C. R., *The Cost of Rights...*, op. cit., p. 52-53).

dinheiro.⁵⁰⁸

Afora as questões acima levantadas, o princípio da “reserva do possível” funciona também como um óbice à legitimação do Judiciário na realização dos direitos fundamentais sociais, negando, alguns autores, “de maneira categórica a competência dos juízes (‘não legitimados pelo voto’) a dispor sobre medidas de políticas sociais que exigem gastos orçamentários.”⁵⁰⁹ Ou seja, quando se trata da realização dos direitos fundamentais sociais pelo Judiciário, o mesmo tem questionada sua legitimidade democrática uma vez que “a concretização de direitos sociais implicaria a tomada de opções políticas em cenários de escassez de recursos”⁵¹⁰, o que levaria à conclusão de que a tomada de políticas públicas não poderia ser feita por um Poder não eleito, mas tão-somente pelo Executivo e Legislativo, que, por sua vez, refletiriam a vontade da maioria.

Não perdendo de vista a disparidade social presente no Brasil, onde a grande maioria dos direitos sociais está longe de ser usufruída pela população, deve-se questionar quem, então, tem legitimidade para “definir o que seja ‘o possível’ na área das prestações sociais básicas, em face da composição distorcida dos orçamentos dos diferentes entes federativos”⁵¹¹, principalmente quando os recursos não foram corretamente destinados.

Primeiro, deve-se ressaltar que não se está a defender que o Judiciário intervenha em políticas públicas orçamentárias para realização dos direitos sociais. É certo que cabe aos Poderes Executivo e Legislativo dispor sobre políticas públicas. O que se defende é que – na inércia⁵¹² destes Poderes – é legítimo que o Judiciário atue quando chamado, principalmente quando se tratar de controle difuso, em que os próprios destinatários dos direitos vão reivindicar que os mesmos sejam realizados.

Veja-se, a respeito, a posição de Cláudio Pereira de Souza Neto:

A questão central é a seguinte: se considerarmos que certos direitos sociais são condições procedimentais da democracia – como fazem, p.ex., Habermas, Gutmann e Thompson -, então o judiciário, como seu guardião, possui também o

⁵⁰⁸ SUNSTEIN, Cass.R, *The second bill of rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*, p. 198 et. seq.

⁵⁰⁹ KRELL, A., *Direitos Sociais e Controle Judicial...*, op. cit., p. 52.

⁵¹⁰ SOUZA NETO, C. P., *Teoria da Constituição...*, op. cit., p. 44.

⁵¹¹ KRELL, A., op. cit., p. 53.

⁵¹² SOUZA NETO, C. P., *Teoria da Constituição...*, op. cit., p. 45.

dever de concretizá-los, sobretudo quanto tem lugar a inércia dos demais ramos do estado na realização dessa tarefa. Note-se bem: se o Poder Judiciário tem legitimidade para invalidar normas produzidas pelo Poder Legislativo, mais facilmente pode se afirmar que é igualmente legítimo para agir diante da inércia dos demais poderes, quando essa inércia implicar um óbice ao funcionamento regular da vida democrática. Vale dizer: a concretização judicial de direitos sociais fundamentais, independentemente de mediação legislativa, é um *minus* em relação ao controle de constitucionalidade.⁵¹³

Para além disso, deve-se entender que para que se tenha um eficaz controle de pesos e contrapesos dos Poderes Executivo e Legislativo, é necessário também um crescimento dos papéis do Poder Judiciário, sob pena de mantendo-se o princípio da estrita separação de poderes, se mantenha um Judiciário “perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos privados”⁵¹⁴, ou seja, para Cappelletti esse ideal de rígida separação de poderes acaba por levar “a existência de um legislativo totalmente não controlado, como de um executivo também praticamente não controlado”⁵¹⁵, o que, por sua vez, significou períodos de perigo na história mundial, nos quais “o poder era concentrado nas assembléias legislativas e grupos políticos que as dominavam”⁵¹⁶, como ocorrido na Itália pré-fascista ou na Alemanha de Weimar.

Ainda, é certo que não é um argumento jurídico, a justificativa de que no Brasil, o problema da corrupção e o desvio de dinheiro acabam por tornar o orçamento aprovado, inconstitucional, porquanto não buscam maximizar os direitos garantidos na própria Carta Constitucional, o que torna plenamente plausível o controle desse orçamento e dessa finalidade pelo Judiciário. E, muito mais, quando não houver destinação de recursos para área social, que, pela Constituição Federal, deveria estar garantida, é evidente a legitimidade democrática do Judiciário para decidir sobre a alocação de recursos, se o destino for a salvaguarda de valores fundamentais escolhidos pela população.

Nesse contexto brasileiro, Celso Antonio Bandeira de Mello chegou a afirmar que acredita “que não sobrariam recursos para muitas mordomias se as decisões judiciais impusessem o cumprimento do que está no texto

⁵¹³ Ibid., ibidem.

⁵¹⁴ CAPPELLETTI, M., *Juízes Legisladores...*, op. cit., p. 53.

⁵¹⁵ Ibid., ibidem. A respeito do controle do Poder Judiciário, conferir BONAVIDES, Paulo, *Jurisdição Constitucional e Legitimidade*. Estudos Avançados, nº 18, vol 51, São Paulo, 2004.

⁵¹⁶ CAPPELLETTI, M., *Juízes Legisladores...*, op. cit., p.53.

constitucional”.⁵¹⁷

Por outro lado, deve-se rechaçar “o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado”⁵¹⁸, uma vez que isto significaria reduzir a eficácia desses direitos a zero.

O próprio Supremo Tribunal Federal, em voto do Ministro Celso de Mello, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, entendeu 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 mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.⁵¹⁹

É verdade que nem todos os direitos sociais têm a mesma densidade normativa. Veja-se, por exemplo, o direito ao pleno emprego ou o direito à moradia, os quais devem ser realizados por meio de políticas públicas, o que, por sua vez, acaba por dificultar a concretização daqueles direitos pelo Poder Judiciário, pois mesmo nos países mais desenvolvidos não se pode assegurar que todo cidadão tenha emprego, pois é inevitável a existência de um certo nível de desemprego. Também, segundo Sunstein “*homelessness cannot be eliminated even by the most effective housing programs*”⁵²⁰

Destarte, apesar de ser efetivamente um problema de política pública a alocação de recursos para determinados projetos que buscam a implementação de direitos sociais, isso não significa dizer que o Judiciário não tem nenhum papel na realização desses direitos. Veja-se, por exemplo, o direito à saúde e à educação, eles possuem perspectivas que permitem sua adequada realização, razão por que “a prestação concreta de serviços públicos precários e insuficientes, por parte dos municípios, dos estados e da União, deveria ser compelida e corrigida por parte

⁵¹⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Como fazer para que a Constituição seja cumprida*, apud KRELL, A., op. cit., p. 53.

⁵¹⁸ KRELL, A., op. cit., p. 54.

⁵¹⁹ STF – ADPF 45 – Rel. Ministro Celso de Mello – DJU 04.05.2004. Disponível em: – <<http://www.stf.gov.br/>>. Acesso em: 01 jun. 2005.

⁵²⁰ “(...) a falta de moradia não pode ser eliminada nem pelos programas sociais de moradia mais eficientes.” (SUNSTEIN, C., *The Second Bill of Rights...*, op. cit., p. 210).

dos tribunais”⁵²¹.

