

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

APLICAÇÃO DIRETA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO PODER JUDICIÁRIO

CÉSAR AUGUSTO WOLFF

Itajaí-SC

2014

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

APLICAÇÃO DIRETA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO PODER JUDICIÁRIO

CÉSAR AUGUSTO WOLFF

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Josemar Sidinei Soares

Itajaí-SC

2014

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Josemar Sidinei Soares, pelo estímulo e dedicada orientação, sem os quais não lograria êxito na presente pesquisa.

Ao Prof. Dr. Paulo Márcio da Cruz, por seu pessoal empenho na oferta das aulas em Blumenau e, principalmente, por ter proporcionado a memorável aula com o Prof. Dr. Manuel Atienza, na Universidade de Alicante, Espanha.

Ao colega mestrando Prof. Me. Romualdo Paulo Marchinhacki, pelas discussões, parceria e apoio durante todo o programa de mestrado.

A todos os servidores, diretores e conselheiros da OAB/SC Subseção de Blumenau pela compreensão e inúmeras participações nos mais diversos compromissos, afazeres e responsabilidades institucionais à frente da representação da Advocacia durante minhas ausências, por conta das atividades do programa de mestrado, extensível aos familiares pelo tempo furtado ao convívio.

À Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB pelo apoio institucional e auxílio financeiro, na pessoa do Prof. Me. e doutorando Antonio Carlos Marchiori, Diretor do Centro de Ciência Jurídicas - CCJ, e do magnífico Reitor, Prof. Dr. João Natel Pollonio Machado, extensível aos colegas da Procuradoria-Geral.

À Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, na pessoa do magnífico Reitor, Prof. Dr. Mário Cesar dos Santos, e ao Centro Universitário de Brusque – UNIFEBE, na pessoa do magnífico Reitor, Prof. Me. Günther Lothar Pertschy, pela disposição de realizarem as disciplinas presenciais em Blumenau, iniciativa fundamental para que muitos dessa turma de docentes pudessem cursar o programa de pós-graduação *stricto sensu*.

Finalmente, aos vinte e quatro colegas da turma de mestrandos pela experiência ímpar proporcionada em cada intervenção, debate e seminário das inesquecíveis manhãs e tardes de sábados, ao longo de todo o ano de 2012.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha esposa Melissa Consul Carneiro Wolff, colega de escritório e verdadeira companheira, à quem devo todas as realizações pessoais e profissionais, pelo menos, da última década.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

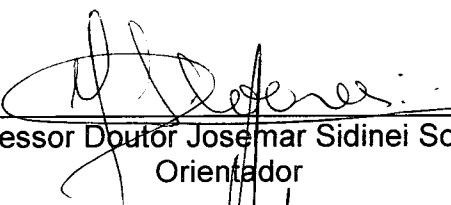
Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 2014.

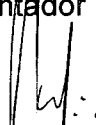
César Augusto Wolff

Mestrando

Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

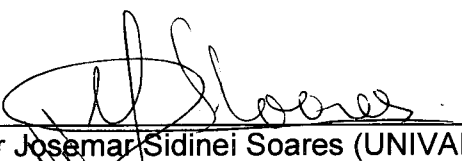


Professor Doutor Josemar Sidinei Soares
Orientador

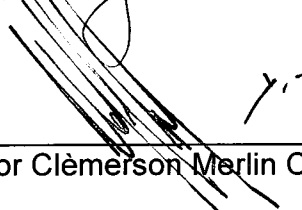


Professor Doutor Paulo Márcio Cruz
Coordenador PPCJ

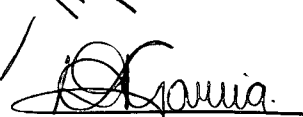
Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutor Josemar Sidinei Soares (UNIVALI) – Presidente



Doutor Clèmerson Merlin Clève (UFPR) – Membro



Doutora Denise Schmitt Siqueira Garcia (UNIVALI) – Membro

Itajaí(SC), agosto de 2014.

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
arts.	Artigos
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
CC/2002	Código Civil de 2002
CPC	Código de Processo Civil
Dr.	Doutor
ed.	edição
HC	Habeas Corpus
inc.	Inciso
M.I.	Mandado de Injunção
Min.	Ministro
Me.	Mestre
n.	número
p.	página
pp.	páginas
Prof.	Professor
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
v.	Volume
§	Parágrafo
§§	Parágrafos

ROL DE CATEGORIAS

Aplicação Direta (da norma jurídica): Qualidade das normas jurídicas autoaplicáveis, “porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade.”¹.

Aplicação do Direito: “Consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada; [...] tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano.”².

Ativismo Judicial: Prática imputada ao Poder Judiciário de conceber o ato de julgar com um ato de vontade, com extrapolação aos limites impostos pela Constituição, com vista à fazer política judiciária, seja para o “bem”, seja para o “mal”³.

Constitucionalismo: “[...] é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.”⁴.

Constituição: “[...] norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais.”⁵.

Direitos Fundamentais: “Una pretensión moral justificada, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada en las ideas de libertad e igualdad, con los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica, com las aportaciones sucesivas e integradas de la filosofía moral y política liberal, democrática y socialista.”⁶.

Eficácia jurídica (da norma): “A qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos

¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 102.

² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 5.

³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 45.

⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 240.

⁶ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995. p. 109.

de que cogita.”⁷.

Fontes do Direito: “São aqueles fatos e aqueles atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas.”⁸.

Interpretar: “É explicar, esclarecer, dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém.”⁹.

Interpretação Constitucional Judicial: Aplicação direta de um preceito constitucional (questão constitucional) ou verificação da compatibilidade de uma norma em face da Constituição (controle de constitucionalidade).¹⁰.

Neoconstitucionalismo: Novo direito constitucional, produto do reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito.¹¹.

Norma Jurídica: “[...] norma cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada.”¹².

Princípios: Normas jurídicas reconhecidas que podem expandirem-se e contraírem-se organicamente, à medida em que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito¹³.

Transconstitucionalismo: “Entrelaçamento de ordens estatais, internacionais,

⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 66.

⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011. p. 58.

⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 7.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. pp. 117-118.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 250.

¹² BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011. p. 42.

¹³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 229.

supranacionais, transnacionais e locais no âmbito de um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos”, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional.¹⁴.

¹⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 34.

SUMÁRIO

RESUMO	13.
ABSTRACT	14.
INTRODUÇÃO	15.
1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E CONTROLE DA CONSTITUIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO	19.
1.1 ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO E REGIME DEMOCRÁTICO	19.
1.2 CONSTITUIÇÃO COMO FONTE (DAS FONTES) DO DIREITO	25.
1.3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS	30.
1.4 DIREITO CONSTITUCIONAL NA PÓS-MODERNIDADE	46.
1.4.1 Pós-positivismo	46.
1.4.2 Neoconstitucionalismo	49.
1.4.3 Transconstitucionalismo	50.
1.5 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	52.
2 EFICÁCIA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	57.
2.1 DIVERSAS DIMENSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	57.
2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988	67.
2.3 APLICAÇÃO DIRETA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	71.
2.4 EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DEFINIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	73.
2.5 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS LIMITES JURÍDICOS	76.
3 APLICAÇÃO DIRETA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO PODER JUDICIÁRIO	86.
3.1 CONSTITUIÇÃO COMO SISTEMA ABERTO DE REGRAS E PRINCÍPIOS	86.
3.1.1 Sistema constitucional	86.
3.1.2 Distinção entre regras e princípios	88.

3.1.3 Tipos e funções dos Princípios Constitucionais.....	90.
3.2 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	91.
3.2.1 A força normativa da Constituição (Konrad Hesse).....	91.
3.2.2 Democratização da interpretação constitucional (Peter Häberle).....	93.
3.2.3 Interpretação e aplicação do Direito (Eros Roberto Grau).....	96.
3.2.4 Integridade do Direito (Ronald Dworkin).....	97.
3.3 APLICAÇÃO DIRETA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO PODER JUDICIÁRIO.....	99.
3.3.1 Primeiro caso.....	100.
3.3.2 Segundo caso.....	103.
3.3.3 Terceiro caso.....	107.
3.3.4 Ativismo judicial <i>versus</i> aplicação direta de Direitos Fundamentais.....	112.
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	118.
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	121.

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na linha de pesquisa jurisdição e hermenêutica constitucional e tem a proposta de investigar a função, legitimidade, limites e possibilidades da jurisdição constitucional na pós-modernidade, com ênfase para a aplicação das normas de Direitos Fundamentais diretamente pelo Poder Judiciário. A pesquisa justifica-se pela importância que as decisões judiciais têm assumido no Brasil, em que novos direitos têm sido reconhecidos, com aval do Supremo Tribunal Federal, à mingua de inovação legislativa. São exemplos mais recentes o reconhecimento da validade jurídica da união homoafetiva, a descriminalização do aborto de feto anencéfalo e a garantia do efetivo exercício do direito de greve pelos servidores públicos. Com a redemocratização do País, através da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o sistema jurídico que até então estava fundado no excessivo apego ao texto legal, de tradição romano-germânica, passa a dar primazia a nova interpretação baseada na hermenêutica constitucional, fundada em critérios éticos e em valores democráticos expressos através dos Princípios Constitucionais. É nesse panorama da pós-modernidade, que engloba três novas perspectivas, pós-positivista, neoconstitucionalista e transconstitucionalista, que novas concepções doutrinárias se direcionam em sério compromisso com uma democracia substancial, em que o Poder Judiciário assume papel preponderante como garantia de eficácia dos Direitos Fundamentais. A questão que surge é identificar quando se está diante de efetiva concretização desta categoria de direitos e quando, diferentemente, essas decisões se lançam num desautorizado voluntarismo, próprio do decisionismo jurídico e do ativismo judicial. O objetivo da pesquisa é produzir contribuições sobre o atual estágio do ordenamento jurídico pátrio quanto à aplicabilidade das normas constitucionais, com enfoque nos Direitos Fundamentais e nas possibilidades de sua concretização, diretamente, pelo Poder Judiciário. O Método utilizado tanto na fase de Investigação, quanto nas fases de Tratamento dos Dados e Relatório foi o Indutivo, com utilização das técnicas de investigação da Pesquisa Bibliográfica, da Categoria e do Conceito Operacional.

Palavras-chave: Constituição. Direitos Fundamentais. Princípios. Jurisdição Constitucional. Pós-modernidade.

ABSTRACT

This dissertation, which is part of the line of research jurisdiction and constitutional hermeneutics, investigates the role, legitimacy, limits and possibilities of constitutional jurisdiction in postmodernity, with emphasis on the application of the rules of Human Rights directly by the judiciary. The research is justified by the importance that judicial decisions have assumed in Brazil, where new rights are being recognized, endorsed by the Supreme Court, without legislative innovation. Some recent examples are the recognition of the legal validity of homo-affective marriage, the decriminalization of anencephalic fetus abortion, and the assurance of the effective exercise of the right to strike by public servants. With the redemocratization of the country, through the enactment of the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988, the legal system that was previously established in excessive adherence to the legal text of Roman-Germanic tradition began to give priority to the new interpretation based on constitutional hermeneutics, which is founded on ethical criteria and democratic values expressed through Constitutional Principles. In this panorama of postmodernity, which includes three new prospects, post-positivist, neoconstitutionalist and transconstitutionalist, new doctrinal conceptions have serious commitment to a substantial democracy in which the judiciary plays a leading role, as a guarantee of the efficacy of the Human Rights. The question that emerges is to identify when one is before this effective concretization of this category of rights, and when, on the contrary, these decisions are engaged in unauthorized voluntarism, legal decisionism and judicial activism. The objective of the research is to produce contributions on the current stage of the national legal system in terms of the applicability of the constitutional norms, focusing on Human Rights and the possibilities of their concretization, directly, by the Judiciary. The method used in the Investigation phase and the phrases of Data Analysis and Report was inductive one, using investigative techniques of Bibliographic Research, Category, and Operational Concept.

Keywords: Constitution. Human Rights. Principles. Constitutional Jurisdiction. Postmodernity.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

Seu objetivo científico é investigar a função, legitimidade, limites e possibilidades da jurisdição constitucional na pós-modernidade, com ênfase para a aplicação das normas de Direitos Fundamentais diretamente pelo Poder Judiciário.

Com a redemocratização do País, através da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Poder Judiciário tem sido recorrentemente acionado com vistas à aplicação direta de Direitos Fundamentais. É o que tem revelado com cada vez maior frequência as decisões judiciais tomadas no âmbito do chamado controle de constitucionalidade das leis, a exemplo do reconhecimento da validade jurídica da união homoafetiva, do reconhecimento de conduta penalmente atípica em caso de aborto de feto anencefálico e da garantia do efetivo exercício do direito de greve pelos servidores públicos, todas adotadas à mingua de inovação legislativa.

Estas decisões judiciais, que vêm sendo produzidas não somente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ganham particular interesse científico num país que, como o Brasil, tem seu sistema jurídico fundado na tradição romano-germânica, ou seja, de grande apego ao texto legal. E neste particular o interesse se volta à crescente primazia da hermenêutica constitucional, mormente a partir das possibilidades que lhe emprestam a tessitura aberta dos chamados Princípios Constitucionais.

Mas a pós-modernidade não passa despercebida da crítica, que visualiza em muitas dessas decisões um desautorizado voluntarismo, em verdadeiro decisionismo jurídico. Suspeita-se de efetiva usurpação de competência dos demais poderes da República, pelo sistema de justiça. Nessa linha é a crítica de Lenio Streck, no sentido de que “o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete

quer que ele seja”¹⁵.

Fundamentalmente, questiona-se se com o advento da pós-modernidade o Poder Judiciário se tornou pleno e soberano – em relação aos demais Poderes da República – na aplicação de Direitos Fundamentais? Em assim agindo não haverá usurpação de competência reservada aos demais Poderes?

Para tanto buscou-se pesquisar quais são os limites e as possibilidades da produção do Direito pela via da atividade jurisdicional, especificadamente no ordenamento jurídico positivo erigido com a vigente Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) O Estado Democrático de Direito da pós-modernidade não reserva mais ao Poder Legislativo a exclusividade da produção do Direito, sem que isso se configure num atentado à Constituição;

b) A jurisdição constitucional, a cargo do Poder Judiciário, se afirma como garantia de supremacia da Constituição, em superação ao modelo de supremacia do Parlamento;

c) A abertura das normas constitucionais através dos princípios tem permitido um alcance de problemas sequer previstos pelo legislador, o que tem implicado em significativa ampliação da produção do direito pela via judicial.

d) As normas definidoras de Direitos Fundamentais gozam de aplicabilidade imediata, vinculativa dos três Poderes da República (Legislativo, Executivo e Judiciário) no dever de sua concretização;

e) Não há extrapolação das competências constitucionalmente reservadas ao Poder Judiciário em decisão judicial concretizadora de Direitos Fundamentais de aplicação direta, que assim o reclamam em razão de inequívoca, manifesta e injustificável inércia dos demais Poderes da República.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 25.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente Dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Principia-se, no Capítulo 1, com o estudo das características do Estado Constitucional e do regime democrático; da Constituição como fonte primeira e principal das demais Fontes do Direito; da vinculação constitucional dos poderes constituídos e da jurisdição constitucional com enfoque no controle de constitucionalidade das leis e suas técnicas de decisão. Procurar-se-á investigar de que forma se dá a relação entre a Constituição, os poderes do Estado, a produção do Direito e o controle de sua constitucionalidade. Este estudo envolverá a análise da influência do pós-positivismo, incluídos levantamentos acerca de doutrinas mais recentes no âmbito do neoconstitucionalismo e transconstitucionalismo, na jurisdição constitucional.

O Capítulo 2 tratará da aplicabilidade das normas de Direito Constitucional e, particularmente, daquelas definidoras dos Direitos Fundamentais. Verificar-se-á em que medida estas normas se diferenciam das demais normas constitucionais quanto ao seu grau de eficácia, bem como os limites que o próprio regime lhes empresta.

O Capítulo 3 será dedicado à análise da influência do paradigma pós-modernidade na interpretação constitucional no Estado Democrático de Direito. Serão analisados os limites e possibilidades a cargo do Poder Judiciário na aplicação direta de Direitos Fundamentais estabelecidos na Constituição concebida como um sistema aberto de regras e princípios. Sob estas perspectivas é que serão avaliados os três precedentes acima citados do Supremo Tribunal Federal e, derradeiramente, a relação que mantêm com o ativismo judicial.

A partir do cotejo das premissas estabelecidas nos capítulos precedentes estas possibilidades serão pesquisadas sob o enfoque destas diferentes doutrinas, em verdadeiro teste de adequação de recentes decisões do Supremo Tribunal Federal para com a ordem constitucional vigente.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações

Finais, nas quais são sintetizadas as contribuições sobre o atual estágio do ordenamento jurídico pátrio quanto à aplicabilidade das normas constitucionais, com enfoque nos Direitos Fundamentais e nas possibilidades de sua concretização, diretamente, pelo Poder Judiciário.

O Método utilizado tanto na fase de Investigação, quanto nas fases de Tratamento dos Dados e Relatório é o Indutivo¹⁶.