Sunstein traz a experiência de duas decisões da Corte Constitucional Sul Africana a respeito da posição tomada pelo Judiciário na realização dos direitos fundamentais sociais, que demonstram que, mesmo com recursos escassos, é possível a maximização desses direitos, veja-se:

The constitutional Court of South Africa has issued two important opinions involving social and economic rights. The first of these involved the right to shelter; the second, the right to health care. In both decisions, the Constitutional Court concluded that courts could and should protect social and economic rights. And in both, the court ruled that the nation’s government had failed to comply with its constitutional obligations. In *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*, the court said that the government was required to come up with a program of emergency housing for those in need of it. In *Minister of Health v. Treatment Action Campaign*, it ruled that the government was required to allow HIV-positive citizens access to drugs that promised to help them. The court did not say that every person in South Africa had an individual right to decent shelter or appropriate health care. But it did say that the government is under an obligation to take the two rights seriously and adopt programs that attempt to ensure them. (...) They suggest that the underlying rights can serve, not to preempt democratic deliberation, but to ensure democratic attention to important interests that might otherwise be neglected in ordinary debate.⁵²²

Assim, a Corte sul africana assumiu que o Judiciário pode e deve proteger os direitos econômicos e sociais, e por sua vez, definiu que cabe ao Governo promover políticas para proteção desses direitos.

Inclusive, essa posição é defendida por alguns procedimentalistas, como o próprio Habermas, que admite a possibilidade do Judiciário proteger “direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente; na

⁵²¹ KRELL, A., op. cit., p. 56.

⁵²² “A Corte Constitucional da África do Sul emitiu duas importantes opiniões envolvendo direitos econômicos sociais. A primeira delas envolveu o direito a ter abrigo; a segunda, o direito a cuidado de saúde. Em ambas as decisões, a Corte Constitucional concluiu que cortes podiam e deviam proteger direitos econômicos sociais. E em ambas, a corte determinou que o governo da nação havia falhado no cumprimento das suas obrigações constitucionais. No caso “*Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*”, a Corte determinou que o governo apresentasse um programa político emergencial de moradia para os setores mais necessitados da sociedade. E no caso “*Minister of Health v. Treatment Action Campaign*”, a Corte determinou que o governo providenciasse aos cidadãos HIV positivos o direito de ter o remédio que promete ajudá-los. A Corte não disse que cada pessoa na África do Sul tinha um direito individual a abrigo decente ou a tratamentos de saúde. Mas disse que o governo é obrigado a levar os dois direitos a sério e a adotar programas que buscam assegurá-los. (...) Sugerem que os direitos fundamentais podem servir, não para impedir uma deliberação democrática, mas ao contrário, para assegurar uma preocupação democrática com importantes interesses que podem ser negligenciados no debate ordinário.” (SUNSTEIN, C.R., *The Second Bill of rights...*, op. cit., p. 211-212).

medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances”⁵²³ dos direitos políticos, que desta forma garantam um processo democrático, ou seja, o Judiciário tem o dever de concretizar os direitos sociais, enquanto garantidores das condições do procedimento democrático.⁵²⁴

No mesmo sentido, Carlos Santiago Nino entende que a realização dos direitos sociais é condição prioritária para manutenção do processo democrático. Em suas palavras:

What is considered a precondition may be broadened enormously. In fact, all so-called social rights (which I have defended as natural extensions of individual rights) might be seen as a priori rights, since their nonsatisfaction harms the proper working of the democratic process and its epistemic quality.⁵²⁵

Ou seja, quando a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo configurar um óbice ao regular funcionamento da democracia, é legítimo ao Judiciário atuar na efetivação dos direitos fundamentais sociais, justamente para permitir a manutenção do processo democrático⁵²⁶.

Outro óbice que se coloca à realização dos direitos fundamentais sociais diz respeito a seu conteúdo vago e aberto, que não poderia ser determinado pelo Judiciário. Ou seja, como as normas que tratam dos direitos fundamentais têm caráter abstrato e aberto, que acabam por se alterar com o tempo: como o Judiciário poderia interpretar referidas normas e atribuir-lhes valores substantivos, se não é um órgão eleito pela comunidade?

Ora, todas as normas que tratam de direitos fundamentais têm conteúdo

⁵²³ HABERMAS, J., op. cit., p. 160.

⁵²⁴ SOUZA NETO, C. P., *Teoria da Constituição...*, op. cit., p. 45.

⁵²⁵ “O que é considerado um pré-requisito pode tomar proporções enormes. Em realidade, todos aqueles assim chamados direitos sociais (que tenho defendido como uma extensão natural de direitos do indivíduo) podem ser vistos como diretos prioritários ou fundamentais, porque sua não satisfação prejudica o trabalho correto do processo democrático, assim como sua qualidade epistêmica.” (NINO, C.S., *The Constitution of deliberative democracy*, op. cit., p. 222).

⁵²⁶ Nesta perspectiva, sobre a separação de questão política e questão jurídica BARACHO afirma que “é razoável imaginar que o Poder Judiciário não pretenda ser responsabilizado pelas dificuldades econômicas que uma decisão judicial possa acarretar. Isso, inclusive foi expressamente assumido por importantes membros da magistratura, quando dos primeiros debate sobre o plano de racionamento de energia elétrica. É sem dúvida importante preservar a integridade do Poder Judiciário,mas é também essencial assegurar o exercício dos direitos fundamentais, ainda que para isso, em determinadas circunstâncias, seja necessário, com fundamento em princípios constitucionais, barrar políticas públicas”. BARACHO JÚNIOR, J. A. O., *A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal*, op. cit., p. 343.

aberto - não só aquelas que tratam dos direitos sociais – e nem por isso se argumenta a possibilidade de não realização dos direitos individuais tendo em vista seu conteúdo vago, ou ainda, que este conteúdo substantivo não poderia ser determinado pelo Judiciário. À respeito, Sunstein faz a seguinte reflexão:

Skeptics are easy to find. In their view, courts could not possibly require governments to provide education, ‘adequate food and clothing and recreation’, freedom from monopoly, or health care; requirements of this kind would be well beyond judicial capacities. But it is not clear that the skepticism is warranted. Why, exactly, would such requirements exceed judicial capacities? One possibility is that any ‘right to health care’ is impossibly vague and courts lack the tools to say, specifically, what such a right entails. As we have seen, many old-fashioned rights seem equally vague. The right to ‘freedom of speech’ could mean any number of things. Does free speech encompass commercial advertising, libel, sexually explicit speech, bribery, criminal solicitation, and nude dancing? Courts try to answer this question notwithstanding the vagueness of the text, and in doing so, they typically concede that the right itself is far from self-defining. Or consider the right to be free from ‘unreasonable searches and seizures’. Is that really more vague than the right to health care? The same question can be asked about most of the original bill of rights.⁵²⁷

Essa intensificação da atividade jurisprudencial é necessária e decorre do fato de que, em geral, a legislação que trata dos direitos sociais se limita a estabelecer os princípios e objetivos gerais, deixando uma maior discricionariedade aos juízes na sua interpretação e efetivação, ocasionando um aumento do papel do Poder Judiciário no decorrer do século XX. Veja-se:

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra obviamente, nessas novas

⁵²⁷ “Os cétricos são fáceis de achar. Sob seu ponto de vista, as cortes não poderiam exigir que os governos fornecessem educação, ‘alimento adequado e vestuário e lazer’, liberdade de monopólio, nem cuidado de saúde; requisitos desta espécie estariam bem além das capacidades judiciais. Mas não está claro que o ceticismo é garantido. Exatamente por que tais requisitos excederiam capacidades judiciais? Uma possibilidade é que qualquer ‘direito a cuidado de saúde’ é impossivelmente vago e às cortes faltam as ferramentas para dizer, especificamente, o que tal direito implica. Como vimos, muitos direitos fora de moda parecem igualmente vagos. O direito à ‘liberdade de expressão’ pode querer dizer qualquer número de coisas. A liberdade de expressão inclui propaganda de comercial, difamação, fala sexualmente explícita, suborno, solicitação criminal, e dança nua? As cortes tentam responder esta pergunta apesar da imprecisão do texto, e em o fazendo, eles tipicamente concebem que o direito está longe de se autodefinir. Ou considere-se o direito de ser livre ‘de procuras injustas e confiscações’. Isso é realmente mais vago que o direito a cuidado de saúde? A mesma pergunta pode ser feita em relação à maioria dos direitos originais do *bill of rights*”. (SUNSTEIN, C. S., *The Second Bill of Rights...*, op. cit., p. 210).

áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes.⁵²⁸

É justamente tendo em vista esse caráter aberto das normas que tratam de direitos fundamentais, é que propugna Cappelletti um sistema equilibrado de controles recíprocos, de modo a “coexistir um legislativo *forte* com um executivo *forte* e com um judiciário *forte*”⁵²⁹, por entender que é este equilíbrio de forças que justifica o sucesso do sistema constitucional americano.

Ressalta a valorização dos direitos fundamentais de liberdade, e, principalmente a constitucionalização dos direitos fundamentais sociais como uma das causas da crescente interpretação criativa do Poder Judiciário no mundo contemporâneo, uma vez que as normas constitucionais que tratam dos direitos fundamentais, por serem genéricas por sua natureza, necessitam para sua realização, alto grau de criatividade dos Juízes⁵³⁰.

Dessa forma, para Mauro Cappelletti, um Judiciário “ativo, dinâmico e criativo” pode contribuir com a democracia, na medida em que possa assegurar um sistema de *checks and balances* “em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder”⁵³¹.

Desse modo, não há que se falar que o Judiciário não pode fazer julgamentos substantivos a respeito dos direitos sociais, as competências legitimadoras para o exercício desta atividade por parte do Judiciário estão previstas na própria Constituição, ou seja, os poderes a serem exercidos pelos juízes não são nada mais do que aqueles que lhes foram conferidos pelo Poder Constituinte originário, por conseguinte, legítimo e democrático. E esse poder político a ser exercido pelo Judiciário é democrático, já que é funcional ao sistema democrático, ou seja, é necessário para o Estado Democrático.⁵³²

⁵²⁸ CAPPELLETTI, M., *Juízes Legisladores ?...*, op. cit., p. 42.

⁵²⁹ Ibid., p. 54.

⁵³⁰ Ibid., p. 67.

⁵³¹ Ibid., p. 107.

⁵³² AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*, p. 46.

Para além disso, os direitos sociais elencados na Constituição de 1988 não podem ser vistos como caridade, mas, como autênticos direitos fundamentais, que, por sua vez, exigem uma atuação positiva do Judiciário para garanti-los àqueles que deles necessitam, assim como declarado pela Corte do Estado de Nova York, no sentido de estabelecer que o estado tem um dever positivo de assistir aos necessitados, pronunciando que “assistance to the needy is not a matter of legislative grace; it is specifically mandated by our Constitution” e é “ a fundamental part of the social contract”.⁵³³

Deve-se buscar, assim, a experiência do Judiciário norte-americano, que assumindo postura ativa, realizou direitos fundamentais sociais, intervindo, inclusive em questões de políticas públicas, como no caso *Brown v. Board of Education*, em que a Suprema Corte, além de garantir o direito à não discriminação racial também garantiu o direito fundamental à educação, não só no caso concreto, mas determinando a adoção de políticas públicas pelas Escolas para cumprimento da decisão, ou seja, para além da garantia do direito individual do cidadão, a Corte promoveu uma verdadeira reforma social.

A definição de conteúdo substantivo dos direitos fundamentais pelo Judiciário, conforme já visto anteriormente, não afronta o princípio democrático, ao contrário, lhe dá força. A Constituição americana teve a grande maioria de seus direitos fundamentais definidos pela Suprema Corte daquele país, sempre tendo em vista a própria fortificação da democracia, em que as minorias também são protegidas.

Assim como o Judiciário americano, deve o Judiciário brasileiro assumir uma postura intervencionista e ativista quando se tratar de direitos fundamentais, buscando mudanças sociais no que diz respeito à proteção de direitos fundamentais, buscando reforçar os ideais mais eqüitativos de democracia contra a concepção tradicional de democracia majoritária, para se proteger os grupos minoritários, que, diga-se de passagem, são maioria no Brasil.

No caso *Carolene Products Co. v. USA*, já relatado anteriormente, a Suprema Corte americana, por exemplo, afastou a presunção de

⁵³³ “A assistência aos necessitados não é uma questão de caridade legislativa, é especificamente determinada pela nossa Constituição, e é uma parte fundamental do contrato social.” SUNSTEIN, *The Second Bill of Rights*, p. 213.

constitucionalidade das leis para proteger um direito fundamental, quando a lei possa atingir minorias.

A proteção do processo democrático também sempre esteve presente na história do *judicial review* americano, que, para tanto, buscou garantir a igualdade e a liberdade a seus cidadãos, não só no sentido formal, mas no sentido material, discriminando ativamente as minorias.

Em oposição à idéia de deferência ao Legislativo, que poderia significar a manutenção do *status quo*, a Corte promoveu proteção de minorias. Questões como aborto e segregação racial, por exemplo, que se tivessem sido levadas à deliberação pública, não teriam a proteção nem o caráter democrático que lhes conferiu a Corte.

Também deve-se ter como exemplo a posição da Suprema Corte americana quando transformou questões políticas em jurídicas (*Baker v. Carr*), nos casos em que as questões políticas refletiam nos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

Enfim, o ativismo judicial da Suprema Corte americana transformou o fórum do Judiciário num território democrático privilegiado, no qual os cidadãos puderam deliberar a respeito da proteção de seus direitos, até porque a própria população viu no Judiciário um caminho para se afirmar a igual-liberdade.

No Brasil, os valores substantivos já foram escolhidos pelo Povo e alçados a direitos fundamentais, bastando apenas que esses sejam realizados, pois num país desigual como o Brasil, enquanto os direitos sociais mínimos não forem garantidos, não se poderá sequer falar em proteção de direitos individuais ou políticos.

A criatividade judicial que se defende não é a criação de um “governo de juízes”, mas baseada na experiência do *judicial review* americano, por meio de uma interpretação calcada na ideologia presente na própria Constituição, bastando apenas que esta seja cumprida, e que seus direitos sociais sejam realizados para se alcançar uma Sociedade mais justa e solidária⁵³⁴.