As técnicas de investigação utilizadas são as da Pesquisa Bibliográfica, da Categoria e do Conceito Operacional, conforme Cesar Luiz Pasold¹⁷.

Nesta Dissertação as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial.

¹⁶ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 12. ed. São Paulo: Conceito, 2011. p. 85-86.

¹⁷ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 12. ed. São Paulo: Conceito, 2011. p.89-90.

CAPÍTULO 1

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E CONTROLE DA CONSTITUIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO

Um estudo acerca da aplicabilidade dos Direitos Fundamentais pelo Poder Judiciário no Brasil deve levar sempre em conta que ditos direitos foram, em sua maior e melhor parte, inseridos no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. É, portanto, um estudo do ordenamento jurídico positivo nacional e, preponderantemente, de Direito Constitucional. Isto não quer dizer que não se deva principiar pela análise dos campos de investigação reservados à Ciência Política, Teoria do Estado e Teoria Constitucional, porquanto o Direito Constitucional se caracteriza, exatamente, por ser o ponto de intersecção entre estas áreas do conhecimento científico e o ordenamento jurídico positivo.

Neste capítulo serão estudadas as características que balizam o Estado Constitucional e o regime democrático, ambos princípios estruturantes do Estado brasileiro; a Constituição como Fonte (das fontes) do Direito; a teoria da tripartição das funções e a jurisdição constitucional sob enfoque do controle de constitucionalidade das leis.

Fundamentalmente é esta relação entre a Constituição, os poderes do Estado, a produção do Direito e o controle de sua constitucionalidade das leis que será estudada, mormente em razão do redimensionamento das funções estatais na pós-modernidade e no âmbito do Estado Democrático de Direito.

1.1 ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO E REGIME DEMOCRÁTICO

Mesmo com uma história política ainda breve na comparação com países europeus, o Brasil já esteve sob os mais variados regimes de governo. Logo após a

independência seu primeiro governo soberano se formou sob monarquia imperial, instituído pela Constituição de 1824¹⁸. De lá para cá oscilaram regimes autoritários e democráticos, tendo se sujeitado até mesmo a um estado de exceção¹⁹. Atualmente, com a vigente Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, galgou-se a condição de Estado Democrático de Direito, segundo previsão expressa do seu art. 1º²⁰.

A humanidade como um todo percorreu longo caminho até construir um modelo de Estado Democrático. “Cada momento histórico e o correspondente modo de produção (prevalecente) engendraram um determinado tipo de Estado.”²¹.

A própria noção de Estado tal como hoje se reconhece é criação moderna. Segundo Norberto Bobbio, “É fora de discussão que a palavra ‘Estado’ se impôs através da difusão e pelo prestígio do *Príncipe* de Maquiavel.”²², obra datada de 1513. Apesar da discussão acerca do exato momento do nascimento do Estado, Dalmo de Abreu Dallari sustenta sua existência em “[...] todas as sociedades políticas que, com autoridade superior, fixaram as regras de convivência de seus membros.”²³.

¹⁸ “Art. 1. O IMPERIO do Brasil é a associação Política de todos os Cidadãos Brasileiros. Elles formam uma Nação livre, e independente, que não admite com qualquer outra laço algum de união, ou federação, que se opponha á sua Independencia.”. BRASIL. Constituição (1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

¹⁹ A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, decretada pelo então presidente da República, Getúlio Vargas, em 10.11.1937, previa em seu art. 187 que a mesma seria submetida a plebiscito nacional, na forma regulada em decreto do Presidente da Republica. Como isto nunca ocorreu, muito autores sustentam que nem sequer vigorou de direito, não passando o Estado Novo de um mero regime de exceção constitucional. “Art 187 - Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República.”. BRASIL. Constituição (1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

²⁰ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”. BRASIL. Constituição Federal (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

²¹ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 28.

²² BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**; por uma teoria geral da política. 6. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 65.

²³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva,

O Estado Moderno, no entanto, só vai se conformar na passagem do período medieval para Idade Moderna²⁴, a partir de quando se encontram reunidos todos os seus elementos essenciais, quais sejam, “[...] o território e o povo, como elementos materiais; o governo, o poder, a autoridade ou o soberano, como elementos formais.”²⁵. Hans Kelsen ainda faz uma análise própria em relação ao governo, pois entende que “[...] o poder do Estado ao qual o povo está sujeito nada mais é que a validade e a eficácia da ordem jurídica, de cuja unidade resultam a unidade do território ao povo.”²⁶.

Interessa nesse estudo a análise do Estado Constitucional Moderno²⁷, que “nasce das lutas contra o absolutismo, sobretudo através da afirmação dos direitos naturais da pessoa humana”²⁸, e cujas bases ainda prevalecem e sob as quais está assentado o denominado Estado Democrático de Direito²⁹.

Neste processo de conversão, que culminou com a Revolução Francesa em 1789, tendo sido operado pelo que se denominou de Constitucionalismo,

1995. p. 43.

²⁴ A doutrina elege o ano de 1648, data em que assinada a paz de Westfália, como sendo o marco do nascimento do Estado Moderno. “Pelos tratados de Westfália, assinados no ano de 1648, foram fixados os limites territoriais resultantes das guerras religiosas, principalmente da Guerra dos Trinta Anos, movida pela França e seus aliados contra a Alemanha. A França, governada então pelo Rei Luiz XIV, consolidou por aqueles tratados inúmeras aquisições, inclusive a Alsácia. A Alemanha, territorialmente prejudicada, beneficiou-se, entretanto, como todos os demais Estados, pelo reconhecimento de limites dentro dos quais teria poder soberano.”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 45.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 39.

²⁶ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes. p. 364.

²⁷ Adota-se a classificação de Paulo Márcio Cruz, segundo o qual “Para efeitos conceituais, o Estado Constitucional Moderno é gênero do qual Estado Liberal, Estado Social, Estado de Bem-Estar, Estado Contemporâneo e todas as outras denominações dadas às variações de seu âmbito de atuação são espécies. Ou seja, há uma só matriz político-jurídica com vários modelos que foram surgindo a partir de decisões – ou necessidades – ideológicas.”. CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2011. p. 34.

²⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 124.

²⁹ Segundo Paulo Bonavides, o Estado constitucional se apresenta em três e distintas modalidades, sendo a primeira o Estado constitucional da separação dos poderes, também identificado como Estado Liberal; a segunda, o Estado constitucional dos direitos fundamentais, representado pelo Estado Social; e a terceira modalidade o Estado constitucional da Democracia participativa, que o autor denomina de Estado Democrático-Participativo. BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 29.

resultou o aparecimento de constituições escritas³⁰ na maior parte dos regimes democráticos do mundo ocidental. A primeira delas foi adotada pelo Estado da Virgínia, em 1776, logo após a sua independência, enquanto colônia da Coroa Inglesa na América do Norte. Os Estados Unidos da América adotaram a sua constituição escrita em 1787 e os franceses em 1791. Foi na linha desse movimento liberal que o Imperador Dom Pedro I outorgou a primeira Constituição dos Estados Unidos do Brasil, logo após o processo de independência desta antiga colônia de Portugal³¹.

As constituições escritas, também ditas codificadas, nasceram do ideal liberal e iluminista do séc. XVIII, como instrumento de garantia de limitação do poder do Estado e afirmação das liberdades fundamentais. Tanto é assim que se fez consignar no art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão que “[...] a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”³².

Não é bastante, no entanto, que o Estado adote uma Constituição para se caracterizar como Estado Democrático de Direito. Como bem observa Paulo Márcio Cruz, os governos democráticos só assim se caracterizam se compartilharem certas características políticas:

A primeira é a realização periódica de eleições livre para escolher seus governantes. Isto implica, no Estado atual, reconhecimento de partidos políticos e a capacidade de sufrágio dos cidadãos maiores de idade não incapazes. A segunda é a configuração dos órgãos de Governo vinculados ao princípio da separação e interrelação dos poderes que, na prática, principalmente no sistema parlamentarista, funciona como uma contínua relação dialética entre a maioria governamental e a minoria da oposição. A terceira e última característica é a vigência de uma série de liberdades individuais – como as de expressão, reunião, circulação, associação, etc. – e de direitos – de acesso à justiça, ao voto democrático, etc – que se constituem em limites cuja infração determina o

³⁰ Entendida como aquela “[...] cujas regras se contêm num documento elaborado para fixar a organização fundamental (a Constituição em sentido estrito).”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.13.

³¹ BRASIL. Constituição (1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

³² FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: <<http://www.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem>>. Acesso em: 26 mar. 2014.

início de um processo de reparação dos mesmos³³.

Por isso enquanto o mero Estado de Direito se identifica como o primeiro modelo de Estado Constitucional Moderno, também conhecido como Estado-liberal e fruto das revoluções burguesas, o Estado Democrático de Direito pressupõe um compromisso ético e permanente com o regime e com as práticas democráticas³⁴.

Perceba-se que a democracia é forma de governo praticada desde a antiguidade, enquanto que os regimes constitucionais são legados das revoluções burguesas do final do séc. XVIII.

Em A Política, Aristóteles deixa claro que “[...] a primeira espécie de democracia é aquela que tem a igualdade por fundamento.”³⁵. Igualdade entendida como universalização de direitos políticos. Segundo Norberto Bobbio, modernamente o único modo de se chegar a um acordo sobre o termo democracia é considerá-lo caracterizado por um conjunto de regras que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos; e arremata: “Quando se diz que no século passado ocorreu em alguns países um contínuo processo de democratização quer-se dizer que o número dos indivíduos com direito ao voto sofreu um progressivo alargamento.”³⁶.

Ainda hoje, porém, parte significativa da população mundial não conquistou o direito de viver sob regime adequadamente democrático. É que desde as primeiras práticas democráticas da antiguidade até a consolidação do Estado

³³ CRUZ, Paulo Márcio. **Parlamentarismo em estados contemporâneos**: os modelos da Inglaterra, de Portugal, da França e da Alemanha. 2. ed. Itajaí: UNIVALI; Blumenau: FURB, 1999. p. 36-37.

³⁴ “O Estado Democrático de Direito é aquele que se pretende *aprimorado*, na exata medida em que não renega, antes incorpora e supera, dialeticamente, os modelos *liberal* e *social* que o antecederam e que propiciaram o seu aparecimento na História.”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 139.

³⁵ E complementa o autor: “Nos termos da lei que regula essa democracia, a igualdade significa que os ricos e os pobres não têm privilégios políticos, que tanto uns como outros não são soberanos de um modo exclusivo, e sim que todos o são exatamente na mesma proporção. Se é verdade, como muitos imaginam, que a liberdade e a igualdade constituem essencialmente a democracia, elas, no entanto, só podem aí encontrar-se em toda a sua pureza, enquanto gozarem os cidadãos da mais perfeita igualdade política. Mas, como o povo constitui sempre a parte mais numerosa do Estado, e é a opinião da maioria que faz a autoridade, é natural que seja esse o característico essencial da democracia.”. ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru: Edipro, 1995. p. 201.

³⁶ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2011. p. 31.

Democrático de Direito a humanidade vivenciou, e vive, regimes autoritários que sequer se sujeitam a eleições livres³⁷.

O Brasil, de histórica política recente, tem alternado momentos de compromisso maior e menor com o regime democrático. Assim foi quando da passagem da monarquia imperial (1822-1889) para primeira (ou velha) República (1889-1930). Depois com o Estado Novo (1937) e a segunda (ou nova) República (1945-1964). E, finalmente, com o regime militar (1964) e a redemocratização em 1985. Mas mesmo que intercalados os períodos de práticas democráticas, Paulo Bonavides e Paes de Andrade não vislumbram avanços significativos antes do advento da vigente Constituição, numa chamada crise constituinte permanente:

A tragédia do constitucionalismo brasileiro reside em que jamais sequer nos foi possível pela natureza da sociedade – o Império escravocrata e patriarcal fazia avultar a opressão dos fortes sobre os fracos invalidando assim toda veleidade de contrato social, ponto de partida para a eliminação de desigualdades e privilégios – jamais nos foi possível ultrapassar a crise constituinte da constitucionalidade formal; crise basicamente política, em termos tradicionais. Converteu-se portanto aquilo que deveria ter sido mera crise constitucional em crise constituinte permanente, de último bastante agravada, na idade do Estado social, pelo copioso ingresso dos direitos e adiantamentos sociais na ordem da rigidez constitucional, como se pretende, para maior eficácia e segurança jurídica, devida não só ao estamento obreiro senão por igual a todas as categorias da sociedade³⁸.

Mas esta desconfiança é dissipada com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que apesar de sido convocada pelo Poder Constituinte Derivado, através da Emenda Constitucional n. 26/85³⁹, revelou-

³⁷ De acordo com a organização sem fins lucrativos *Freedom House* (Casa da Liberdade), fundada em 1941 e sediada em Washington, D.C., dos 195 Estados analisados somente 123 são democracias eleitorais, o que corresponde a 63%. Disponível em <<http://www.freedomhouse.org>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

³⁸ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: OAB, 2002. p. 18.

³⁹ Não obstante a convocação pelo Poder Constituinte Derivado, a doutrina pátria reconhece que a instalação de uma verdadeira e soberana Assembleia Nacional Constituinte, resultando daí genuína obrga do Poder Constituinte Originário. São isolados os posicionamentos que rejeitam essa qualidade à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a exemplo de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Indubitavelmente, a nova Constituição foi obra de um poder derivado, conquanto a paixão política levasse muitos a sustentar o insustentável – ser uma Constituinte, convocada por uma Emenda à Constituição então vigente, composta inclusive por senadores eleitos há quatro anos, poder originário [...]” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.170.

se verdadeiramente soberana e, tendo como marca a transição pacífica dos regimes, através do debate democrático permitiu a edificação de sólidas bases tanto para efetivação do Estado Democrático de Direito quanto dos Direitos Fundamentais⁴⁰. É assim que considera José Afonso da Silva ao descrever a superação da crise ética oficial do sistema pela Nação com o regime implantado através da chamada Constituição Cidadã⁴¹.

A vigente Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, não só redimensionou o regime, como instaurou um Estado comprometido com a ordem democrática, na busca da construção de um sociedade livre, justa e solidária. É neste Estado Democrático de Direito que a universalização do acesso aos Direitos Fundamentais são elevados à própria razão de funcionamento dos poderes do Estado, a garantir-se, sob todas as formas, a sua máxima eficácia possível.

1.2 CONSTITUIÇÃO COMO FONTE (DAS FONTES) DO DIREITO

Nos sistemas constitucionais dos mais diversos regimes jurídicos é possível encontrar formas de manifestação da norma jurídica decorrentes tanto da lei, quanto do costume e da jurisprudência; o que varia entre os diversos países é o grau e a articulação entre estas Fontes do Direito.

⁴⁰ “Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.”. BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

⁴¹ “A Constituinte de 1987-1988 foi o primeiro passo nesse sentido, com a elaboração da Constituição de 1988 e a criação de um novo tipo de Estado de Direito: *Estado Democrático de Direito*, cuja configuração não significa apenas a reunião formal dos conceitos do Estado Democrático e do Estado de Direito. Revela, em verdade, a criação de um conceito novo que incorpora os princípios daqueles dois tipos de Estados, mas os supera na medida em que agrega um componente revolucionário de transformação do *status quo*. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em *Estado Democrático de Direito*, que tem como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, os quais revelam uma preocupação, consciente ou não de distinguir a ética política da ética individual, pois ali estão os primeiros fundamentos, os pressupostos, sob os quais pode haver o desenvolvimento e a satisfação de interesses superiores, que caracterizam, como vimos, com base em Kriele, uma ética política distinta da ética utilitarista, individual ou corporativa. Aí estão as bases para a construção de uma sociedade livre e solidária, funda no respeito à dignidade da pessoa humana, à dignidade um do outro. A participação popular no processo constituinte foi fundamental para se chegar ao resultado alcançado.”. SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 125-126.

Há, no entanto, uma antiga distinção entre fonte material e fonte formal do Direito, que permeia também o Direito Constitucional, e que merece a devida atenção.

A Ciência Jurídica tem designado de fontes materiais ou imediatas do Direito às razões últimas, aos motivos lógicos ou morais que guiaram o legislador em sua tarefa. Trata-se, pois, de pesquisa de natureza filosófica, que diz respeito às condições lógicas e éticas do fenômeno jurídico⁴². Por isso, muitos autores preferem situar as fontes materiais ou imediatas fora do campo do ordenamento jurídico positivo.

De qualquer forma, é inegável a importância destas condicionantes do fenômeno jurídico, mormente no âmbito do Direito Constitucional onde os fatos políticos, econômicos e sociais merecem ser contemplados nas causas da adoção de constituições escritas em cada momento histórico, em cada país. E, neste particular, não se pode desconhecer que o Brasil vivenciou um momento histórico e político sem precedentes na Constituinte de 1987-1988, por se ter conseguido transitar, como visto, do regime autoritário para a redemocratização sem ruptura constitucional⁴³.

Mas como são poucos os autores que reconhecem a existência de fontes materiais do Direito, cumpre dar maior importância às chamadas fontes formais ou, como quer Hans Kelsen, fontes jurídico-positivas⁴⁴.