⁵³⁴ “(...) discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos”, já que sempre sujeitos a limites processuais e substanciais. E mais adiante: “Por isso, deve ser firmemente precisado que os limites substanciais não são completamente privados de eficácia: criatividade jurisprudencial, mesmo em sua forma mais acentuada, não significa

Incumbe, então, ao Poder Judiciário a obrigação de fazer com que as normas jurídicas abstratas, definidoras de direitos sociais positivos, transformem-se em ações concretas, alcançando o fim social para o qual foram criados, mesmo porque, num Estado Democrático de Direito, é o Poder Judiciário o intérprete maior e final das normas jurídicas e “titular da competência de aplicá-las aos casos controvertidos.”⁵³⁵

Neste viés, os juízes, enquanto intérpretes e aplicadores dos direitos fundamentais sociais, devem perquirir no sistema normativo constitucional, todas as possibilidades que se coadunam em prol da efetivação dos valores sociais incorporados ao patrimônio da sociedade brasileira pela Constituição de 1988⁵³⁶, não podendo, sob a desculpa de que inexistente lei integradora, deixar de aplicar um direito fundamental social, devendo neste caso, utilizar-se do que dispõe o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, no sentido de decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes, os princípios gerais do direito, e mais, os princípios da República Federativa do Brasil, bem como todo o sistema de princípios estabelecidos na Carta Magna de 1988.

Para além disso, entendendo-se que os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais, deve-se-lhes aplicar o contido no § 1º, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o qual determina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”⁵³⁷.

Nas palavras de Cláudio Pereira de Souza Neto “não se trata de propor que os magistrados desconsiderem o texto constitucional e passem a realizar seus projetos teóricos. Pelo contrário, o texto constitucional é, ao mesmo tempo, fonte

necessariamente “direito livre”, no sentido de direito arbitrariamente criado pelo juiz do caso concreto. Em grau maior ou menor, esses limites substanciais vinculam o juiz, mesmo que nunca possam vinculá-lo de forma completa e absoluta.” É claro que também os legisladores vão encontrar limites substanciais na sua atividade legislativa; no caso do Brasil, os limites já estão determinados na própria Constituição Federal, para todos os Poderes. CAPPELLETTI, Mauro, *Juízes Legisladores?*, op. cit., p.23-26.

⁵³⁵ BARROSO, L. R., *O direito constitucional e a efetividade...*, op. cit., p.127.

⁵³⁶ Ibid., p. 143.

⁵³⁷ Andreas Krell também assevera que, segundo o artigo 5º, §1º da Constituição de 1988, as normas de direitos fundamentais sociais são de aplicação imediata e que referido dispositivo “serve para salientar o caráter preceptivo e não programático dessas normas, deixando claro que os Direitos Fundamentais podem ser imediatamente invocados, ainda que haja falta ou insuficiência da lei”, isto é, o conteúdo dos direitos fundamentais “não precisa ser necessariamente concretizado por uma lei”, pois o mesmo pode ser definido pela própria tradição ocidental. KRELL, Andreas, op. cit., p. 38.

primacial e limite para a atividade do intérprete.”⁵³⁸

Dessa forma, a atuação do Poder Judiciário não será determinada nem calcada por ideologias próprias, mas deverá ser orientada pelo conceito de justiça que se deduz dos valores e dos princípios consagrados na Constituição, inclusive em seu Preâmbulo. Assim atuando, poderá efetivar as normas definidoras dos direitos sociais, encontrando aí o fator legitimador de sua atuação jurisdicional num Estado Democrático de Direito.⁵³⁹

Destarte, para instituir um verdadeiro Estado Democrático, conforme pensado pelos constituintes, o Poder Judiciário deve interpretar sempre a Constituição, de forma a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. É esta ideologia, adotada no Preâmbulo da Carta Constitucional, em que devem estar pautadas as decisões do Judiciário⁵⁴⁰, e com fundamento nela dar maior efetividade aos direitos sociais, respondendo aos anseios de uma população tensa, heterogênea, e com grande carga de litigiosidade, tendo sempre em conta que o trabalho de aplicação do direito tem sempre destinação social.⁵⁴¹

Nesse sentido, a Suprema Corte do Canadá já decidiu que o Preâmbulo da Constituição reconhece e afirma os princípios básicos que são a principal fonte de provisões substantivas da Constituição; sustentou, ainda, que o Preâmbulo não é apenas a chave para construção de normas expressas da Constituição, mas convida ao uso destes princípios organizadores para colmatar lacunas nos expressos termos do esquema constitucional, dando-lhe assim, força de lei.⁵⁴²

Por fim, deve o Judiciário assumir que exerce função política sim, e na medida em que interpreta, por meio de amplo esforço de compreensão valorativa

⁵³⁸ SOUZA NETO, C.P., *Teoria da Constituição...*, p. 50.

⁵³⁹ CLÈVE, C. M., *A fiscalização abstrata...*, op. cit., p.44.

⁵⁴⁰ Neste sentido, AZEVEDO, *op.cit*, pp. 41-42: “Para reconhecer a dimensão política da função judicial, tem-se que ter em mente que se trata de “uma atividade que tem por finalidade alcançar a realização da trama de princípios, valores, instituições e comportamentos sociais que estão definindo e constituindo uma certa ordem”.”

⁵⁴¹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*, p. 24.

⁵⁴² TREMBLAY, Luc B., *General Legitimacy of Judicial Review...*, op. cit., p. 559.

das regras, principalmente de direitos sociais previstas na Constituição de 88, ao estabelecer novos papéis a serem desempenhados pelo Estado, enquanto provedor de serviços básicos, enquanto promotor de novas relações sociais, enquanto planejador de atividades econômicas, etc.⁵⁴³ e efetivar os direitos sociais prestacionais, segundo os valores políticos e sociais consagrados na Constituição e conforme os anseios da população. A Constituição não pode mais ser entendida apenas como uma norma jurídica superior, sem preocupação ou vinculação com a realidade social, como mera garantia do *status quo*. A Constituição brasileira, ao trazer valores sociais alçados a direitos fundamentais, acaba por legitimar o juiz constitucional.

Consoante José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior:

Devemos observar que a delimitação de um espaço para questões eminentemente políticas, imunes à apreciação pelo Poder Judiciário, em uma sociedade complexa como a sociedade brasileira atual, é um método inadequado. Toda controvérsia pode ser analisada sob vários aspectos, dentre eles os aspectos político e jurídico. Não há, nas sociedades atuais, uma questão que seja exclusivamente política ou exclusivamente jurídica. As duas abordagens são possíveis, como demonstram autores como Habermas e Dworkin.

O problema, portanto, deixa de ser uma delimitação prévia do que pode e do que não pode ser apreciado pelo Poder Judiciário. O grande desafio para o Poder Judiciário, especialmente para o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar qualquer controvérsia que lhe é apresentada, é buscar preservar os princípios que fundamentam a ordem jurídica, ainda que esses princípios incidam sobre uma controvérsia que tenha ou possa ter grande repercussão em uma abordagem política.⁵⁴⁴

Gilberto Bercovici entende que, com uma maior tendência à “normativização da Constituição, o papel preponderante que era da política (e dos partidos políticos) na Teoria da Constituição, foi sendo tomado pelos tribunais constitucionais e pelas discussões sobre controle de constitucionalidade”,⁵⁴⁵ o que acabou por enfatizar o papel da hermenêutica constitucional e dos princípios constitucionais na interpretação e concretização da Constituição.