Bem entendido, para Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, “num sentido

⁴² “Como se vê, o que se costuma indicar como a expressão ‘fonte material’ não é outra coisa senão o estudo filosófico o sociológico dos motivos éticos ou dos fatos econômicos condicionam o aparecimento e as transformações das regras do direito.”. REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.140.

⁴³ “É de todo impossível compreender a missão cumprida pela Assembléia Nacional Constituinte sem o preliminar exame de suas nascentes políticas, tão decisivamente definidoras da natureza, do cunho e da qualidade desse colégio soberano, o mais singular de toda a histórica constitucional do País. Com efeito, foi ela a primeira Constituinte brasileira que não se originou de uma ruptura anterior das instituições; esta, portanto, a primeira constatação que a mais superficial análise histórica de nosso passado prontamente descobre.”. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: OAB, 2002. p. 455.

⁴⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 251.

jurídico-positivo, fonte do Direito só pode ser Direito”⁴⁵. Daí porque afirma o referido autor que “a Constituição é a fonte das normas gerais produzidas por via legislativa ou consuetudinária; e uma norma geral é a fonte da decisão judicial que a aplica e que é representada por uma norma individual.”⁴⁶.

Em verdade, todo o problema das fontes do Direito deve ser encarado – como anota o professor Gomes Canotilho – como um problema “[...] a determinar, dentre os poderes do Estado, quais os que têm o poder de criar direito [...]”⁴⁷.

Atualmente, é assente nas democracias modernas que todo poder emana do povo, que é, portanto, quem, em última análise, tem condições de estipular os limites jurídicos de sua própria conduta. Nalguns Estados, o povo não sentiu necessidade de estabelecer por escrito a Constituição, já que o respeito às instituições existentes garantiu estabilidade às fontes produtoras do Direito, mesmo diante de períodos revolucionários. É o caso da Inglaterra, que não tem uma Constituição escrita, mas nem por isso inexistente consentimento quanto aos poderes de criação e aplicação do Direito nacional.

Países cujo Direito advém de origem romanística têm na lei a sua fonte primeira e disciplinadora do poder do Estado (*Civil Law*). Nestes as Constituições escritas se revelam como verdadeira e primeira fonte de criação do Direito⁴⁸. É o que Gomes Canotilho chama de norma primária sobre a produção jurídica, a partir da qual: a) se identifica as Fontes de Direito; b) se estabelece os critérios de validade, eficácia e hierarquia das normas produzidas pelas várias Fontes de Direito; e, finalmente, c) se individualizam as competências normativas de cada ente

⁴⁵ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 251.

⁴⁶ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 251.

⁴⁷ Canotilho, J.J.Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 757.

⁴⁸ “A lei possui um importante papel na estrutura jurídica da *civil law*, sendo o ponto de partida para o jurista, que irá analisar a lei, interpretar e aplicar conforme a realidade que está sendo proposta. As demais fontes de direitos atuam de formas assistenciais à lei. A estrutura das constituições e leis utilizadas por estes Estados são semelhantes, pois tiveram a influência do Direito Romano.”. Soares, Josemar Sidinei. A ética como critério para mediação de conflitos entre sistemas jurídicos. In: Savaris, José Antonio; Strapazzon, Carlos Luiz. (Coord.). **Direitos fundamentais da pessoa humana: um diálogo latino-americano**. Curitiba: Alteridade, 2012. p. 599.

constitucional⁴⁹.

Com efeito, ao dispor acerca do Poder Legislativo, delegando o poder de editar leis, a Constituição elege a lei (em sentido lato) como uma primeira Fonte de Direito. Mas a Constituição, definitivamente, não é a única Fonte de Direito. Ela própria, em seu texto, prevê a atribuição de outras formas de produção normativa. Basta verificar os dispositivos que atribuem competência para criação de Direito, a exemplo da competência que se atribui aos tribunais para editar seus próprios regimentos internos⁵⁰ e ao Poder Executivo para editar medidas provisórias, leis delegadas, regulamentos e atos administrativos⁵¹.

Mas não é só na atividade normativa que a Constituição prevê a produção do Direito. O próprio Poder Judiciário, com seu poder de tutelar direitos, revela o conteúdo jurídico da norma ao concretizar a Constituição⁵². E a reiteração das decisões judiciais num mesmo sentido de interpretação formará o que se conhece por jurisprudência ou fonte jurisprudencial⁵³.

Por fim, em relação ao costume como Fonte de Direito Constitucional não há unanimidade entre os autores. Nos países em que se adota a chamada Constituição costumeira, dita não escrita, a sua importância é fundamental. O problema é naqueles em que a Constituição positivou-se de forma escrita, mormente porque, de regra, estas não fazem menção alguma aos costumes jurídicos, nem muito menos aos órgãos competentes para sua aplicação.

⁴⁹ CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 605-606.

⁵⁰ Art. 96, I, "a". BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

⁵¹ Arts. 62, 68, 84, IV e VI. BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

⁵² "[...] Quando se compreende a distinção entre texto normativo e 'norma jurídica', vendo-se essa última como interpretação do texto legal, torna-se fácil atribuir ao juiz a missão de construir a 'norma jurídica' que cristaliza a compreensão da lei na medida das normas constitucionais – ou mesmo, na hipótese específica de tutela de direitos fundamentais colidentes, a razão jurídica determinante, diante do caso concreto, da prioridade de um direito fundamental sobre o outro.". MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 136.

⁵³ "Chama-se *Jurisprudência*, em geral, ao conjunto das soluções dadas pelos tribunais às questões de Direito; relativamente a um caso particular, denomina-se *jurisprudência* a decisão constante uniforme dos tribunais sobre determinado ponto de Direito.". MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.144.

Não obstante, se os costumes nascem da própria manifestação popular e, ainda, porque as Constituições democráticas reconhecem no povo a titularidade do poder do Estado, não se pode negar ao povo o poder de produção do Direito. Ademais, o controle da aplicação dos costumes caberá, em última análise, ao Poder Judiciário por ocasião do exercício da jurisdição, reconhecendo em cada caso o costume constitucional como criador do Direito (Fonte de Direito Constitucional).

Jorge Miranda é enfático ao admitir o reconhecimento do costume como Fonte de Direito Constitucional também em sistemas de Constituição formal⁵⁴. Cumpre notar, entretanto, que só há um ordenamento constitucional, centrado na Constituição formal; não dois sistemas constitucionais, um de origem legal, outro de origem consuetudinária.

O costume, por conseguinte, possui valor supra legislativo, e só pode ser substituído por lei constitucional ou por outro costume constitucional, segundo o referido autor⁵⁵.

Vê-se, portanto, que a Constituição escrita não é a única Fonte de Direito, mas a genuína fonte das diversas Fontes de Direito. É fonte maior, que conforma o conteúdo normativo da produção do Direito por meio das diversas fontes que institui, em todas as suas modalidades (legal, jurisprudencial e, mesmo, consuetudinária).

Daí porque a instituição do Estado Democrático de Direito por meio de uma Constituição escrita implicará diretamente na produção do Direito. O comprometimento com os Direitos Fundamentais da pessoa humana, com a justiça

⁵⁴ “O costume possui, decerto, um relevo bem secundário no domínio do Direito Constitucional. A verificação mais elementar assim o comprova. Mas não porque o proíba a Constituição em sentido formal, e sim porque a vocação desta vem a ser a de regular a totalidade das relações políticas e apenas onde ela não chega ou onde não é efectiva pode entrar o costume. A existência de Constituição formal não determina a sua exclusividade; determina (parafraseando HELLER) a primazia da normatividade constitucional. O que a Constituição formal implica não é a proibição de normas constitucionais criadas por outra via que não a legal; é que tais normas se lhe refiram, nela entronquem e formem com ela, e sob a sua égide, um incindível contextura sistemática. A esta luz, quando se estipula que o poder é exercido nos termos da Constituição, tem de se entender que Constituição abrange, em primeiro lugar, a Constituição formal escrita e, em segundo lugar, as normas consuetudinárias que, de diversos modos, a venham complementar. Constituição é tudo e é essa que os órgãos do poder têm de acatar.”. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. Tomo II. p. 120.

⁵⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. Tomo II. p. 121.

social e com a construção de uma sociedade pluralista, são valores constitucionais que passam a determinar o conteúdo da produção normativa. E aí reside o grande diferencial em relação ao Estado de Direito de viés liberal, cujas constituições se restringiram à regulamentação formal da produção do Direito, diminuindo em muito sua importância no sistema das Fontes de Direito.

1.3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

O Estado Moderno advindo em fins do séc. XVIII, de base racionalista, caracterizou-se por eleger a Constituição escrita como instrumento de garantia de limitação dos governos. Estas Constituições, segundo a concepção de Sieyès, são fruto de um poder que lhe é anterior e superior, denominado Poder Constituinte⁵⁶.

As Constituições escritas, por sua vez, adotaram a técnica da rigidez por meio da qual somente por um procedimento mais agravado do que o estabelecimento para as legislaturas ordinárias podem ser alteradas. Por esta técnica procurou-se garantir maior estabilidade institucional ao ordenamento jurídico positivo, impedindo que maiores parlamentares passageiras pudessem romper com as conquistas de uma Nação galgadas por meio de uma constituinte.

Exemplo clássico de Constituição rígida é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cujo art. 60 prevê quórum de três quintos e dupla votação em cada Casa do Congresso Nacional para aprovação de Proposta de Emenda à Constituição, enquanto que para as leis complementares exige-se quórum inferior de maioria absoluta, sem necessidade de dupla votação⁵⁷.

⁵⁶ Ao elaborar a Teoria do Poder Constituinte, Emmanuel Joseph Sieyès deixou bem vincada a distinção entre o poder de fazer a Constituição, dito Poder Constituinte, e o mero poder de fazer as leis, entregue à legislatura ordinária, então dito Poder Constituído, o que se pode extrair do seguinte excerto de sua obra: “Mas é verdade que uma representação extraordinária não se parece em nada com a legislatura ordinária. São poderes diferentes. Esta só pode se mover nas formas e condições que lhe são impostas. A outra não está submetida a nenhuma forma em especial: se reúne e delibera como faria a própria nação se, mesmo composta por um pequeno número de indivíduos, quisesse dar uma constituição a seu governo.”. SIEYÈS, Emmanuel Joseph; BASTOS, Aurélio Wander. **A constituinte burguesa**: qu'est-ce que le Tiers État?. 4. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001. p. 53.

⁵⁷ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.”. BRASIL. Constituição (1988). Disponível em:

Nestes sistemas de Constituição rígida os poderes constituídos somente podem atuar nos limites conferidos pelo poder que lhes constituiu, sob pena de se incorrer em inconstitucionalidade⁵⁸, e, por conseguinte, na invalidade da norma inferior⁵⁹.

Por isso é que se reconhece às normas constitucionais verdadeira superioridade em relação a todas as demais leis e atos jurídicos produzidos do sistema jurídico, entendendo-se aquelas como que situadas no ápice de um sistema hierárquico de normas. É o que se chama de supremacia da Constituição ou supremacia constitucional⁶⁰.

O método de verificação dos conflitos entre a Constituição e atos infraconstitucionais, por sua vez, é chamado de controle de constitucionalidade das leis, na definição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Controle de constitucionalidade é, pois, a verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente da lei) à Constituição. Envolve a verificação tanto dos *requisitos formais* – subjetivos, como a competência do órgão que o editou – objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição – quanto dos *requisitos substanciais* – respeito aos direitos e às garantias consagradas na Constituição – de constitucionalidade do ato jurídico⁶¹.

O controle de constitucionalidade tem se revelado em mecanismo

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

⁵⁸ “Constitucionalidade e inconstitucionalidade designam *conceitos de relação*, ou seja, a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não em seu sentido.” MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988. Tomo II. p. 273-274.

⁵⁹ “Essencialmente, a garantia da Constituição repousa em um juízo de conformidade ou desconformidade de seus preceitos face às demais normas. Deve-se saber se certo ato normativo é contrário ou não ao Texto Maior e, se contrário, torná-lo ineficaz, anulá-lo, ou ainda nulificá-lo (dependendo do sistema adotado).” PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 65.

⁶⁰ “Que a validade de uma norma fundamenta a validade de uma outra norma, de um modo ou de outro, constitui a revelação entre uma norma superior e uma inferior. Uma norma está em relação com uma outra norma; a superior em relação com uma inferior, se a validade desta é fundamental pela validade daquela. A validade da norma inferior é fundamentada pela validade da norma superior pela circunstância de que a norma inferior foi *produzida* como prescreve a norma superior, pois a norma superior, em relação com a inferior, tem o caráter de Constituição, pois que a natureza da Constituição existe na regulação da produção de normas.” Kelsen, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 330.

⁶¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 34.

essencial da garantia de supremacia da Constituição. Isto porque pouco adiantaria estabelecer um sistema escalonado de validade das normas jurídicas se ausente um mecanismo (método) de se expurgar do sistema normativo as normas inferiores incompatíveis com a norma superior. Ao garantir a invalidade das leis inferiores em face da Constituição o controle de constitucionalidade das leis age como efetiva garantia da (própria) Constituição, isto é, garantia de sua prevalência e eficácia.

Este método, de controle dos atos inferiores em face da Constituição, advém da Antiguidade, em que já se fazia distinção entre leis de cunho constitucional e a demais então ordinárias (ainda que não eram assim denominadas)⁶². É com o aparecimento do Estado Moderno, no entanto, que vão se desenvolver e aprimorar os diversos sistemas de controle de constitucionalidade das leis, sendo três grandes modelos: de fiscalização política, de fiscalização judicial e de fiscalização jurisdicional concentrada⁶³.

O modelo de fiscalização política se subdivide naquele em que o controle é realizado pelo próprio Parlamento, presente em quase todos os países europeus no séc. XIX e na Inglaterra até hoje, e no qual a fiscalização é feita por um órgão de composição política especialmente constituído para esse fim, como ocorre em França.

Com efeito, mesmo sem adotar uma Constituição escrita propriamente dita, a Inglaterra desenvolveu um sistema de controle constitucionalidade a cargo do Parlamento. Por força do princípio da supremacia do parlamento os tribunais

⁶² “A superioridade de tais leis, em Atenas, era garantida por um verdadeiro antecedente da ação direta de inconstitucionalidade, aparentemente uma criação do Direito Constitucional moderno. Por meio de uma ação, podia-se impugnar a criação de leis que contradissem aquelas normas tidas por fundamentais, concernentes à estrutura fundamental da cidade-estado ateniense.”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 4.

⁶³ “A observação histórico-comparativa revela três grandes modelos ou sistema típicos de garantia da constitucionalidade. [...] São esses modelos: 1º) O modelo de fiscalização *política*, dito habitualmente de tipo francês (por ligado aos dogmas do constitucionalismo francês – e, portanto, europeu continental – dos séculos XVIII e XIX); 2º) O modelo de *fiscalização judicial* (*judicial review*) desenvolvido nos Estados Unidos desde 1803; 3º) O modelo de *fiscalização jurisdicional concentrada* em Tribunal Constitucional ou austríaco (por ter por paradigma o tribunal instituído pela Constituição austríaca de 1920) ou europeu (por hoje se ter estendido a toda a Europa).”. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2001. p.105-106.

ingleses e, em última instância, a Casa dos Lordes (*House of Lords*)⁶⁴, se recusam a retirar a eficácia formal de uma norma jurídica quando anulam decisões que contrariam textos constitucionais, mas – como explica Lenio Streck - “[...] na prática, a partir da vinculação pela doutrina do *stare decisis*, ocorre uma nova norma que é obedecida pelo restante do sistema.”⁶⁵.

Em França, sob influência de Sieyès, a Constituição do ano VII (1799) entregou ao Senado a tarefa de conservar a Constituição e, assim, anular leis inconstitucionais. Apesar de tudo, o início do sistema foi um fracasso, dado que o Senado se dobrou a persuasão do Imperador Napoleão Bonaparte, deixando de anular várias leis inconstitucionais. A França nunca confiou o bastante nos juízes para atribuir-lhes a jurisdição constitucional, dado o passado que sempre volta à tona do *ancien régime*⁶⁶. Também a crença de que é o Parlamento, através da edição de lei, que tem condições de expressar a vontade geral da Nação os levou a impedir que esta sofresse controle senão, apenas, pelo mesma assembleia representativa⁶⁷.

Atualmente, porém, já não é mais um dogma a soberania da lei (vontade geral), tão sujeita à instabilidade das maiorias passageiras. A Constituição de 1958

⁶⁴ “Na Inglaterra há exercício de funções judiciárias pela Câmara dos Lordes (Poder Legislativo), mas se trata de vestígio histórico. Hoje, *formalmente*, o mais alto tribunal britânico é a Câmara dos Lordes. Entretanto, *efetivamente*, quem julga é seu *Appellate Committee*, do qual participam o *Lorde Chancellor* (Presidente da Câmara), 11 Lordes Judiciais nomeados e os Lordes que já exercem funções judiciárias prevista na lei. Este o sistema que vige na Inglaterra, com todo o poder atribuído ao Parlamento, sendo, em certo sentido, o fiscalizado de si mesmo.”. PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**: conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 107.