Aos operadores do direito caberá formular uma hermenêutica constitucional

⁵⁴³ FARIA, José Eduardo. *As Transformações do Judiciário em face de suas Responsabilidades Sociais*, p.62.

⁵⁴⁴ BARACHO JÚNIOR, J. A. O., *A interpretação dos direitos fundamentais...*, op. cit., p.337.

⁵⁴⁵ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Política: uma relação difícil*. Lua Nova, 2004, no.61, p. 9.

dotada de estruturas lógicas e mecanismos técnicos aptos a dar efetividade às normas constitucionais, tendo sempre em vista que “o Direito existe para realizar-se”⁵⁴⁶; não podendo o Direito Constitucional ser interpretado diversamente, pois “sendo a Constituição a própria ordenação suprema do Estado, não pode existir uma norma ulterior, de grau superior, que a proteja”⁵⁴⁷, devendo, portanto, “encontrar em si mesma a própria tutela e garantia”⁵⁴⁸.

Veja-se as palavras de Luís Roberto Barroso:

Cabe, por fim, destacar uma peculiaridade que envolve a Constituição. O legislador constitucional é invariavelmente mais progressista que o legislador ordinário. Daí que, em uma perspectiva de avanço social, devem-se esgotar todas as potencialidades interpretativas do Texto Constitucional, o que inclui a aplicação direta das normas constitucionais no máximo do possível, sem condicioná-las ao legislador infraconstitucional.

Essa tarefa exige boa dogmática constitucional e capacidade de trabalhar o direito positivo. Para fugir do discurso vazio, é necessário ir à norma, interpretá-la, dissecá-la e aplicá-la. Em matéria constitucional, é fundamental que se diga, o apego ao texto positivado não importa em *reduzir* o direito à norma, mas, ao contrário, em elevá-lo à condição de norma, pois ele tem sido menos que isso. O resgate da imperatividade do Texto Constitucional e sua interpretação à luz de boa dogmática jurídica, por óbvio que possa parecer, é uma instigante novidade neste país acostumado a maltratar suas instituições.⁵⁴⁹

Os Tribunais brasileiros já avançaram muito na interpretação constitucional, no que diz respeito à concretização dos direitos sociais, mesmo que muitas vezes sob protestos e críticas, principalmente do Governo e daqueles que não necessitam de auxílio do Estado para que seus direitos mínimos sejam garantidos, ou até precisam, mas destinado de outra forma, para manutenção do *status quo*, ou seja, o aparato estatal destinado à defesa do direito de propriedade, de segurança, de garantia do dinheiro no banco, proteção na execução de contratos, etc.

Mas inspirando-se no modelo americano, o Judiciário brasileiro não deve se retrair frente às críticas, pois as mesmas são normais quando se está a falar em mudança de *status quo*, devendo construir uma sólida interpretação prospectiva de consolidação da Constituição Federal.

Importa ressaltar que os Tribunais brasileiros já vêm mudando a

⁵⁴⁶ BARROSO, L. R., *O direito constitucional e a efetividade...*, op. cit., p. 87.

⁵⁴⁷ Ibid., ibidem..

⁵⁴⁸ Ibid., ibidem.

⁵⁴⁹ BARROSO, L. R. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Apud AMARAL, G., op. cit., p. 11-12.

mentalidade, entendendo eles, que o juiz deve interpretar a Constituição de forma a se alcançar o resultado efetivamente objetivado pelo Constituinte. Nesse sentido, vale a pena transcrever trecho da decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que superando a questão de que poderia violar o princípio da separação dos poderes, ao se inferir em questão de política pública de saúde, e não acatando a teoria da “reserva do possível” para efetivar um direito fundamental social, julgou pela condenação do Poder Público em dar medicamentos aos que deles necessitarem. Veja-se:

Este recurso há de ser decidido enfrentando-se a questão diante da ótica do fim social do Direito e do objetivo da lei, aferindo-se de forma superficial a razão de ser do próprio Estado.

É cediço que a ordem jurídica visa à paz social, e que o julgador, ao aplicar a lei, deve fazê-lo observando o fim social a que ela se dirige.

No caso dos autos, verifica-se que a Agravada é portadora de mal grave, necessitando de medicação específica. Diante do quadro exposto, deve-se aplicar a letra fria da lei ou quedar-se o magistrado ante a função social do direito? A resposta é clara. A letra fria da lei cede ante a justiça.

(...) O direito à vida sobrepõe-se a interesses financeiros e secundários. O que se discute nestes autos, é se a Agravada pode viver ou, como o Estado a considera, um estorvo, um gasto desnecessário, que deve ser evitado, devendo ser condenada à morte por ter contraído tal moléstia.

A insensibilidade tem limites, e o direito não pode amparar pretensão descabida como prevalência das finanças do Estado sobre a vida de uma pessoa enferma.

Recorde-se que o Estado existe para servir, e não para servir-se dos cidadãos, recolhendo impostos para manter sua máquina mor das vezes corroída.

Assim, há de prevalecer a humanidade ante o capital, sobrepondo-se o fim primeiro do Estado ante sua estrutura administrativa e fria, ou seja, cabe ao Estado manter o cidadão com um mínimo de dignidade na doença, e não lançá-lo à inevitável morte para não gerar custo ao erário. Não se trata de dinheiro, mas de vida humana! ⁵⁵⁰

O Supremo Tribunal Federal também já se pronunciou favoravelmente à efetivação dos direitos fundamentais sociais. Veja-se :

PACIENTE PORTADOR DE DOENÇA RARA. PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAUDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5., CAPUT, E 196). PRECEDENTES (STF). RECURSO EXTRAORDINÁRIO NAO CONHECIDO. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada a generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos

⁵⁵⁰ TJRJ –17ª Câmara Cível - Agravo de Instrumento 5540/2000 - Relator Des. Luiz Carlos Guimarães - DO 08/09/2000.

cidadãos, inclusive aqueles portadores de doenças raras, o acesso universal e igualitário a assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da Federação brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. - **O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a Federação brasileira - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.** - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive aquelas portadoras de doenças raras, da efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5., caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada tem e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.⁵⁵¹

Não se pode perder de vista que a Constituição é um documento político e, portanto, é inevitável que sua interpretação recorra a valorações políticas, que por sua vez, implicam em julgamentos subjetivos, nas palavras de Otto Bachof:

Assim, verificar-se-á sempre inevitavelmente uma certa relação tensionante entre o direito e a política. O juiz constitucional aplica certamente direito; mas a aplicação deste direito acarreta consigo necessariamente que aquele que a faz proceda a valorações políticas.⁵⁵²

Por fim, Paulo Bonavides, também afasta o preconceito contra uma atuação política da jurisdição constitucional:

Enfim, não podemos chegar ao termo destas considerações senão repulsando um preconceito doutrinário que tanto fere e não raro envolve numa nuvem de sombras e suspeição a jurisdição constitucional ao fazer mais ponteagudos e inarredáveis os seus óbices.

Este preconceito parte, sobretudo daqueles que conjecturam uma justiça constitucional absolutamente neutra tomando por condição de independência da

⁵⁵¹ STF – RE 198.265 – Rel. Ministro Celso de Mello – DJU 21.11.2001. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 23 jun. 2004. No mesmo sentido confira-se as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal: STF – RE 271.286 – Rel. Ministro Celso de Mello – DJU 23.08.2000. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 23 jun. 2004. STF – RE 248.304 – Rel. Ministro Celso de Mello – DJU 13.12.2001. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 23 jun. 2004.

⁵⁵² BACHOF, Otto. *Estado de Direito e Poder Político*. Apud STRECK, op. cit., p. 106.

corte constitucional não se imiscuir com matéria política, quando, em verdade, se sabe que toda Constituição tem, por sua natureza mesma, um alto teor de politicidade, superior ao de juridicidade.

Quem levanta objeções deste feitio acha a resposta nestas palavras lapidares, de conteúdo e sentido, cuja autoria é de Pestalozza, um dos mais insignes processualistas do Direito Constitucional contemporâneo: ‘Os tribunais constitucionais declaram o direito, mas ao mesmo passo fazem política’.⁵⁵³

Dessa forma, uma hermenêutica constitucional emancipadora deverá ser orientada pelo conceito de justiça que se deduz dos valores e dos princípios consagrados na Constituição, inclusive em seu Preâmbulo. Assim atuando, o Poder Judiciário poderá efetivar os valores substantivos estabelecidos na Carta Magna, mesmo que isto signifique adotar opções políticas, encontrando aí o fator legitimador de sua atuação jurisdicional num Estado Democrático de Direito.⁵⁵⁴

⁵⁵³ BONAVIDES, P., op. cit., p. 144.

⁵⁵⁴ CLÈVE, C. M. *Temas de Direito Constitucional e de Teoria do Direito*, p. 44.

5 Considerações finais

Apesar da aparente tensão existente entre direitos fundamentais, jurisdição constitucional e democracia, pode-se afirmar que mesmo os defensores de uma concepção procedimental de democracia, aceitam a proteção dos direitos sociais como garantia do próprio processo democrático, na medida em que sem sua realização, não haverá satisfação dos direitos individuais de liberdade de expressão e de igual liberdade de participação política, necessários à existência de um processo democrático de discussão e deliberação.⁵⁵⁵

Para além disso, deve-se afastar a idéia de que a democracia esteja ligada apenas ao princípio majoritário, mas também, ligada à promoção da liberdade-igual, de proteção de minorias e de grupos vulneráveis que ficam fora do processo político democrático, por meio de uma hermenêutica constitucional comprometida com a efetivação dos direitos fundamentais sociais e dos princípios da liberdade, da igualdade, do direito à vida, da dignidade da pessoa humana em todas suas interpretações.⁵⁵⁶

Ora, o Judiciário, desse modo, exerce papel importante na proteção da democracia, vez que é ele o fórum adequado para garantia dos direitos das minorias, minorias essas que se tornam maioria numa sociedade plural e desigual como a brasileira. Ressalta-se que, sem a efetivação dos direitos sociais, os excluídos e as minorias nunca alcançarão uma igualdade real, ou uma liberdade

⁵⁵⁵ NINO, C.S., *op.cit.*, p. 222.

⁵⁵⁶ Explica Canotilho que : “Existe uma relação indissociável entre direitos econômicos, sociais e culturais e direitos, liberdades e garantias. Se os direitos econômicos, sociais e culturais pressupõem a “liberdade”, também os direitos, liberdades e garantias estão ligados a referentes econômicos, sociais e culturais. Neste sentido, se afirma que o paradigma estruturante da ordem jurídico-constitucional portuguesa é o paradigma da liberdade igual. E mais: “A liberdade igual aponta para a igualdade real (art.9o/d), o que pressupõe a tendencial possibilidade de todos terem acesso aos bens econômicos, sociais e culturais. “Liberdade igual” significa, por exemplo, não apenas o direito à inviolabilidade de domicílio, mas o direito a ter casa; não apenas o direito à vida e integridade física, mas também o acesso a cuidados médicos; não apenas o direito de expressão, mas também a possibilidade de formar a própria opinião; não apenas direito ao trabalho e emprego livremente escolhido, mas também a efetiva posse de um posto de trabalho.” CANOTILHO, J. J. G., *op. cit.*, p. 450.

igual, e, portanto, continuarão alheios ao processo democrático, pois não basta a garantia dos direitos políticos e de liberdade de expressão, é preciso, também, a garantia do direito à educação, para que se tenha o direito a formar a própria opinião.

Tendo como exemplo o ativismo judicial da Suprema Corte americana, deve o Judiciário brasileiro, interpretando os valores substantivos escolhidos pela sociedade, realizar os direitos fundamentais sociais, não para restringir o processo democrático, mas justamente para lhe dar mais força, respeitando os direitos das minorias num contexto de diálogo, e não apenas de respeito às decisões majoritárias.⁵⁵⁷

Ainda, deve-se ter em vista que a Constituição Federal de 1988, apesar de possuir um caráter preservativo, de manutenção das práticas sociais existentes e de garantia da não violação dos direitos já realizados, tem, indiscutivelmente um caráter transformativo⁵⁵⁸, no sentido de estipular reformas sociais, que buscam assegurar a realização dos próprios objetivos da República de redução de desigualdades sociais e de erradicação da pobreza.

A Constituição, se não aplicada materialmente, será só mais um agente mantenedor do *status quo* em benefício das elites que comandam nosso país e o Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, deve buscar romper com o *status quo* para promoção dos valores estabelecidos na própria Constituição.

Não se quer colocar o Poder Judiciário como salvador da pátria ou como protagonista de um processo de transformação e de redução de desigualdades em nossa sociedade, mas que ele atue junto com os outros poderes, e possa, por meio da efetivação dos direitos fundamentais sociais, melhorar o processo democrático existente⁵⁵⁹.

Até porque, muitas vezes é o Judiciário quem está mais próximo dos cidadãos, que podem, diretamente, lá reivindicar a satisfação de seus direitos

⁵⁵⁷ SOUZA NETO, C. P., *Teoria da Constituição...*, op. cit., p. 55.

⁵⁵⁸ Expressão utilizada por SUNSTEIN, C. R., *The second Bill of Rights...*, op. cit., p. 216-217.

⁵⁵⁹ Veja-se a opinião de Sérgio Moro a respeito: “Considerando a questão por essa perspectiva, direitos sociais destinados aos pobres transcendem os objetivos de política redistributiva ou assistencialista, visando não somente promover a igualdade ou suprir necessidades materiais, mas também propiciar aos necessitados condições reais de participação na vida política e social, o que é imperativo no regime democrático”. (MORO, S.F., op. cit., p. 222).

constitucionais. Assim a efetivação dos direitos sociais pela jurisdição constitucional pode muito bem promover o processo democrático, “*by directing political attention to interests that would otherwise be disregarded in ordinary political life.*”⁵⁶⁰, acreditando Sunstein que mesmo em países pobres, é possível a proteção dos direitos sociais, tendo a jurisdição constitucional vários modos para fazê-lo.