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 247.

⁶⁶ Antigo regime, como se referente ao período anterior à Revolução Francesa em 1789.

⁶⁷ “A Constituição francesa de 1852, quase cópia daquela do ano VII (1799), repetiu a criação do Senado Conservador, com membros vitalícios nomeados pelo Imperador, que teve, também, obscura existência, repetindo o fracasso anterior. Em realidade, na França, e esse é o aspecto *cometimento* de quase todos os seus textos constitucionais, parece que se não confia nos juízes para atribuir-lhes a jurisdição constitucional. E assim já anteriormente à Revolução de 1789, posto estar na lembrança dos revolucionários os abusos que os juízes do *ancien régime* praticavam, especialmente as Cortes Superiores (*Parlements*), que consideravam seu ofício como um direito patrimonial, que se comprova, vendia, transmitia por herança e – especialmente – porque sobrevivia-se às custas dos litigantes. A referência às cortes eram apenas aos seus abusos, privilégios e espírito de casta (*sprti de caste*); ademais, como lembra Philippe Ardant, existia na França o ‘mythe de la loi’, parecendo intolerável a decisão do Parlamento, que exprime a *vontade geral* da Nação, ser controlada ou anulada por um órgão a ele exterior.”. PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**: conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 108-109.

da França prevê um controle quase sempre preventivo, feito por Conselho Constitucional, composto por nove membros, sendo três nomeados pelo presidente da República; três nomeados pelo presidente da Assembleia; e, finalmente, três nomeados pelo presidente do Senado. Apesar de ser um sistema controle de constitucionalidade das leis atribuído a um órgão de composição política, não deixa de ter um viés jurídico, já que, apesar de ser exercido em caráter preventivo, isto é, na fase final do processo legislativo, não admite emendas aos projetos de lei - como se atuasse como legislador negativo - e o controle é feito sempre em face de outra lei, a Constituição⁶⁸. Este modelo também evoluiu e mais recentemente, com a reforma constitucional de 23 de julho de 2008, que introduziu o artigo 61-1 na Constituição da França, passou-se a admitir a impugnação de inconstitucionalidade de forma incidental e repressiva de leis através da chamada questão prioritária de constitucionalidade (QPC)⁶⁹.

Diferente, o sistema de controle de constitucionalidade norte-americano instaurou a via Judicial de controle. Tanto na Inglaterra quanto no próprio cotidiano

⁶⁸ “Discuti-se acerca da natureza da função do Conselho Constitucional. Quem tem qualificado ao Conselho Constitucional de órgão assim tem procedido baseando suas teses em dois argumentos absolutamente distintos. Assim, consoante assevera Falcón, os primeiros detratores do Conselho firmaram posição, por um lado, na natureza das próprias competências do órgão, que consideravam em si mesmas *políticas* apesar de sua aparência, e, por outro, em sua mesma composição, a qual, condicionada pelo sistema de seleção dos membros, privava a instituição das mais elementares garantias de independência. A este setor doutrinal se opõe outro, que ademais de ser maior em número, agrupa também a quem mais se tem distinguindo na França no estudo da instituição sob comento, isto é, aqueles sustentam que o Conselho Constitucional, quando desempenha o controle de constitucionalidade ou de reparo das competências normativas, se comporta como um verdadeiro órgão *jurisdicional*. Tais autores, assevera Falcón, partem basicamente da idéia, exposta por M. Waline, de que os elementos caracterizadores de uma *jurisdição* são somente dois: um material, a resolução da questão fundada segundo considerações de direito e não de equidade, e outro formal, a *autoridade de coisa julgada*, em virtude de qual essa resolução não pode ser posta em entendimento.” STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 279-280.

⁶⁹ “Antes da reforma não era possível impugnar a constitucionalidade de uma lei que já havia entrado em vigor. Todavia, após a reforma, qualquer pessoa, na condição de parte em um processo judicial ou administrativo, pode alegar, no processo em que figura, que uma disposição legislativa viola os direitos e liberdades garantidos pela Constituição. Neste caso, a questão será submetida, por encaminhamento do Conselho de Estado ou do Tribunal de Cassação, ao Conselho Constitucional, que deve decidi-la no prazo especificado.” CUNHA JÚNIOR, Dirley da. O Controle de Constitucionalidade na França e as alterações advindas da Reforma Constitucional de 23 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/O_Controlde_de_Constitucionalidade_na_Franca_e_as_Alteracoes_advindas_da_Reforma_Constitucional_de_23_de_julho_de_2008.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2014.

das treze colônias Norte-Americanas independentes, já se conhecia a prática de anulação pelo Poder Judiciário de leis inferiores contrárias às leis superiores, ou Cartas, tudo para combater a soberania dos Parlamentos. A instauração coube ao juiz Marshall no caso *Marbury versus Madison*, julgado no ano de 1802, durante a transição dos governos do presidente Adams (federalistas) para Jefferson⁷⁰. Assinala com precisão Paulo Bonavides o raciocínio desenvolvido por Marshall para desenvolver o controle de constitucionalidade norte-americano, já que a Constituição (de 1787) não previa fosse este efetuado pelo Poder Judiciário:

As reflexões do juiz foram literalmente do seguinte teor, conforme consta da sentença histórica. Os poderes do legislativo são definidos e limitados, sendo essa limitação a causa das Constituições escritas. Se não fossem eles definidos e limitados, porque reduzi-los à forma escrita, se a cada passo poderiam esses poderes ser alterados por aqueles cuja competência se pretende restringir?

Partiu assim Marshall para uma proposição evidente e incontestável: ou a Constituição controla todo ato legislativo que a contrarie, ou o legislativo, por um ato ordinário, poderá modificar a Constituição. Não há meio termo entre tais alternativas. Logo, afirma ele: ou a Constituição é lei superior e suprema, que se não pode alterar por vias ordinárias, ou entra na mesma esfera e categoria dos atos legislativos ordinários, sendo como tais suscetível também de modificar-se ao arbítrio da legislatura.

⁷⁰ “O episódio passou-se do seguinte modo. Vencidos nas eleições presidenciais, procuravam os federalistas, no seu pouco tempo restante de administração, entrincheirar-se nos tribunais. Nova Lei Judiciária foi sancionada em 27 de fevereiro visando à extensão do Judiciário nacional e criando numerosos lugares de juizes. Na véspera da posse de Jefferson, o presidente eleito, até às 21h00, Adams ainda lavrava nomeações, cujos beneficiários foram apelidados de *juizes da meia-noite*. Marbury, que era cidadão norte-americano, fora legalmente nomeado, em 1801, nos últimos dias do Governo Adams, juiz de paz no Distrito de Colúmbia. Madison, Secretário de Governo, seguindo instruções de Jefferson, o novo Presidente, negou-lhe a posse. Requerida ordem de *mandamus* contra Madison, este não se defendeu e a causa correu à revelia. Em 1802, nos jornais e no Congresso, foi a Corte violentamente atacada, sugerindo James Monroe o *impeachment* contra os juizes, se ousassem ‘aplicar os princípios da *common law* à Constituição’. A mesma providência foi pleiteada, dias antes da decisão, por um jornal oficioso do governo; se concedida, a medida certamente não seria cumprida. Enfrentava-se assim uma situação difícilíssima. Indeferir simplesmente o pedido seria, conforme observou Crosskey, capitulação demasiado visível; afirmar apenas que a lei judiciária somente autorizava o *mandamus* pela Corte Suprema em grau de apelação era resultado insatisfatório. A Corte, de modo hábil, procurou dissimular o recuo inevitável, com um ato de afirmação contra o partido no poder. Invertendo a ordem do exame das questões preliminares, decidiu que Madison, na realidade, agira ilegalmente ao negar a posse a Marbury, e de acordo com os princípios aplicáveis da *common law*, havia remédio para tal caso, o *mandamus*, pelo qual Madison poderia ser compelido a dar posse a Marbury. Não cabia, porém, o *writ*, porque pedido diretamente à Corte Suprema, cuja competência originária era estritamente definida na Constituição e não poderia ter sido dilatada pela Lei Judiciária de 1789. Era, assim, *inconstitucional e nulo* o art. 13 dessa lei, que atribuíra competência originária à Suprema Corte para expedir ordens de *mandamus*.” PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**: conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 114-115.

Assevera na mesma ordem de ideias que, se um ato do legislativo, oposto à Constituição, é nulo, como pode ele - interroga -, sem embargo de sua invalidade, vincular tribunais e obrigá-los a reconhecer-lhe efeito?

Assinala ainda Marshall, em prosseguimento a esse irretorquível raciocínio, que é dever do Poder Judiciário declarar o direito. De modo que se uma lei colide com a Constituição, se ambas, a lei e a Constituição, se aplicam a uma determinada causa, o tribunal há de decidir essa causa, ou de conformidade com a lei, desrespeitando a Constituição, ou de acordo com a Constituição ignorando a lei; em suma; à Corte compete determinar qual dessas regras antagônicas se aplica à espécie litigiosa, pois nisso consiste a essência mesma do dever judiciário⁷¹.

Por isso o sistema norte-americano caracteriza-se por ser jurisdicional, repressivo e difuso, eis que todos os juízes e tribunais podem apreciar a constitucionalidade das leis, por requerimento dos litigantes ou *ex officio*, sendo um poder inerente a todos os juízes⁷².

O último modelo a ser instituído, de fiscalização jurisdicional concentrada, foi idealizado por Hans Kelsen e positivado na Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920. Com prevalência para a segurança jurídica, este modelo se vale das chamadas ações diretas de inconstitucionalidade, geralmente repressivo, podendo ser realizado tanto por um tribunal ordinário (do Poder Judiciário), quanto por um tribunal especializado (um Tribunal Constitucional)⁷³. Deste último são

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 317-318.

⁷² “No seu estado *puro* de fiscalização difusa, concreta, incidental e, em princípio, por via de exceção, este sistema irradiou dos Estados Unidos – por osmose ou não – em vários momentos, para diversos países: além da Grécia, da Noruega e de Portugal, para os países anglo-saxónicos dotados de Constituições escritas, para os países latino-americanos, na Dinamarca, e para a Roménia (nas primeiras décadas do século XX), a Alemanha de Weimar, o Japão desde 1946, a Itália entre 1948 e 1956, ou a Suécia. Em alguns casos, a adaptação ou o funcionamento do sistema levou à concentração em supremos tribunais, através de recurso obrigatório ou de outras formas, com reserva ou primado de apreciação da inconstitucionalidade: Suíça (desde 1984, quanto às leis cantonais, únicas susceptíveis de controlo jurisdicional), alguns Estados do *Commonwealth* (como Canadá, Austrália e Índia) e da América Latina, Irlanda, Filipinas, Guiné-Bissau (após 1984).”. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2001. Tomo VI. p. 108-109.

⁷³ Hans Kelsen não revelou preferencia por um ou por outro, como fica evidente do seguinte trecho de sua doutrina: “Levanta-se, portanto, a questão de saber a quem deve a Constituição conferir competência para decidir se, num caso concreto, foram cumpridas as normas constitucionais, se um instrumento cujo sentido subjetivo é o de ser uma lei no sentido da Constituição há de valer também como tal segundo o seu sentido objetivo. Se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico. Um recurso de

exemplos adotados pela Áustria, Alemanha, Itália, Espanha e Portugal.

Para se ter uma ideia da diferença dos modelos, na Alemanha, por exemplo, só o Tribunal Constitucional pode apreciar a inconstitucionalidade das leis, cabendo aos juízes e tribunais, diante do caso concreto, submeter a questão ao *Bundesverfassungsgericht* como prejudicial para julgamento do processo⁷⁴.

Por concentrar numa única corte o poder de efetuar o controle de constitucionalidade das leis é que o modelo austríaco é chamado de controle concentrado. Outra importante característica que o difere significativamente em relação ao modelo judicial difuso dos Estados Unidos da América é que apesar do efeito *ex tunc* da decisão que declara a nulidade do ato inconstitucional, são preservadas as decisões não mais impugnáveis por ocasião da declaração de inconstitucionalidade, como ocorre atualmente na Alemanha⁷⁵.

instância análogo ao processo judicial está excluído quando só existe *um* órgão legislativo central. Então, só ao próprio órgão legislativo ou a um órgão diferente dele – p. ex., ao tribunal que tem de aplicar a lei, ou tão-somente a um tribunal especial – pode ser conferida competência para decidir a questão da constitucionalidade de uma lei. Se a Constituição nada preceitua sobre a questão de saber quem há de fiscalizar a constitucionalidade das leis, os órgãos a quem a Constituição confere poder para aplicar as leis, especialmente os tribunais, portanto, são por isso mesmo feitos competentes para aplicar as leis, eles têm de verificar se algo cujo sentido subjetivo é o de ser uma lei também objetivamente tem este sentido. E só terá esse sentido objetivo quando for conforme à Constituição.”. Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 287-288.

⁷⁴ Nesse sentido a lição de Gilmar Ferreira Mendes ao comentar a competência da Corte Constitucional Alemã, o *Bundesverfassungsgericht*: “No controle concreto de normas, os Tribunais devem suspender os processos pendentes e submeter a questão constitucional à Corte se considerarem inconstitucional lei relevante para a decisão do caso concreto. A Corte Constitucional detém, portanto, aqui [na Alemanha] o monopólio da censura”. MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 15.

⁷⁵ “Se o Tribunal Constitucional Federal, no procedimento de controle de normas abstrato e concreto, chega a convicção de que a norma examinada é incompatível com direito de hierarquia superior, então ele declara essa norma *nula* (§ 78, frase 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal). Essa decisão tem força de lei (§ 31, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal). Ela atua fundamentalmente *ex tunc* e tem, por consequência, que todas as sentenças judiciais, regulamentos jurídicos e atos administrativos que foram promulgados com base nas normas nulas, mas também eleições, que se realizaram segundo uma lei posteriormente declarada nula, carecem doravante da base jurídica. Os múltiplos problemas que resultam disto, a Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, no § 79, resolveu só em uma parte e só em inícios. Contra sentenças penais transitadas em julgado que se assentem em uma norma declarada incompatível com a Lei Fundamental ou nula é, segundo isso, admissível a revisão. De resto permanecem, com reserva de uma regulação legal especial, as decisões não mais impugnáveis, que foram promulgadas com base em uma norma declarada nula, intatas, todavia, a execução de uma tal decisão é inadmissível; pretensões de enriquecimento sem causa estão excluídas.”. HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Tradução de

O Brasil, por sua vez, adotou um sistema misto de controle de constitucionalidade das leis, pois admite desde a primeira Constituição da República a invalidação de lei em conflito com a constituição mediante decisão judicial diante do caso concreto, no chamado controle difuso (modelo norte-americano), agregado à chamadas ações diretas, por meio das quais a inconstitucionalidade pode ser aferida diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública em todas as suas esferas governamentais (modelo austríaco)⁷⁶.

Nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o controle concentrado conta com a ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, “a” CRFB); a ação declaratória de constitucionalidade (art. art. 102, I, “a” e art. 103 CRFB), além da arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º CRFB) e a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III, CRFB), todas de competência originária do Supremo Tribunal Federal. Há ainda previsão em seu art. 125, § 2º para que os Estados instituam representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face das respectivas Constituições Estaduais⁷⁷.

Por estes métodos diversas espécies de inconstitucionalidade são passíveis de controle judicial.

Como a Constituição se caracteriza, também, por ser uma norma de produção do Direito, em que está disciplinado o processo de elaboração das normas jurídicas, sempre que não for observado o chamado processo legislativo haverá vício de inconstitucionalidade formal. Uma nulidade que atingirá a validade total da norma⁷⁸.

Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 499-500.

⁷⁶ “A Constituição de 1988 manteve a fórmula de controle misto de constitucionalidade (controle direto, abstrato e incidental, concreto), agregando apenas a ação de inconstitucionalidade por omissão, inspirada no constitucionalismo português e iugoslavo (de antes da desintegração da federação)”. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 361.

⁷⁷ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

⁷⁸ Exemplo típico no Brasil é a produção de leis afetas ao direito penal, civil ou de trânsito por estado

Não raro, durante o processo legislativo, que compreende as fases de iniciativa, deliberação, votação, sanção e veto, também pode ocorrer a inconstitucionalidade formal se, por exemplo, o projeto de lei for apresentado por parlamentar nas hipóteses de iniciativa reservada ao chefe do Poder Executivo. É exemplo típico desta inconstitucionalidade formal a apresentação de projetos de lei por parlamentar que pretenda dispor sobre a criação de cargos públicos no âmbito da Administração Pública⁷⁹.

De outro modo, haverá inconstitucionalidade material quando se verificar incompatibilidade entre o conteúdo do texto constitucional e o da norma jurídica produzida⁸⁰. E aqui residirá grande parte dos conflitos constitucionais contemporâneos, porquanto é somente a partir do pós-grandes-guerras que o Estado Democrático de Direito inseriu princípios de justiça e Direitos Fundamentais sociais, econômicos e culturais em suas constituições.

da Federação, quando, por força da vigente Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tais matérias são reservadas à competência privativa da União Federal. Veja-se precedente nesse sentido: “MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO DA LEI Nº 2.012, DE 19.10.99, DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, QUE DISPÕE SOBRE A OBRIGATORIEDADE DE AUTUAÇÃO EM FLAGRANTE DAS INFRAÇÕES ÀS LEIS DE TRÂNSITO RELATIVAS À NÃO UTILIZAÇÃO DE CINTO DE SEGURANÇA E AO USO DE TELEFONE CELULAR. 1. É da competência privativa da União legislar sobre trânsito (Constituição, artigo 22, XI). 2. Os Estados só podem legislar sobre questões específicas de trânsito quando autorizados por lei complementar (Constituição, artigo 22, parágrafo único). Precedentes. 3. Presença da relevância da arguição de inconstitucionalidade e da conveniência da suspensão das normas impugnadas. 4. Medida cautelar deferida para suspender, com efeito *ex nunc*, a eficácia da Lei impugnada, até o julgamento final da ação, por aparente vício de inconstitucionalidade formal decorrente da invasão da competência exclusiva da União para legislar sobre trânsito, como dispõe o artigo 22, XI, da Constituição.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2101, Brasília, DF, 24 de fevereiro de 2000.

⁷⁹ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 6.065, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1999, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, QUE DÁ NOVA REDAÇÃO À LEI 4.861, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1993. ART. 4º E TABELA X QUE ALTERAM OS VALORES DOS VENCIMENTOS DE CARGOS DO QUADRO PERMANENTE DO PESSOAL DA POLÍCIA CIVIL. INADMISSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL RECONHECIDA. OFENSA AO ART. 61, § 1º, II, A e C, da CF. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA. ADI JULGADA PROCEDENTE. I - É da iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo lei de criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração, bem como que disponha sobre regime jurídico e provimento de cargos dos servidores públicos. II - Afronta, na espécie, ao disposto no art. 61, § 1º, II, a e c, da Constituição de 1988, o qual se aplica aos Estados-membros, em razão do princípio simetria. III - Ação julgada procedente.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2192, Brasília, DF, 04 de junho de 2008.

⁸⁰ Exemplo típico de inconstitucionalidade material: “Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 646.

Tanto a inconstitucionalidade material quanto a formal levam à invalidade da norma. No entanto, em situações de superveniência de norma constitucional, apenas a norma infraconstitucional materialmente incompatível é que perderá a sua validade⁸¹.

Ainda e por força do princípio da conservação dos atos jurídicos, sempre que possível deve-se preservar parcela do ato não eivado do vício de inconstitucionalidade, se existente. Por isso, para fins de controle de constitucionalidade, as normas jurídicas (leis e atos normativos de autoridade pública) podem sofrer parcelamento. Vale, no entanto, a observação do então Ministro Moreira Alves:

[A Corte] não pode declarar inconstitucionalidade parcial que mude o sentido e alcance da norma impugnada (quando isso ocorre, a declaração de inconstitucionalidade tem de alcançar todo o dispositivo), porquanto, se assim não fosse, a Corte se transformaria em legislador positivo, uma vez que, com a supressão da expressão atacada, estaria modificando o sentido e o alcance da norma impugnada. E o controle de constitucionalidade dos atos normativos pelo Poder Judiciário só lhe permite agir como legislador negativo⁸².

Note-se que o veto do projeto de lei poderá ser também por

⁸¹ É o que ocorreu com o Código Tributário Nacional, aprovado pela Lei Ordinária nº 5.172, de 25.10.1966 sob a égide da Constituição de 1946, mas que por superveniência da Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, que passou a exigir lei complementar a regular normas gerais do sistema tributário, foi recepcionada com status desta última espécie de lei, vigorando até hoje. BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 24 mar. 2014.

⁸² “Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Complementar n. 75, de 20.05.93 (artigo 270 e seus pars. 1. e 2., bem como as expressões ‘não alcançados pelo artigo anterior’ constantes do ‘caput’ do artigo 271). - Não só a Corte esta restrita a examinar os dispositivos ou expressões deles cuja inconstitucionalidade for arguida, mas também não pode ela declarar inconstitucionalidade parcial que mude o sentido e o alcance da norma impugnada (quando isso ocorre, a declaração de inconstitucionalidade tem de alcançar todo o dispositivo), porquanto, se assim não fosse, a Corte se transformaria em legislador positivo, uma vez que, com a supressão da expressão atacada, estaria modificando o sentido e o alcance da norma impugnada. E o controle de constitucionalidade dos atos normativos pelo Poder Judiciário só lhe permite agir como legislador negativo. Em consequência, se uma das alternativas necessárias ao julgamento da presente ação direta de inconstitucionalidade (a da procedência dessa ação) não pode ser acolhida por esta Corte, por não poder ela atuar como legislador positivo, o pedido de declaração de inconstitucionalidade como posto não atende a uma das condições da ação direta que é a da sua possibilidade jurídica. Ação direta de inconstitucionalidade que não se conhece por impossibilidade jurídica do pedido.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direta de Inconstitucionalidade nº 896, Brasília, DF, 03 de novembro de 1993.

inconstitucionalidade. Mas, neste caso, “[...] o veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea” (art. 66, § 2, da CRFB), nunca de apenas uma palavra ou expressão.”⁸³.

Também é antiga a distinção entre os atos jurídicos comissivos e omissivos. Enquanto os primeiros representam uma ação do sujeito com repercussão no mundo jurídico, os segundos decorrem da inércia do sujeito quando juridicamente estava obrigado a agir. Em grande maioria as inconstitucionalidades residem nos atos jurídicos comissivos, isto é, na lei, no ato administrativo, na sentença judiciária e, mesmo, no ato jurídico privado. No Estado de Democrático de Direito nenhum ato jurídico prevalecerá contra a vontade da Constituição.

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 passou-se a conceber, também, a chamada inconstitucionalidade por omissão, ou seja, decorrente da omissão dos poderes constituídos em razão de um mandamento constitucionalmente exigível. Países como Portugal, Itália, Alemanha e Espanha já vinham efetuando este tipo de controle por suas cortes constitucionais, e que passou a ser viabilizado no Brasil através do mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI, CRFB)⁸⁴, na via incidental, e pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, CRFB) no controle concentrado⁸⁵.

Não obstante, ainda assim adverte Luís Roberto Barroso que, em regra, legislar é uma faculdade do legislador:

A simples inércia, o mero *não fazer* por parte do legislador não significa

⁸³ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

⁸⁴ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 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; [...]”. BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

⁸⁵ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [...] § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”. BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

que se esteja diante de uma omissão inconstitucional. Esta se configura com o descumprimento de um mandamento constitucional no sentido de que atue positivamente, criando uma norma legal. A inconstitucionalidade resultará, portanto, de um comportamento contrastante com uma obrigação jurídica de conteúdo positivo⁸⁶.

Ainda, haverá inconstitucionalidade originária quando a norma constitucional for anterior à norma infraconstitucional com ela incompatível. Nesse sentido é que se revela originária, ou seja, porque o vício de inconstitucionalidade da lei lhe é congênito. Será, entretanto, superveniente quando o conflito sobrevier em razão de uma nova Constituição ou da sua alteração pela via da emenda constitucional. Neste caso, apesar de a norma ter nascido constitucionalmente válida deixará de ser em momento posterior; superveniente. O Supremo Tribunal Federal, por uma questão pragmática, não reconhece a tese da inconstitucionalidade superveniente. Para a Corte o caso é de mera aplicação da regra *lex posterior derogat priori*,⁸⁷ não se podendo submeter tais leis anteriores ao processo de fiscalização concentrado (por via de ação direta) de constitucionalidade⁸⁸.

Fato é que haverá vício de inconstitucionalidade superveniente pelo advento das seguintes situações: nova Constituição; reforma ou revisão constitucional; nova interpretação; ou mesmo mudança de circunstância fática.

Reconhece-se também o vício de inconstitucionalidade direta quando ocorrer violação frontal do ato impugnado para com a Constituição. Se, no entanto,

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 30.

⁸⁷ Lei posterior revoga a anterior.

⁸⁸ “ADIn: Parâmetro Constitucional Derrogado. Apreciando o pedido de medida liminar em ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra os artigos 81 e 82 do ADCT da Constituição do Estado de Minas Gerais, o Tribunal, preliminarmente, não conheceu da ação quanto ao caput do art. 81 e o § 3º do art. 82 — os quais, respectivamente, criam, sob a forma de autarquia, a Universidade do Estado de Minas Gerais, e transformam a Fundação Norte-Mineira de Ensino Superior em autarquia, com a denominação de Universidade Estadual de Montes Claros. Reconheceu-se a impossibilidade jurídica do pedido porquanto a norma constitucional invocada como padrão de aferição da alegada inconstitucionalidade, o inciso IX do art. 37 da CF na redação dada pela EC 19/98, é posterior aos dispositivos atacados, de maneira que, em tais casos, a alegada inconstitucionalidade superveniente se traduz em revogação. Salientou-se ainda que, nas hipóteses de impugnação a ato normativo posterior à Constituição originária, mas anterior à modificação desta, se a emenda constitucional tiver derogado o texto originário, para ser cabível a ação direta de inconstitucionalidade ajuizada quando já se deu tal alteração, deve o autor atacar a lei em face do texto originário com a demonstração de que, na parte que interessa, ele continua em vigor, não cabendo ao STF fazer tal análise.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2501, Brasília, DF, 15 de maio de 2012.

houver que se auferir qualquer questão de legalidade antes da inconstitucionalidade, o caso será de mera ofensa ao princípio da legalidade, e, então, de inconstitucionalidade indireta⁸⁹. No Brasil a colisão entre a lei e o regulamento, enquanto mera questão de legalidade, fica reservada, em última instância, à análise pelo Superior Tribunal de Justiça⁹⁰.

O controle de constitucionalidade pode ser estudado, finalmente, conforme o momento em que é realizado.

Assim, haverá controle preventivo sempre que for realizado no âmbito do processo legislativo, como meio de impedir que o vício de inconstitucionalidade contamine o ordenamento jurídico positivo.

O Poder Legislativo tem feito controle preventivo através da apreciação do projeto de lei, por exemplo, através da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados (art. 32, inc. IV, do Regimento Interno)⁹¹ e, no Senado Federal, através da sua Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

⁸⁹ “Ação direta de inconstitucionalidade: descabimento: caso de inconstitucionalidade reflexa. Portaria nº 001-GP1, de 16.1.2004, do Presidente do Tribunal de Justiça de Sergipe, que determina que o pagamento por via bancária dos emolumentos correspondentes aos serviços notariais e de registro - obtidos através do sistema informatizado daquele Tribunal - somente pode ser feito nas agências do Banco do Estado de Sergipe S/A - BANESE. Caso em que a portaria questionada, editada com o propósito de regulamentar o exercício de atividade fiscalizatória prevista em leis federais (L. 8.935/94; L. 10.169/2000) e estadual (L.est. 4.485/2001), retira destas normas seu fundamento de validade e não diretamente da Constituição. Tem-se inconstitucionalidade reflexa - a cuja verificação não se presta a ação direta - quando o vício de ilegitimidade irrogado a um ato normativo é o desrespeito à Lei Fundamental por haver violado norma infraconstitucional interposta, a cuja observância estaria vinculado pela Constituição.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3132, Brasília, DF, 15 de fevereiro de 2006.

⁹⁰ “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 636.

⁹¹ “Art. 32. São as seguintes as Comissões Permanentes e respectivos campos temáticos ou áreas de atividade: [...] IV – Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania: [...] a) aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões; b) admissibilidade de proposta de emenda à Constituição; c) assunto de natureza jurídica ou constitucional que lhe seja subme- tido, em consulta, pelo Presidente da Câmara, pelo Plenário ou por outra Comissão, ou em razão de recurso previsto neste Regimento; d) assuntos atinentes aos direitos e garantias fundamentais, à organização do Estado, à organização dos Poderes e às funções essenciais da Justiça; e) matérias relativas a direito constitucional, eleitoral, civil, penal, penitenciário, processual, notarial; f) Partidos Políticos, mandato e representação política, sistemas eleitorais e eleições; [...] i) nacionalidade, cidadania, naturalização, regime jurídico dos estrangeiros; emigração e imigração; j) intervenção federal; [...]” BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Regimento interno da Câmara dos Deputados**. 9. ed. Brasília: Câmara dos Deputados: Câmara, 2011. p. 41-43.

criada pelo art. 101 do seu Regimento Interno. No Senado Federal, havendo parecer unânime contrário à constitucionalidade, será o projeto havido por rejeitado e arquivado definitivamente se não se lançar mão de recurso de 1/10 dos seus membros⁹².

O controle preventivo pode ser feito ainda pelo Poder Executivo, pois o presidente da República poderá vetar o projeto de lei se considerar, em todo ou em parte, inconstitucional (art. 66, § 1º, da CRFB)⁹³.

Já as hipóteses de controle preventivo com a participação do Poder Judiciário são extremamente restritas, admitindo o Supremo Tribunal Federal apenas como direito do parlamentar à observância ao devido processo legal legislativo⁹⁴.

⁹² “Art. 101. À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania compete: [...] I – opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário; [...]”. BRASIL. Congresso. Senado Federal. **Regimento Interno**: Resolução nº 93, de 1970. Brasília: Senado Federal, 2007. p. 75.

⁹³ “Art. 66. [...] § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.” BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

⁹⁴ “CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE. 1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é “a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo” (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não. 2. Sendo inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança. 3. A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificção plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da

O controle repressivo é aquele exercido sobre a norma vigente e não mais sobre o projeto de lei. No Brasil, em regra, cabe ao Poder Judiciário, por todos os seus órgãos pelo método difuso ou incidental, isto é, diante do caso concreto e, em última instância por quaisquer dos métodos,⁹⁵ pelo Supremo Tribunal Federal.⁹⁶ Há, no entanto, exceções pela possibilidade de seu exercício pelo Poder Legislativo e Executivo.

Com efeito, prevê a Constituição em seu art. 49, inc. V, a competência do Congresso Nacional para “[...] sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.”⁹⁷. Neste caso tanto o decreto presidencial quanto a lei delegada poderão ser sustados por decreto legislativo, em verdadeiro controle de constitucionalidade.

Controvertido, porém, é o reconhecimento da competência para o Poder Executivo exercer controle repressivo de constitucionalidade. Como o presidente da República e os governadores de Estado e do Distrito Federal têm legitimidade para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade, o entendimento corrente é o de que – quando for o caso – devem provocar o Poder Judiciário. Ocorre que aos prefeitos municipais não é dada a mesma legitimidade com tamanha amplitude, daí o

suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico. 4. Mandado de segurança indeferido.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 32033, Brasília, DF, 20 de junho de 2013.

⁹⁵ Haverá casos em que o Supremo Tribunal Federal conhecerá da questão da inconstitucionalidade como primeira e última instância pelo controle difuso, isto é, nas causas de sua competência originária como o são aquelas em que houver prerrogativa de foro. Até porque “o princípio do duplo grau de jurisdição não está inscrito em nenhuma regra constitucional, apenas deduz-se da estrutura constitucional da duplicidade de pronunciamentos que o mesmo pertence à estrutura do Poder Judiciário.”. ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional**: princípios constitucionais do processo civil. 3. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 21.

⁹⁶ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [...] I) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. [...] § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”. BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

⁹⁷ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

argumento de alguns doutrinadores de se admitir que estes possam determinar, excepcionalmente, a não aplicação da lei flagrantemente inconstitucional⁹⁸.

1.4 DIREITO CONSTITUCIONAL NA PÓS-MODERNIDADE

Uma nova perspectiva do controle de constitucionalidade das leis e, por conseguinte, da jurisdição constitucional só pode ser entendida a partir da própria evolução da concepção do Direito, e mais precisamente do Direito Constitucional, que vem adotando uma relação transversal com as demais ordens jurídicas estrangeiras. É aí que entram os primeiros legados da chamada pós-modernidade⁹⁹, cujo interesse nesse estudo será voltado à influência do pós-positivismo, do neoconstitucionalismo e do transconstitucionalismo.

1.4.1 Pós-positivismo

O jusnaturalismo, o positivismo e, mais recentemente, o pós-positivismo marcaram e marcam as principais correntes filosóficas que têm acompanhado o Direito ao longo dos tempos.

O problema da origem do Direito, isto é, se o seu fundamento é retirado da natureza das coisas (direito natural) ou, do contrário, se decorre da obra humana (direito positivo), remonta à Antiguidade¹⁰⁰. A correlação de forças entre estas duas

⁹⁸ “[...] no plano do Município, inexistia a possibilidade de se provocar, de forma direta, um pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal sobre a incompatibilidade entre lei municipal e a Constituição Federal.”. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 327.