Conclui-se que em sede de controle concentrado de constitucionalidade, deve a Corte Constitucional brasileira⁵⁶¹, em caso de omissão do Governo na realização dos direitos sociais, determinar que o mesmo implemente políticas públicas progressivas razoáveis para assegurar que as minorias possam usufruir dos direitos sociais, especialmente em relação a direitos sociais como moradia e trabalho, que exigem políticas públicas progressivas. Pois, nesses casos é complicado garantir o direito à moradia ou ao emprego judicialmente, mas o cidadão tem direito de ver que o governo está implementando políticas públicas progressivas para promoção e realização desses direitos.⁵⁶²

Entretanto, se o Estado não consegue demonstrar que está realizando essas políticas públicas, ou se ficar comprovado que tinha capacidade financeira para fazer algo melhor e maior, então poderá o Judiciário declarar que o Governo está violando a Constituição.⁵⁶³

Por outro lado, como o Supremo Tribunal Federal esvaziou as funções da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, é certo que os cidadãos não podem ficar desprotegidos, devendo o Poder Judiciário, por meio do controle difuso de constitucionalidade das leis, determinar a realização dos direitos sociais, mesmo que individualmente, daqueles que batem às suas portas, principalmente em relação àqueles direitos que podem ser garantidos de imediato, como a saúde e a educação, até porque o direito à vida, quando chega ao Judiciário para ser

⁵⁶⁰ “(...) por dirigir a atenção política a interesses que, de outro modo, seriam negligenciados na vida política cotidiana”. (SUNSTEIN, C. R., *The second bill of rights...*, op. cit., p. 228).

⁵⁶¹ No Brasil o Supremo Tribunal Federal acumula as funções de Corte Constitucional e de cúpula do Poder Judiciário.

⁵⁶² Ver: SUNSTEIN, *The second bill of rights...*, op. cit., p. 197 et seq.

⁵⁶³ “If, for example, the state does little to provide people with decent food and health care, and if it is financially able to do much more, it would seem that the state has violated the constitutional guarantee.” (“Se, por exemplo, o estado fizesse pouco para fornecer às pessoas alimentos decentes e cuidados de saúde, e se fosse financeiramente capaz de fazer muito mais, parece que o estado teria transgredido a garantia constitucional”). *Ibid.*, p. 219.

protegido, na maior parte das vezes é questão emergencial.

Se o Legislativo, o Executivo e o Judiciário se comunicarem, aqueles órgãos políticos poderão, inclusive, verificar as necessidades mais urgentes dos cidadãos, que muitas vezes ficam esquecidas nos debates políticos do dia-a-dia, e procurar, assim, paralelamente à proteção imediata garantida pelo Poder Judiciário, promover políticas sociais a longo prazo para garantir os direitos sociais ao máximo de cidadãos possível.

Pode-se, ainda, buscar um maior debate no fórum da jurisdição constitucional, ampliando a comunidade de intérpretes da Constituição, como forma de ampliar a discussão deliberativa ali instaurada, pois “a ampla possibilidade de participação no processo de interpretação constitucional tem justamente como função racionalizar e legitimar as decisões de nossa Corte Constitucional”.⁵⁶⁴

Do mesmo modo, ao se ampliar a comunidade de intérpretes da Constituição, permitindo-se a participação de terceiros interessados em ações, no âmbito do controle concentrado, nas quais esteja em jogo a determinação de valores substantivos da comunidade, estabelece-se uma maior participação daqueles que serão atingidos com a interpretação constitucional e, com isso, o Judiciário se torna aberto aos verdadeiros anseios da população, numa clara demonstração de realização da democracia.

Por outro lado, cumpre asseverar que sendo a Constituição um documento político, caberá, sim, ao Judiciário, tomar algumas opções políticas, as quais, entretanto, deverão ser fundamentadas em princípios escolhidos pelo próprio povo no momento constituinte, assim como fez a Suprema Corte norte-americana, mesmo que isto tenha levado a Corte a ficar contra as maiorias eventuais, na proteção dos direitos fundamentais.

Ainda, deve-se reconhecer que a Constituição Federal de 1988 “não é exclusivamente normativa, mas também política; as questões constitucionais são também questões políticas”⁵⁶⁵, devendo a jurisdição constitucional assumir seu compromisso histórico com a efetivação dos valores substantivos da Carta

⁵⁶⁴ SOUZA NETO, C. P., *Teoria da Constituição...*, op. cit., p. 55.

⁵⁶⁵ BERCOVICI, G., op. cit., p. 24.

Constitucional, buscando superar a crônica instabilidade institucional brasileira, no sentido de transformar as estruturas existentes, emancipar os cidadãos, por meio da tolerância política e do avanço social.⁵⁶⁶

O Direito assume, assim, uma função transformadora no paradigma estabelecido pelo Estado Democrático de Direito, razão por que a justiça constitucional passa a ser uma necessidade a ser realizada por intermédio de uma jurisdição constitucional, como forma de legitimar e dar “credibilidade política”⁵⁶⁷ aos regimes constitucionais democráticos.

O operador do Direito passa a mudar seu papel de mero aplicador formal da lei e da Constituição, assumindo uma ideologia política estabelecida na própria Carta Constitucional, de modo a interpretar o Direito de acordo com a realidade social de sua época.

Por fim, afirma-se que se todo o povo brasileiro, assim como seus representantes - eleitos ou não - atuarem de forma a tornar verdadeiro o que o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no sentido de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos da Sociedade brasileira, já se terá dado um grande passo na busca da felicidade de seus cidadãos.

Em síntese conclusiva: a legitimidade democrática da jurisdição constitucional na efetivação dos direitos fundamentais sociais consiste no fato de que só se poderá falar em democracia fundada em igualdade material, quando os cidadãos tiverem seus direitos sociais mínimos garantidos, que lhes possibilitem o exercício de seus direitos políticos de forma plena e verdadeiramente democrática. E em uma Constituição democrática como a brasileira, o papel da jurisdição constitucional é o de proteger as minorias, enquanto grupos vulneráveis, e de lhes assegurar a realização de seus direitos fundamentais.

Assim, justifica-se a realização dos direitos fundamentais sociais quer seja do ponto de vista de uma democracia procedimental ou de uma democracia substantiva. Ou seja, segundo uma democracia procedimental, os direitos sociais

⁵⁶⁶ BARROSO, L. R., *O direito constitucional e a efetividade...*, op. cit., p. 329.

⁵⁶⁷ STRECK, L. L., op. cit., p. 103.

devem ser assegurados, na medida em que permitem aos mais necessitados condições reais de participação na vida política e social do país, e portanto, são pré-condições de um processo democrático. Por outro lado, tendo em vista que os direitos fundamentais, inclusive os sociais, são valores escolhidos pelo povo num momento de real participação democrática, como aquele estabelecido no momento constituinte, no qual realmente há uma discussão mais comprometida pela sociedade, então também – sob uma concepção substantiva de democracia – se fundamenta a legitimidade democrática da jurisdição constitucional na sua realização, pois não está fazendo nada mais do que proteger as escolhas feitas pelo próprio povo.

Enfim, para aqueles que têm receio de que o Judiciário brasileiro possa realizar os direitos fundamentais sociais, cabe aqui lembrar as palavras de Franklin Delano Roosevelt: “*Better the occasional faults of a government that lives in a spirit of charity than the consistent omissions of a government frozen in the ice of its own indifference.*”⁵⁶⁸

⁵⁶⁸ “Melhor as faltas ocasionais de um governo que vive num espírito de caridade do que as coerentes omissões de um governo que congela no gelo de sua própria indiferença.” ROOSEVELT, Franklin Delano *apud* SUNSTEIN, *The second bill of rights...*, op. cit., p. 209.