⁹⁹ “A contemporaneidade distingue-se dos demais períodos históricos por experimentar o início da crise de tantas instituições que por muito tempo foram consideradas os fundamentos da organização da vida em sociedade, tais como a família, a religião e o Estado. Nas últimas décadas esta crise já vem sendo objeto de reflexão de vários sociólogos que a classificaram como pós-modernidade, pois estaríamos vivendo um momento que vem colocando em xeque a própria lógica da modernidade. [...] A modernidade entrara em crise, abrindo caminho à pós-modernidade. A transição pode ser representada na queda do Muro de Berlim, uma vez que este evento simboliza a vitória da globalização. Depois do Muro de Berlim misturam-se a esquerda e a direita na política, tal como misturam-se o individual e o coletivo, o novo e o velho, e tantas outras dicotomias.”. SOARES, Josemar Sidinei. Critério Ético da Norma Jurídica como ponto de Superação do Juspositivismo na Contemporaneidade. **Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade**, v. 04, 2010. p. 4-5.

¹⁰⁰ “Esta dicotomia também encontrada no direito romano, onde é formulada como distinção entre ‘direito natural’ (e é preciso notar que também o *jus gentium* é muitas vezes incluído neste) e *jus civile* (não em sentido estrito – contraposto ao *jus honorarium* – mas em sentido lato – contraposto ao *jus gentium* ou ao *jus naturale*). [...] O *jus gentium* e o *jus civile* correspondem à nossa

correntes, no entanto, alterou durante os séculos, por vez prevalecendo um, por vez prevalecendo a outra concepção jusfilosófica¹⁰¹.

Enquanto o direito natural tem sua ideia básica consistente no “[...] reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado.”¹⁰², a que o juiz poderá se valer como Fonte do Direito, o direito positivo, diferentemente, impõe observância às normas convencionais, postas pelos homens (a lei).

Esta dicotomia, não obstante, perdura apenas até a agregação do adjetivo positivismo à categoria Direito, quando então passa-se a negar qualquer Direito que não o decorrente da lei, legitimado pelo Estado¹⁰³.

Com efeito, no “Estado moderno é subtraída do juiz a faculdade de obter as normas a aplicar na resolução das controvérsias por normas sociais e se lhe

distinção entre direito natural e direito positivo, visto que o primeiro se refere à natureza (*naturalis ratio*) e o segundo às estatuições do *populus*. Das distinções ora apresentadas temos que são dois os critérios para distinguir o direito positivo (*jus civile*) do direito natural (*jus gentium*): a) o primeiro limita-se a um determinado povo, ao passo que o segundo não tem limites; b) o primeiro é posto pelo povo (isto é, por uma entidade social criada pelos homens), enquanto o segundo é posto pelo *naturalis ratio*.”. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Publiesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 17-18.

¹⁰¹ “[...] na época clássica o direito natural não era considerado superior ao positivo: de fato o direito natural era concebido como ‘direito comum’ (*koinós nómos* conforme o designa Aristóteles) e o positivo como direito especial ou particular de uma dada *civitas*; assim, baseando-se no princípio pelo qual o direito particular prevalece sobre o geral (*‘lex specialis derogat generali’*), o direito positivo prevalecia sobre o natural sempre que entre ambos ocorresse um conflito (basta lembrar o caso da *Antígona*, em que o direito positivo – o decreto de Creonte – prevalece sobre o direito natural – o ‘direito não escrito’ posto pelos próprios deuses, a quem a protagonista da tragédia apela). Na Idade Média, ao contrário, a relação entre as duas espécies de direito se inverte; o direito natural é considerado superior ao positivo, posto seja o primeiro visto não mais como simples direito comum, mas como norma fundada na própria vontade de Deus e por este participada à razão humana ou, como diz São Paulo, como a lei escrita por Deus no coração dos homens.”. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Publiesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 25.

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 235.

¹⁰³ “É no cenário da ciência moderna que se desenvolveu o positivismo jurídico. Assim como o positivismo científico ansiava estabelecer um critério neutro e seguro para o saber científico, o positivismo jurídico buscava um critério neutro, seguro e objetivo para a aplicação do direito. Tal critério viria a ser a própria norma jurídica.”. SOARES, Josemar Sidinei. Critério Ético da Norma Jurídica como ponto de Superação do Juspositivismo na Contemporaneidade. **Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade**, v. 04, 2010. p. 8.

impõe a obrigação de aplicar apenas as normas postas pelo Estado.”¹⁰⁴.

A partir de então “[...] o Direito reduzia-se ao conjunto de normas em vigor, considerava-se um sistema perfeito e, como todo dogma, não precisava de qualquer justificação além da própria existência.”¹⁰⁵.

Esta concepção do Direito, no entanto, o afastou completamente do compromisso ético e dos valores mais caros à humanidade, o que foi percebido globalmente com a queda do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, cujos acusados invocaram exatamente as normas do direito positivo como justificativa para os crimes que cometeram contra humanidade¹⁰⁶. Eis a crise do positivismo jurídico a cuja superação Josemar Sidinei Soares chama à reflexão:

[...] diante da crise do positivismo jurídico, o critério ético recupera sua força e surge como oportunidade de aprimoramento social do direito. Em outras palavras, tal como a pós-modernidade reclama da modernidade por esquecer-se do homem em suas investigações, e assim não perceber [...] a angústia que o acometia, o direito contemporâneo critica o positivismo jurídico por situar suas decisões na norma jurídica, e com isso não vislumbrar os efeitos que estas causam ao seu destinatário: também o homem. Na atualidade a norma por si só não basta para ser obedecida, ela precisa representar um valor que merece ser obedecido. A norma precisa cumprir papel ético. É momento, portanto, de se reimpostar o direito positivo à sua responsabilidade de promotor da ética¹⁰⁷.

A superação da crise do positivismo passa, assim, não pelo abandono da

¹⁰⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Publiesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p.29.

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 241.

¹⁰⁶ “Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Até mesmo a segregação da comunidade judaica, na Alemanha, teve início com as chamadas *leis raciais*, regularmente editadas e publicadas. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha aceitação no pensamento esclarecido.” BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 242.

¹⁰⁷ SOARES, Josemar Sidinei. Critério Ético da Norma Jurídica como ponto de Superação do Juspositivismo na Contemporaneidade. **Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade**, v. 04, 2010. p. 14.

norma jurídica enquanto Fonte do Direito, mas pelo seu reencontro com os valores éticos de uma sociedade que se pretende livre, justa e solidária. E aí reside o papel do pós-positivismo, mediante a positivação dos Direitos Fundamentais nas Constituições do Estado Democrático de Direito, a assegurar-lhes plena eficácia jurídica e a realização do fim maior da sociedade pós-moderna, mediante realização plena da dignidade da pessoa humana¹⁰⁸.

1.4.2 Neoconstitucionalismo

Luís Roberto Barroso afirma que “[...] o novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é, em parte, produto desse reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito.”¹⁰⁹.

No dizer de Gisele Leite “[...] o neoconstitucionalismo conduz a remoralização do fenômeno jurídico, mitigando a separação entre o direito e a moral.”¹¹⁰. Saber, no entanto, se o neoconstitucionalismo apresenta uma ruptura com a dogmática jurídica a partir de uma nova dinâmica de exercício prático do Direito, com a superação do esquema de sua aplicação através de subsunção de fatos e normas jurídicas (modelo lógico formal), ou, do contrário, se representa apenas um retorno sofisticado às teorias jusnaturalistas é tema ainda não de todo resolvido¹¹¹.

¹⁰⁸ “O mundo pós-II Guerra Mundial viu surgir movimentos importantes em prol dos direitos humanos, que se revelaram importantíssimos na relativização dos direitos positivos nacionais quando estes afrontassem a condição mínima de existência das pessoas. Ademais, é justamente o movimento pelos direitos humanos que estende cada pessoa a cidadã do mundo e não apenas de seu país. [...]”. SOARES, Josemar Sidinei. Critério Ético da Norma Jurídica como ponto de Superação do Juspositivismo na Contemporaneidade. **Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade**, v. 04, 2010. p.18.

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 250.

¹¹⁰ LEITE, Gisele. Neopositivismo, neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo: o que há realmente de novo no Direito? **Revista Eletrônica Temas Atuais de Processo Civil**, v. 2 n. 4, abr. 2012. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/57-v2-n4-abril-de-2012/190-neopositivismo-neoconstitucionalismo-e-o-neoprocessualismo>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

¹¹¹ “O neoconstitucionalismo efetivamente vem gerando controvérsias. Em um primeiro momento, Ferrajoli pensava que o neoconstitucionalismo poderia ser uma “continuação natural do positivismo, um modo de ‘completar’ o paradigma positivista no novo contexto do Estado constitucional” ou que o positivismo viria a ser reforçado pelo neoconstitucionalismo. Entretanto, recentemente, o mestre fiorentino alterou sua posição: não considera mais sua perspectiva teórica como sendo parte desse fenômeno neoconstitucional. Entende que as posturas teóricas

A utilização do termo neoconstitucionalismo sobrevém de estudos na doutrina espanhola e italiana, tendo tornado frequente sua utilização no Brasil na última década¹¹². Mesmo assim não há consenso sobre sua definição e por isso mais adequado é referir-se, mesmo, à neoconstitucionalismos. Lênio Streck, após identificação inicial com o referido termo, preferiu refutar sua utilidade, por considerar inadequado a identificação com as teorias pós-positivistas, cuja maior missão reputa ser a superação da discricionariedade judicial na aplicação do Direito (solipsismo):

Este ponto é fundamental para que fique bem claro para onde as teorias do direito pós-positivistas (ou não positivistas, o que dá no mesmo) pretendem apontar sua artilharia: o enfrentamento do problema interpretativo, que é o elemento fundamental de toda experiência jurídica. Isto significa que, de algum modo, todas as teorias do direito que se projetam nesta dimensão pós-positivista procuram responder a este ponto; procuram enfrentar o problema das vaguezas e ambiguidades dos textos jurídicos; procuram, enfim, enfrentar problemas próprios da chamada razão prática – que havia sido expulsa do território jurídico-epistemológico pelo positivismo¹¹³.

De qualquer forma, a doutrina de Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco aponta com segurança os traços mais significativos do que vem a ser um novo constitucionalismo: a) mais Constituição do que leis; b) mais juízes do que legisladores; c) mais princípios do que regras; d) mais

neoconstitucionalistas acabam simplesmente por repristinar teses jusnaturalistas que reivindicam uma espécie perniciosa de conexão entre o direito e a moral.” STRECK, Lênio Luiz. Constitucionalismo no Brasil e a necessidade da insurgência do novo: de como o neoconstitucionalismo não supera o positivismo. **Revista do CEJUR/TJSC**: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 1, p. 11-28, dez. 2013. p. 19.

¹¹² “A palavra ‘neoconstitucionalismo’ não é empregada no debate constitucional norte-americano, nem tampouco no que é travado na Alemanha. Trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos, sobretudo depois da ampla divulgação que teve aqui a importante coletânea intitulada Neoconstitucionalismo (s), organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, e publicada na Espanha em 2003.” SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In: Por um constitucionalismo inclusivo: história Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 233–272. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

¹¹³ STRECK, Lênio Luiz. Constitucionalismo no Brasil e a necessidade da insurgência do novo: de como o neoconstitucionalismo não supera o positivismo. **Revista do CEJUR/TJSC**: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 1, p. 11-28, dez. 2013. p. 21.

ponderação do que subsunção; e) mais concretização do que interpretação¹¹⁴.

1.4.3 Transconstitucionalismo

Paulo Márcio Cruz tem sustentado que “[...] a globalização não criou um corpo político mundial, mas sim um tecido sem costuras aparentes, uma aglomeração indefinida de elementos interdependentes.”¹¹⁵. Nessa linha, Marcelo Neves, em estudo dedicado ao tema, evidencia um “entrelaçamento de ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais no âmbito de um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, a partir do qual se tem desenvolvido o transconstitucionalismo da sociedade mundial.”¹¹⁶.

Não se argumenta a existência de uma nova forma de Estado, mas precipuamente o reconhecimento do caráter multicêntrico da sociedade moderna, a ensejar uma articulação de observação recíproca entre diversas ordens jurídicas¹¹⁷.

Com efeito, a nova ordem internacional reserva também novos problemas no âmbito, por exemplo, da política de segurança, do comércio mundial, do direito ambiental e dos direitos humanos, para cuja solução será necessário recorrer-se para além da perspectiva das Constituições estatais.

Nessa perspectiva, “[...] em regra, o transconstitucionalismo tende ao desenvolvimento de mais de duas ordens jurídicas, sejam elas da mesma espécie ou de tipos diversos.”¹¹⁸. E será dentro desta perspectiva de uma nova sociedade mundial que, principalmente, as questões envolvendo Direitos Fundamentais deverão ser analisadas¹¹⁹.

¹¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 119-120.

¹¹⁵ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: Univali, 2011. p. 56.

¹¹⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 34.

¹¹⁷ “Já não se trata de concentrar cada vez mais poder em entidade estatais, mas sim de organizar a compatibilidade e de preparar a convergência, estabelecendo processos de produção de regras, muito mais do que construindo soberanias.”. CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: Univali, 2011. p. 57.

¹¹⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 235.

¹¹⁹ “A questão dos direitos humanos, que surgiu como um problema jurídico-constitucional no âmbito dos Estados, perpassa hoje todos os tipos de ordens jurídicas no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos: ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais. Contitui

Marcelo Neves aponta que diversas supremas cortes têm considerado precedentes de cortes constitucionais de outros países como referente de interpretação e aplicação de Direitos Fundamentais¹²⁰, e justifica:

O caminho mais adequado em matéria de direitos humanos nos parece ser o ‘modelo de articulação’, ou melhor, de entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas, de tal maneira que todas as apresentem capazes de reconstruírem-se permanentemente mediante o aprendizado com as experiências de ordens jurídicas interessadas concomitantemente na solução dos mesmos problemas jurídicos constitucionais de direitos fundamentais ou direitos humanos¹²¹.

Inegavelmente, a pós-modernidade trará – em tem trazido – uma influência recíproca de ordens jurídicas, num mundo cada vez mais globalizado e que procura se voltar, nos Estados Democráticos de Direito, para a proteção da dignidade da pessoa humana de um cidadão que não é mais deste ou daquele país, mas verdadeiro cidadão do mundo. Nessa perspectiva se influencia, em modelo de articulação, a jurisprudência das cortes supremas e tribunais constitucionais na interpretação e aplicação de Direitos Fundamentais, do que não ficará afastado o Supremo Tribunal Federal na República Federativa do Brasil.

uma questão central do transconstitucionalismo. As controvérsias sobre os direitos humanos decorrem da possibilidade de leituras diversas do conceito, da pluralidade conflituosa de interpretações/concretizações das normas e da incongruência prática dos diferentes tipos de direitos humanos. Uma leitura liberal, por exemplo, pode entrar em confronto com uma compreensão social-democrática dos direitos humanos. As interpretações de um texto normativo podem levar a soluções diversas de casos. A invocação a uma espécie de direitos humanos pode implicar colisão com a pretensão de fazer valer um outro tipo. Mas a situação se agrava se considerarmos que as diversas ordens normativas do sistema jurídico mundial de níveis múltiplos têm compreensões sensivelmente diversas das questões dos direitos humanos, muitas delas sendo, inclusive, avessas à ideia de direitos humanos como direitos que pretendem valer para toda e qualquer pessoa. É nesse contexto que toma significado especial o transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos, que corta transversalmente ordens jurídicas dos mais diversos tipos, instigando, ao mesmo tempo, cooperação e colisões” NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 256.

¹²⁰ “Embora a experiência americana venha se desenvolvendo de um ‘modelo de resistência’ para um ‘modelo de articulação’ em relação ao diálogo transconstitucional, alguns tribunais constitucionais ou cortes supremas adotaram, desde o seu surgimento, um modelo de convergência, sobretudo pela falta de uma sólida tradição constitucional. O Tribunal Constitucional da África do Sul, marcado pela experiência traumática do regime anterior do *apartheid*, talvez seja aquele que tenha invocado mais regularmente não só – como já mencionado acima – normas constitucionais e precedentes jurisprudenciais de cortes de outros países, mas também convenções e tribunais internacionais de direitos humanos, sobretudo a Convenção Europeia de Direitos Humanos e o respectivo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, para a formação da própria *ratio decidendi* de seus julgados.” NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 261-262.

¹²¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 264.

1.5 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Com a superação do Estado Liberal, fruto da ideologia que permeou as Revoluções Burguesas do final do Séc. XVIII, e a derradeira encampação de valores sociais e materiais voltados à concretização de uma sociedade justa e solidária pelo Direito Constitucional, o constitucionalismo inaugura, segundo Lenio Streck, um novo panorama:

[...] a noção de Estado Democrático de Direito aqui trabalhado pressupõe uma valorização do jurídico, e, fundamentalmente, exige a (re)discussão do papel destinado ao Poder Judiciário (e à justiça constitucional) nesse (novo) panorama estabelecido pelo constitucionalismo do pós-guerra, mormente em países como o Brasil, cujo processo constituinte 1986-88 assumiu uma postura que Cittadino [notas] denomina de ‘comunitaristas’, onde os constitucionalistas (comunitaristas) lutaram pela incorporação dos compromissos ético-comunitários na Lei Maior, buscando não apenas reconstruir o Estado de Direito, mas também ‘resgatar a força do Direito’, *cometendo à jurisdição a tarefa de guardião dos valores materiais positivados na Constituição*¹²².