6

Referências bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. **We The People: Foundations**. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, Justiça Social e Neoliberalismo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. As especificidades e os desafios democráticos do processo constitucional. In: SAMPAIO, Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coordenadores). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARZOTTO, Luis Fernando. **A Democracia na Constituição**. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil. **Lua Nova**, n. 61, 2004.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch**: The Supreme Court at the Bar of Politics. 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BLACHÈR, Philippe. **Contrôle de constitutionnalité et volonté générale** : La loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution. Paris : Presses Universitaires de France, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e Legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, 2004.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em : <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em : 05 jul. 2005.

BURGELIN, Jean-François. Une justice à reconstruire. **Revue du Droit Public**, Paris n.1/2, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

_____. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003 (1ª Reimpressão).

CLÈVE, Clèmerson Merlin, **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Temas de Direito Constitucional e de Teoria do Direito**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

CLINTON, Robert Lowry. **Marbury v. Madison and Judicial Review**. Kansas: University Press of Kansas, 1989.

COLÓQUIO NO 10. ANIVERSÁRIO NO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 1993, Mai. 28-29: Lisboa. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1995

COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 51, n. 18, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo Constitucional e a Efetividade dos Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's law: the moral reading of the American Constitution**. Second Printing. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Los Derechos en serio**. Tradução Espanhola de Marta Guastavino. 5. reimpressão. Barcelona: Editorial Ariel. 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**. Fourteenth printing. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

ERIKSEN, Erik Oddvar. **Democratic or jurist made law?** On the claim to correctness. ARENA- Centre for European Studies, University of Oslo, Working Papers WP 04/07, 2004. Disponível em: <www.arena.uio.no/publications/working-papers2004/papers/wp04_7.pdf>. Acesso em : 1 jul. 2005.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição (1789). **The Constitution of the United States of America**. Disponível em: <<http://www.law.ou.edu/hist/constitution/>>. Acesso em : 25 jun. 2005.

EWALD, François. **Histoire de L'État Providence**. Paris : Grasset & Fasquelle, 1996.

_____. **L'Etat Providence**. Paris: Bernard Grasset, 2003.

FARIA, José Eduardo. As Transformações do Judiciário em face de suas Responsabilidades Sociais. In: FARIA, J.E. (Org.). **Direito e Justiça: A Função Social do Judiciário**, 2. ed. São Paulo: Ática, 1994.

_____. **Direito e Justiça: A Função Social do Judiciário**, 2ª edição, São Paulo, Ática, 1994.

_____. **Direito e Justiça no século XXI: a crise da Justiça no Brasil.** Texto preparado para o seminário “Direito e Justiça no Século XXI”, Coimbra, Centro de Estudos Sociais, de 29 de maio a 1 de junho de 2003. Disponível em: <<http://www.ces.fe.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2004.

_____. (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça.** 1.ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. O artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos do Homem: Algumas notas sobre suas condições de efetividade. In: PIOVESAN, FLÁVIA (Org.). **Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. O modelo liberal de direito e Estado. In: FARIA, J.E. (Org.). **Direito e Justiça: A Função Social do Judiciário,** 2. ed. São Paulo: Ática, 1994.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais.** Tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência? “Dossiê Judiciário”, **Revista USP**, n. 21. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/n21/numero21.html>>. Acesso em: 14 fev. 2004.

FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In: FIORAVANTI, M. (Org.). In: **El Estado Moderno en Europa: Instituciones y derecho.** Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FIORAVANTI, Maurizio (Org.). **El Estado Moderno en Europa: Instituciones y derecho.** Madrid: Editorial Trotta, 2004.

GARGARELLA, Roberto. La Revisión Judicial y la Difícil Relación Democracia-Derechos. **Cuadernos y Debates. Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad.** Investigación Colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas:** novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição:** Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Rio Grande do Sul: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2 v.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Rio Grande do Sul: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KOZICKI, Katya. **Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas Sociedades Contemporâneas**. Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Cia das Letras, 1988.

LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. **Jurisdição Constitucional: um problema da teoria da Democracia Política**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. **Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MELLO, Celso Albuquerque. **A Proteção dos Direitos Humanos Sociais nas Nações Unidas**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MELO, Manuel Palácios Cunha, **A Suprema Corte dos EUA e a judicialização da Política: notas sobre um itinerário difícil**. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os Três Poderes no Brasil**, Belo Horizonte, Editora UFMG, 2003 (1ª Reimpressão).

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional e democracia**. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito, UFPR, Curitiba, 2002.

MÜLLER, Friedrich Müller. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. **Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?** In: PIOVESAN, Flávia (Org.). **Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

NELSON, William E. **Marbury v. Madison**: the origins and legacy of judicial review. Kansas: University Press of Kansas, 2000.

NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of deliberative democracy**. New Haven: Yale University Press, 1996.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Jurisdição Constitucional: Poder Constituinte permanente? In : SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, 5. ed., São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. (Coord.). **Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional**: desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. Globalização econômica, integração regional e direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional**: desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. Organizado por Erin Kelly. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

REVISTA VEJA, edição 1910, ano 38, n. 25, 22 de junho de 2005.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.), Jurisdição constitucional e direitos fundamentais, Belo Horizonte, Del Rey, 2003

SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **A aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas e a boa-fé objetiva**. Dissertação de Mestrado, UnB, Brasília, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, J.E. (Org.). **Direito e Justiça: A Função Social do Judiciário**, 2. ed. São Paulo: Ática, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003..

_____. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 30, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Poder Constituinte e Poder Popular: Estudos sobre a Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. **Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. **Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. **Da Hermenêutica à Hermenêutica Constitucional dos Direitos Fundamentais**. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, UFPR, Curitiba, 2000.

STARCK, Christian. La Legitimité de la Justice Constitutionnelle et le Principe Démocratique de Majorité. In: COLÓQUIO NO 10. ANIVERSÁRIO NO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 1993, Mai. 28-29: Lisboa. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNSTEIN, Cass R. **Designing Democracy: What Constitutions do**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass R. **The second bill of rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever**. New York: Basic Books, 2004.

TAYLOR, Charles. World Consensus on Human Rights? In: HAYDEN, Patrick. **The Philosophy of Human Rights**. St. Paul: Paragon House, 2001.

TREMBLAY, Luc B. General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 23, n. 4, 2003.

TRIBE, L.H. The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories. **The Yale Law Journal**, v. 89, n. 1073, 1980.

TRIBE, L.H. & DORF, C.M. **On reading the constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

TROPER, Michel. **Pour une Théorie Juridique de l'État**. Paris : Presses Universitaires de France, 1994.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: COLÓQUIO NO 10. ANIVERSÁRIO NO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 1993, Mai. 28-29: Lisboa. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1995.

_____. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

VIEIRA, José Ribas. A estrutura constitucional e a democracia deliberativa: o contexto brasileiro. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **Temas de Constitucionalismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

WHITTINGTON, Keith E. **Constitutional Interpretation**: textual meaning, original intent and judicial review. Kansas: University Press of Kansas, 1999.

WOLFE, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review**: from constitutional interpretation to judge-made law. Revised edition. Maryland: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

WOLFGANG, Kersting. **Universalismo e Direitos Humanos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.