Este Estado Democrático de Direito está, portanto, indissociavelmente ligado à realização dos princípios de justiça bem representados pelos ideais de igualdade, justiça social e garantia dos Direitos Fundamentais.

A Constituição, pacto social e político, passa a albergar valores de uma sociedade democrática, que não se confundem necessariamente com os interesses do Estado (máquina pública), e requer garantias de defesa contra a sua própria inobservância. Nesse sentido é a lição de Gomes Canotilho:

A partir do *Estado constitucional* passou a falar-se de *defesa* ou *garantia da constituição* e não de defesa do Estado [que é a concepção anterior - defesa da existência jurídica e fática do Estado, tais como defesa do território, defesa da independência, defesa das instituições...]. No Estado constitucional o objecto de protecção ou defesa não é, pura e simplesmente, a defesa do Estado, mas da forma de Estado tal como ela é normativo-constitucionalmente conformada - o Estado constitucional democrático¹²³.

¹²² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 127.

¹²³ CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina,

Esta ideia está bem evidenciada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a partir da enunciação do seu Preâmbulo, cuja promessa é de instituir um Estado Democrático com vistas a “[...] assegurar direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.”¹²⁴.

A inserção de novos valores nas Constituições é o que tem marcado a transição para uma democracia de dimensão substancial, assim denominada por muitos autores como evolução daquele estágio anterior, meramente formal e procedimental.¹²⁵ O Estado Constitucional assume, definitivamente, um compromisso de fundo com os direitos e valores que elege em sua norma fundamental, onde são estabelecidos mecanismos de garantia de efetivação e concretização em caráter universal.

É com vistas a resguardar, também e principalmente, estes valores materiais que o Estado Constitucional desenvolveu como garantia da (própria) Constituição, a chamada jurisdição constitucional. Trata-se de verdadeiro mecanismo de controle de leis e atos jurídicos que atentem contra a Constituição e que, portanto, pretendam negar a sua eficácia.

Diferentemente da simples dicção do direito, no Estado Constitucional “para realizar a função jurisdicional, o juiz, consciente do significado da constituição,

1997. p. 781.

¹²⁴ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

¹²⁵ “Para Ferrajoli, a constitucionalização rígida dos direitos fundamentais - impondo obrigações e proibições aos poderes públicos - tem produzido efetivamente na democracia um dimensão ‘substancial’, que se acrescenta à tradicional dimensão ‘política’, meramente ‘formal’ e ‘procedimental’. Com efeito, se as normas formais da Constituição - aquelas que disciplinam a organização dos Poderes públicos - garantem a dimensão formal da democracia política, que tem relação com o ‘quem’ e o ‘como’ das decisões, suas normas substantivas - *garantem o que se pode chamar de dimensão material da ‘democracia substancial’*, uma vez que se refere ao conteúdo que não pode ser decidido e ao que deve ser decido por qualquer maioria, obrigando a legislação, sob pena de invalidade, a respeitar os direitos fundamentais e os demais princípios axiológicos entre a política e o Direito. Uma vez que o Direito já não está subordinado à política como se dela fosse instrumento, *senão que é a política que se converte em instrumento de atuação do Direito*, subordinada aos vínculos a ela impostos pelos princípios constitucionais: vínculos negativos, como os gerados pelo direito às liberdades que não pode ser violado; vínculos positivos, como os gerados pelos direitos sociais, que devem ser satisfeitos.”. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 127.

deve atribuir sentido ao caso concreto e, a partir daí, dar tutela concreta ao direito material”¹²⁶. Por isso, a função jurisdicional ganha importância ímpar e, com ela, o Poder Judiciário, como leciona Lenio Streck:

[...] ao Poder Judiciário (*lato sensu*, entendido aqui como justiça constitucional) uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais. [Por isso cita Freeman que] *entende a Constituição como um instrumento da soberania democrática que não se limita a definir procedimentos para elaborar e aplicar leis, mas organiza e qualifica estes procedimentos ordinários por forma a evitar a usurpação da soberania popular por parte de instituições privadas ou públicas*¹²⁷.

É assim que a jurisdição constitucional passa a ser uma garantia da própria Constituição, na medida em que insta os órgãos do Poder Judiciário a uma atuação deliberada de defesa do Estado Constitucional em face, inclusive, dos próprios atos de governo, como o são exemplo clássico as leis infraconstitucionais inconstitucionais.

Não se vislumbra aí, como outrora, uma afronta direta à teoria da separação dos poderes. Muito pelo contrário, Montesquieu concebia sua teoria da separação dos poderes como técnica posta a serviço da contenção do poder pelo próprio poder, contribuindo em muito para o advento do Estado de Direito. Mas a separação rígida de poderes afigurou-se inviável na prática, a exigir-lhes harmonia e cooperação. Evidenciou-se igualmente a conveniência de permitir a um determinado poder o exercício de funções que em princípio deveriam caber a outro e assim ocorreu em razão das demandas prestacionais próprias do Estado Social como função de provedor do acesso universal de todos aos bens e direitos constitucionalizados, como adverte Paulo Bonavides:

Nunca deve ficar porém deslembado que a Constituição do Estado social na democracia é a Constituição do conflito, dos conteúdos dinâmicos, do pluralismo, da tensão sempre renovadas entre a igualdade e a liberdade; por isso mesmo, a Constituição dos direitos sociais básicos, das normas

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 110.

¹²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 156.

programáticas, ao contrário portanto da Constituição do Estado liberal, que pretendia ser a Constituição do repouso, do formalismo, da harmonia, da rígida separação dos poderes, do divórcio entre o Estado e a Sociedade¹²⁸.

Certo é que, como explica Konrad Hesse, à Constituição, por suas disposições, cabe atribuir as competências dos poderes constituídos e, por conseguinte, os limites da atuação de cada um deles:

[...] a Constituição constitui órgãos aos quais, conforme a sua peculiaridade material, são confiados âmbitos de tarefa e as faculdades de poder que são necessárias ao exercício apropriado daquelas tarefas: a Constituição fundamenta *competências* e cria, com isso, na dimensão do respectivo encargo, poder estatal jurídico. Ela procura regular a composição e a organização dos órgãos em uma forma que corresponda à peculiaridade de sua tarefa e, por isso, garanta o exercício apropriado de suas funções. Ela coordena as diferentes funções uma a outra e procura, dessa maneira, alcançar que essas reciprocamente sejam complementadas apropriadamente, que colaboração, responsabilidade e controle sejam assegurados e seja impedido um abuso de competências¹²⁹.

Assim, a jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito se revela como uma competência própria do Poder Judiciário, constitucionalmente fundamentada. Não é possível concluir, pura e simplesmente, que a tutela de Direitos Fundamentais pelo Poder Judiciário no âmbito do controle de constitucionalidade se revista, por si só, numa afronta às funções atribuídas aos demais poderes do Estado. E assim também ocorre diante da omissão inconstitucional, pois, como visto, foi da vontade expressa do Constituinte de 1987-1988 que também esta modalidade de lesão ao regime constitucional fosse submetida ao controle do Poder Judiciário.

¹²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 393.

¹²⁹ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 41.

CAPÍTULO 2

EFICÁCIA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A chamada Era dos Direitos – no dizer de Bobbio¹³⁰ – tem sido considerada a grande conquista da civilização contemporânea, justamente por conta da afirmação dos Direitos Fundamentais e, por conseguinte, da cidadania e do Estado Democrático de Direito. O estudo minucioso do seu regime jurídico e âmbito de aplicação é o objeto do presente trabalho, que ficará voltado, mais precisamente, à investigação da eficácia das suas normas e aos próprios limites jurídicos a que estão constitucionalmente submetidos.

Para tanto, buscar-se-á categorizar os Direitos Fundamentais mediante análise de sua afirmação histórica, principais características, tipologia, aplicabilidade e, finalmente, restrições e limites juridicamente incindíveis.

Instiga ao estudo o fato de que apesar da determinação constitucional expressa de aplicação imediata às normas definidoras de Direitos Fundamentais, constante do § 1º art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ainda se encontra muita dificuldade na afirmação de diversos direitos desta natureza.

A partir da utilização do método indutivo e da pesquisa bibliográfica procurar-se-á demonstrar de que espécie e em que extensão se dá a eficácia das normas definidoras dos Direitos Fundamentais, tal como estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

2.1 DIVERSAS DIMENSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A afirmação de Direitos Fundamentais encontrou no Estado Constitucional a garantia de sua positivação e observância. Segundo Dalmo de Abreu Dallari:

Adotou-se a praxe de instituir nas próprias Constituições um capítulo referente aos direitos e garantias individuais, justamente porque, dessa

¹³⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

forma, incorporados ao direito positivo dos Estados, aquelas normas adquirem plena eficácia¹³¹.

Foi, no entanto, um longo caminho percorrido pela humanidade até a afirmação destes direitos.

Para muitos, já na Idade Antiga havia “[...] a referência a um Direito superior, não estabelecido pelos homens, mas dado a estes pelos deuses.”¹³². Faz-se referência à Antígona, de Sófocles, em que se invoca direito inviolável para resistência ao direito positivo dos homens¹³³.

Segundo José Afonso da Silva, o cristianismo também contribuiu para afirmação dos direitos fundamentais:

Cristianismo primitivo [...] continha uma mensagem de libertação do homem, na sua afirmação da *dignidade eminente da pessoa humana*, porque o homem é uma criatura formada à imagem de Deus e esta dignidade pertence a *todos* os homens sem distinção, o que indica uma *igualdade fundamental de natureza entre eles*; há, no entanto, ‘quem afirma que o cristianismo não supôs uma mensagem de liberdade, mas, especialmente, uma aceitação conformista do fato da escravidão humana’¹³⁴.

Na Idade Média contribuiu para a doutrina dos Direitos Fundamentais a Suma Teológica (Séc. XIII) de São Tomás de Aquino¹³⁵, que ao estabelecer uma hierarquia para as normas jurídicas limitou as leis dos homens. Para essa doutrina, Suprema é a lei eterna, que só Deus conhece na plenitude; seguida pela lei divina, parte da lei eterna revelada por Deus ou declarada pela Igreja; por sua vez, seguida pela lei natural, que o homem descobre por meio da razão e, finalmente, pela lei

¹³¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 179.

¹³² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 9.

¹³³ “Remoto ancestral da doutrina dos direitos fundamentais é, na Antiguidade, a referência a um Direito superior, não estabelecido pelos homens mas dado a estes pelos deuses. Neste passo cabe a citação habitual à Antígona, de Sófocles, em que isso é, literalmente, exposto, em termos ineludáveis.”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 9.

¹³⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 173-174.

¹³⁵ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2003. Disponível em <http://books.google.com.br/books?id=oU8j5Bzj2pAC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q=lei%20positiva&f=false>. Acesso: 26 mar. 2014.

humana, que é a lei positiva¹³⁶.

Com o jusnaturalismo de base racionalista surgiram as doutrinas contratualistas da Idade Moderna (Séc. XVII e Séc. XVIII) e foram estabelecidas as bases para as revoluções burguesas em que se afirmou, pela primeira vez em caráter universalizante, direitos pré-existentes do homem. Na expressão utilizada por Bobbio, ocorre uma verdadeira revolução copernicana, que marca a passagem do “[...] código dos deveres para o código dos direitos.”¹³⁷. É aí que “[...] se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado.”¹³⁸.

A Inglaterra, antecipadamente, produziu diversas cartas e estatutos assecuratórios de Direitos Fundamentais, aí compreendia a Magna Carta (1212-1225), a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1688). Mas foram as revoluções americana e francesa que vieram acompanhadas das declarações de direitos no sentido moderno.

A primeira declaração de direitos foi a da Virgínia¹³⁹, uma das treze colônias da Inglaterra na América do Norte, e que, produzida em 12 de janeiro de 1776, “[...] se preocupara com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes.”¹⁴⁰. Foi, no entanto, a Declaração de Independência das colônias Norte-Americanas, de 04 de julho de 1776 e de autoria de Thomas Jefferson, que teve maior repercussão dentre todas as demais colônias¹⁴¹.

¹³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 10.

¹³⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 57.

¹³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 222-223.

¹³⁹ VIRGINIA. The Virginia Declaration Of Rights. 1776. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/virginia_declaration_of_rights.html>. Acesso em: 26 mar. 2014.

¹⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 154.

¹⁴¹ Como se extrai do seguinte excerto, em tradução livre: “Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade.”. Do original: “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are en-

Aprovada um pouco mais tarde, em 26 de agosto de 1789 pela Assembleia Nacional francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão marcou o caráter universal dos Direitos Fundamentais, isto porque, nesta, diferentemente da americana, não foram declarados direitos dos franceses, mas de todos os cidadãos sob qualquer regime estatal¹⁴².

A partir daí o constitucionalismo cuidou de positivar nas Constituições escritas um rol de Direitos Fundamentais da pessoa humana, dando surgimento a um novo modelo de Estado, o chamado Estado Constitucional¹⁴³, que marcou o início da Idade Contemporânea.

A doutrina encontra alguma dificuldade na definição destes direitos, tanto pela dicotomia filosófica em relação ao fundamento dos mesmos (de direito natural ou direito positivo), quanto pelo momento histórico em que são afirmados. Mas como leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] os direitos e garantias fundamentais podem, com efeito, ainda que de modo e intensidade variáveis, ser reconduzidos de alguma forma à noção

dowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The Declaration Of Independence. 1776. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/download/annualhistoricalarchives/pdf/OrganicLaws2006/decind.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2014.

¹⁴² Esta característica é facilmente percebida a partir da leitura de seu preâmbulo e principais artigos: “Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos, resolveram expor, em uma declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que essa declaração, constantemente presente junto a todos os membros do corpo social, lembre-lhes permanentemente seus direitos e deveres; a fim de que os atos do poder legislativo e do poder executivo, podendo ser, a todo instante, comparados ao objetivo de qualquer instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, estejam sempre voltadas para a preservação da Constituição e para a felicidade geral. Em razão disso, a Assembléia Nacional reconhece e declara, na presença e sob a égide do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão: Art.1.º - Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ter como fundamento a utilidade comum. Art. 2.º - A finalidade de toda associação política é a preservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão. [...] Art. 16.º - A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.” FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: <<http://www.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem>>. Acesso em: 26 mar. 2014.

¹⁴³ “O Estado Constitucional, no sentido de Estado enquadrado num sistema normativo fundamental, é uma criação moderna, tendo surgido paralelamente ao Estado Democrático e, em parte, sob influência dos mesmos princípios.”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 168.

de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas, de todas as pessoas, como bem destaca Jorge Miranda¹⁴⁴.

Portanto, e em sentido material, é no princípio da dignidade da pessoa humana que se reconduzem os Direitos Fundamentais.

Em sentido formal, é preciso reconhecer, mormente sob um sistema jurídico-positivo, os Direitos Fundamentais são aqueles assim classificados pela Constituição ou por ela admitidos, a exemplo dos tratados internacionais de direitos humanos (§§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988)¹⁴⁵.

Na doutrina são encontradas as seguintes expressões para designá-los: direitos naturais, direitos humanos ou direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais e liberdades públicas, e direitos fundamentais do homem.

Todas elas sofrem - por uma ou por outra razão - críticas. Seja por estar vinculada a uma doutrina jusfilosófica (jusnaturalismo), ou ideológica (liberalismo), ou mesmo a uma específica categoria de direitos (individuais). No Brasil o constituinte optou pela expressão Direitos Fundamentais a cuja regulamentação dedicou o Título II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁴⁶.

A concepção jusnaturalista levou os franceses a declararem direitos naturais, inalienáveis, imprescritíveis e sagrados¹⁴⁷. Não obstante, e dado o caráter

¹⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 84.

¹⁴⁵ “Art. 5º [...] § 2º - 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. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

¹⁴⁶ “TÍTULO II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais” BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

¹⁴⁷ “Os direitos do homem ou da liberdade, se assim podemos exprimi-los, eram ali [na Declaração francesa de 1789] ‘direitos naturais, inalienáveis e sagrados’, direitos tidos também por imprescritíveis, abraçando a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 580.

histórico de sua afirmação¹⁴⁸, para Ingo Wolfgang Sarlet, atualmente a “[...] complexidade dos direitos fundamentais na sua perspectiva jurídico-subjetiva remete à conclusão de que se cuida de um feixe de posições estruturalmente diferenciadas.”¹⁴⁹.

Em muito auxilia na compreensão dos Direitos Fundamentais o seu estudo a partir da teoria dos status. Com efeito, extrai-se da obra de Alexy que “Jellinek diferenciava quatro status: o *status passivo* ou *status subiectionis*, o *status negativo* ou *status libertatis*, o *status positivo* ou *status civitatis* e o *status ativo* ou *status da cidadania ativa*.”¹⁵⁰.

A teoria dos quatro status de Jellinek (final do Séc. XIX) analisa as diversas situações que o indivíduo pode se encontrar em face do Estado. *Status* passivo: quando o indivíduo se achar em posição de subordinação, detendo o Estado competência para vinculá-lo por meio de mandamento e proibições; *Status* negativo: quando o indivíduo desfruta de liberdade em relação à ingerência do Estado; *Status* positivo: obtém-se quando o indivíduo conquista o direito de exigir do Estado que atue positivamente, que realize uma prestação; *Status* ativo: quando o

¹⁴⁸ “O modelo da Revolução Francesa realça a existente de pontos de convergência relevantes entre os processos históricos de asserção dos direitos humanos de primeira e segunda geração e os de terceira geração. Com efeito, na interação entre governantes e governados os movimentos de libertação das nacionalidades, assim como o movimento operário e, antes dele, a reivindicação burguesa de eliminação de privilégios hereditários baseados na tradição, refletiam os anseios de participação na vida pública de camadas da população europeia historicamente excluídas dos negócios públicos.”. LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 137.

¹⁴⁹ E complementa o autor: “Sem adentrarmos aqui o exame das diversas constelações que podem constituir o objeto de um direito subjetivo fundamental, importa consignar, por ora, que tomamos este em sentido amplo, na medida em que se encontram condicionadas à conformação concreta da norma que o consagra. De modo geral, é possível afirmar que este espectro de variações no que concerne ao objeto do direito subjetivo (fundamental) se encontra vinculado aos seguintes fatores: a) o espaço de liberdade da pessoa individual não se encontra garantido de maneira uniforme; b) a existência de inequívocas distinções no que tange ao grau de exigibilidade dos direitos individualmente considerados, de modo especial, em se considerando os direitos a prestações sociais materiais; c) os direitos fundamentais constituem posições jurídicas complexas, no sentido de poderem conter direitos, liberdades, pretensões e poderes de mais diversas naturezas e até mesmo pelo fato de poderem dirigir-se contra diferentes destinatários. Neste contexto, cumpre frisar que os direitos fundamentais, mesmo na sua condição de direito subjetivo, não se reduzem aos clássicos direitos de liberdade, ainda que nestes a nota da subjetividade, no sentido de sua exigibilidade, transpareça – de regra – da forma mais acentuada.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 157.

¹⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

indivíduo detém o poder de influenciar sobre a formação da vontade do Estado.

Atualmente, e mais frequentemente, a doutrina reconhece três grandes funções, a saber: direitos de defesa (liberdades); direitos de prestações (direitos cívicos); e direitos de participação (cidadania).

Direitos de defesa (liberdades) consistem na imposição de um dever de abstenção do Estado, de não interferência no espaço de autodeterminação do indivíduo¹⁵¹.

Direitos de prestações (ou direitos cívicos) visam assegurar o *status quo* do indivíduo¹⁵²; visam também a ação do Estado para atenuar as desigualdades. Dividem-se em direitos de prestação jurídica (estatutos) e prestação materiais (direitos sociais). É neste ponto que residem os maiores núcleos problemáticos, como bem explora Gomes Canotilho:

[...] A função de prestação dos direitos fundamentais anda associada a três núcleos problemáticos dos direitos sociais, económicos e culturais: (1) ao problema dos **direitos sociais originários**, ou seja, se os particulares podem derivar directamente das normas constitucionais pretensões prestacionais (ex: derivar da norma consagradora do direito à habitação uma pretensão prestacional traduzida no 'direito de exigir' uma casa); (2) ao problema dos **direitos sociais derivados** que se reconduz ao direito de exigir uma actuação legislativa concretizadora das 'normas constitucionais sociais' (sob pena de omissão inconstitucional) e no direito de exigir e obter a participação igual nas prestações criadas pelo legislador (ex: prestações médicas e hospitais existentes); (3) ao problema de saber se as normas consagradoras de direitos fundamentais sociais tem uma dimensão objectiva juridicamente vinculativa dos poderes públicos no sentido de obrigarem estes (independentemente de direitos

¹⁵¹ "Como direitos do homem e do cidadão, os direitos fundamentais são, uma vez, *direitos de defesa* contra os poderes estatais. Eles tornam possível ao particular defender-se contra prejuízos não autorizados em seu *status* jurídico-constitucional pelos poderes estatais no caminho do direito. Em uma ordem liberal constitucional são necessários tais direitos de defesa, porque também a democracia é domínio de pessoas sobre pessoas, que está sujeito às tentações do abuso de poder, e porque poderes estatais, também no estado de direito, podem fazer injustiça. Asseguramento eficaz da liberdade e igualdade do particular torna, por conseguinte, mais além da configuração das ordens objetivas da democracia e do estado de direito, necessária a garantia de direitos subjetivos à liberdade e igualdade.". HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 235.

¹⁵² "Os direitos a prestações significam, em sentido estrito, direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social)". CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 374.

subjectivos ou pretensões subjectivas dos indivíduos) a **políticas sociais activas** conducentes à criação de instituições (ex: hospitais, escolas), serviços (ex: serviços de segurança social) e fornecimento de prestações (ex: rendimento mínimo, subsídio de desemprego, bolsas de estudo, habitações económicas). A resposta aos dois primeiros problemas é discutível. Relativamente à última questão é líquido que as normas consagradoras de direitos sociais, económicos e culturais da Constituição Portuguesa de 1976 individualizam e impõem *políticas públicas* socialmente activas¹⁵³.

Já o direito de cidadania, com características tanto de direito de defesa quanto de prestação, é categoria “[...] constituída pelos direitos orientados a garantir a participação dos cidadãos na formação da vontade do País, correspondendo ao capítulo da Constituição Federal relativos aos direitos políticos”¹⁵⁴.

Por fim, deve-se ter em mente que não só na relação entre o cidadão e o Estado deve-se observância aos Direitos Fundamentais (eficácia vertical), mas também na relação dos próprios particulares entre si, isto é, tendo o particular como sujeito passivo da obrigação. É o que se chama de eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais¹⁵⁵. Apesar da restrição à aplicação incontinentemente de Direitos Fundamentais às relações privadas por força da proteção também constitucional à autonomia da vontade privada e à livre iniciativa (art. 1º, inc. IV, e art. 170, *caput*, da CRFB)¹⁵⁶, já se tem notícia de precedentes judiciais nesse sentido no Supremo

¹⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 374.

¹⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 255.

¹⁵⁵ “A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também chamada de eficácia dos direitos fundamentais entre terceiros ou de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, decorre do reconhecimento de que as desigualdades estruturantes não se situam apenas na relação entre o Estado e os particulares, como também entre os próprios particulares, o que passa a empolgar um novo pensar dos estudiosos da ciência jurídica a respeito da aplicabilidade dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre os particulares.” LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC, São Paulo n. 17, jan./jun. 2011. p. 36.

¹⁵⁶ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]” BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

Tribunal Federal¹⁵⁷.

No seu processo histórico de afirmação, os Direitos Fundamentais passaram na ordem institucional a manifestarem-se em três gerações sucessivas, que traduzem um processo cumulativo e qualitativo. Daí porque muitos autores preferem denominar de dimensões, evitando assim o sentido de que uma classe de Direitos Fundamentais substituíra a outra, a exemplo do que ocorre com as gerações da humanidade, quando, em verdade, elas coexistente e apenas foram

¹⁵⁷ “SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201819/RJ, Brasília, DF, 11 de outubro de 2005. p. 64.

afirmadas em momentos históricos distintos e progressivos¹⁵⁸.

Norberto Bobbio faz expressa menção à existência destas sucessivas gerações e dimensões de Direitos Fundamentais:

Às primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos – apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie¹⁵⁹.

Estas fases estão bem vincadas, também, na obra *Direitos Humanos Fundamentais* de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Na visão contemporânea, as liberdades públicas, ou, como por muito tempo a elas se chamou no Brasil, os direitos individuais [1ª geração], constituem o núcleo dos direitos fundamentais. A eles – é certo – se agregaram primeiro os direitos econômicos e sociais [2ª geração], depois os direitos de solidariedade [3ª geração], mas estes outros direitos não renegam essas liberdades, visam antes a completá-las¹⁶⁰.

Trata-se, pois, de um processo histórico, evolutivo e cumulativo de afirmação constante de novos direitos.

Não obstante, enquanto os direitos da primeira dimensão têm na positivação e consciência coletiva a garantia maior de sua eficácia, dado o seu

¹⁵⁸ “Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação. Costuma-se, neste contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de uma quarta geração. Num primeiro momento, é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo ‘gerações’ por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina.”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 49-50.

¹⁵⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6.

¹⁶⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.28.

status negativo, os direitos sociais – da segunda dimensão – exigem uma atuação positiva do Estado com vistas à sua materialização, como bem adverte Luiz Henrique Urquhart Cademartori:

Em realidade, os estados sociais apresentaram a preocupação de instituir princípios e garantias de ordem substancial ao cidadão, incrementando a esfera dos direitos fundamentais, caracterizados até então pelas liberdades públicas, com direitos de ordem socioeconômica e cultural. Com isto, se as liberdades públicas se perfaziam sob um aspecto de atuação negativa do Estado frente ao cidadão, vale dizer, de abstenção em face da sua esfera de liberdade, com o advento dos direitos sociais (chamados também de direitos fundamentais de segunda geração), estes passaram a demandar uma atuação positiva do Estado, conclamando este a encetar novos direitos de ordem assistencial, securitária e trabalhista, dentre outros¹⁶¹.

A terceira dimensão, por sua vez, se realiza no âmbito da solidariedade e fraternidade e, no dizer de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “[...] na verdade, não se cristalizou ainda a doutrina a seu respeito.”¹⁶², existindo muita controvérsia quanto à natureza destes últimos.

São exemplos típicos de direitos de terceira dimensão o direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade, a autodeterminação dos povos e à comunicação, sendo que a garantia de sua efetivação é, em regra, institucional. Neste caso vale a advertência de Marcos Leis Garcia de que “[...] se essa norma não é seguida de uma possibilidade de ser garantida judicialmente estaríamos diante de uma declaração ou uma mera carta de intenções.”¹⁶³.

2.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

¹⁶¹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. O estado constitucional de direito na versão neoconstitucionalista e os aspectos críticos da relação direito e moral segundo a teoria dos sistemas. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 2, maio/ago. 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3968>>. Acesso em: 18 ago. 2012.

¹⁶² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 57.

¹⁶³ GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. In: VALE, Juliano Keller do; MARCELINO JUNIOR, Julio Cesar (Org.). **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 206.

Todas as Constituições brasileiras, sem exceção, enunciaram Declarações de Direitos.

As Constituições de 1824 (Império) e de 1891 (1ª da República) garantiam apenas os direitos de primeira geração, ou seja, os direitos civis e políticos, também conhecidos como liberdades públicas.

A Constituição de 1824 destinou o seu Título VIII à garantia dos direitos fundamentais, especialmente através do seu artigo 179, em seus vinte e quatro incisos¹⁶⁴.

A Constituição de 1934 foi a primeira a prever direitos econômicos e sociais (segunda geração), tendo destinado dois de seus títulos para assegurá-los (Título IV – Dar Ordem Econômica e Social, arts. 115-143 e Título V – Da Família, da Educação e da Cultura, arts. 144-158)¹⁶⁵.

Todas as Constituições brasileiras que se seguiram passaram também a garantir direitos econômicos e sociais.

A vigente Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inovou em matéria de Direitos Fundamentais ao garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em seu art. 225, enquanto direito de solidariedade de terceira dimensão. Também inovou ao dispor sobre os Direitos e Garantias Fundamentais em seu início, já no Título II, ou seja, anteriormente à Organização do Estado, tratado no Título III. Isto demonstra a importância dada pelo legislador constituinte. Além disso, passou a distinguir os direitos individuais e coletivos no Capítulo I, dos direitos sociais (Capítulo II), direitos de nacionalidade (Capítulo III) e políticos (Capítulo IV). Finalmente, admitiu Direitos Fundamentais para além do Título II, a exemplo das limitações ao poder de tributar (Título VI, Capítulo I, Seção

¹⁶⁴ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...]”. BRASIL. Constituição (1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

¹⁶⁵ BRASIL. Constituição (1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

II, art. 150 à 152) e do direito ao meio ambiente (Título VIII, Capítulo VI, art. 225)¹⁶⁶.

Através da Emenda Constitucional n. 45/2004, a chamada Reforma do Judiciário, instituiu-se o incidente de deslocamento de competência pelo qual o Procurador-Geral da República, na hipótese de grave violação de direitos humanos¹⁶⁷, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá requerer ao Superior Tribunal de Justiça seja a causa, ou investigação, submetida à competência da Justiça Federal¹⁶⁸. A alteração constitucional sofreu crítica pois que o Poder Constituinte Instituído pareceu exteriorizar que a Justiça Federal seria possivelmente mais ágil ou segura para o processamento desses feitos do que as Justiças dos Estados, o que carece de qualquer base científica.

A mesma Emenda Constitucional n. 45/2004 inseriu também o § 4º ao art. 5º da CRFB para, expressamente, submeter o Brasil à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão¹⁶⁹. Em nível infraconstitucional o Brasil conta com o Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002, que regula as normas da jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Com sede em Haia, Países Baixos, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional prevê em seu art. 5º competência para processar e julgar os crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, dentre eles, o genocídio; crimes contra a humanidade; de guerra e de agressão¹⁷⁰.

A vigente Constituição da República contempla ainda a chamada cláusula aberta, ou seja, a disposição constitucional que prevê a existência de outros Direitos

¹⁶⁶ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

¹⁶⁷ Seguindo a praxe da doutrina nacional, o Constituinte Reformador se valeu da expressão direitos humanos para indicar os Direitos Fundamentais decorrente dos tratados internacionais.

¹⁶⁸ Inserção do inciso V-A no artigo 109 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art1>. Acesso em: 15 maio 2004.

¹⁶⁹ “Art. 5º [...] § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.”. BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

¹⁷⁰ BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

Fundamentais “[...] decorrentes [...] dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (§ 2º do art. 5º).¹⁷¹. Abre-se, pois, o ordenamento jurídico pátrio às normas do Direito Internacional Público, oriundas dos chamados tratados internacionais de proteção aos direitos humanos.

Sobre estas normas advindas de tratados deve-se ter claro a posição do Supremo Tribunal Federal de que a Constituição ascende sobre qualquer norma. Está resguardado, pois, o princípio da supremacia constitucional. Recentemente, entretanto, a Corte evoluiu o entendimento, especificamente, sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos incorporados pelo Brasil. Em Dezembro de 2008, por decisão do seu Tribunal Pleno, no julgamento conjunto do Recurso Extraordinário nº 349.703 e dos Habeas Corpus nº 87.585 e nº 92.566, superando anterior posicionamento de que – como os demais tratados de outras áreas do Direito – tais normas se equiparariam às leis ordinárias, passou a admitir a hierarquia supralegal, isto é, de que tais tratados de direitos humanos, quando devidamente incorporados, se situam abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias¹⁷².

Alguns doutrinadores nacionais, a exemplo de Flávia Piovesan, defendem que os tratados internacionais que dispõem sobre normas de direitos humanos devam ter assegurada também a incorporação automática, ou seja, sem necessidade de se sujeitarem ao formal e burocrático processo de incorporação¹⁷³.

Por fim, a Emenda Constitucional n. 45/2004, ao acrescentar o § 3º no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, possibilitou que os

¹⁷¹ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

¹⁷² “PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343, Brasília, DF, de 03 de dezembro de 2008.

¹⁷³ “Em outras palavras, não será mais possível a sustentação da tese segundo a qual, com a ratificação, os tratados obrigam diretamente aos Estados, mas não geram direitos subjetivos para os particulares, enquanto não advém a referida intermediação legislativa. Vale dizer, torna-se possível a invocação imediata de tratados e convenções de direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição do ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais.”. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.139.

tratados de direitos humanos, se e quando observado o processo legislativo a que são submetidas as emendas constitucionais, terão também hierarquia de norma constitucional¹⁷⁴.

2.3 APLICAÇÃO DIRETA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

No Brasil, José Afonso da Silva procurou investigar as normas constitucionais a partir de sua eficácia jurídica, ou seja, da “qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos que cogita”¹⁷⁵.

A preocupação deste constitucionalista, fundamentalmente, foi a de afastar doutrinas que sustentavam haver nas constituições normas não-jurídicas. Segundo afirma, doutrina perigosa que visa desfazer a Constituição, relegando-a a mero documento indicativo e de caráter político.

Em seus estudos reafirma a natureza jurídica de todas as normas da constituição rígida, como também a sua natureza de direito constitucional, salientando que há certa incompreensão quanto à questão da estrutura lógica das normas jurídicas. Sua divergência decorre da convicção de que as normas jurídicas não se caracterizam somente por traduzirem uma obrigatoriedade de comportamento, um imperativo, mas fundamentalmente por atribuírem uma sanção para o caso de descumprimento¹⁷⁶, no que inserem todas as normas constitucionais, em maior ou menor grau¹⁷⁷.

¹⁷⁴ “Art. 5º [...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

¹⁷⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 66.

¹⁷⁶ “[...] a concepção de norma como imperativo não encerra o conceito de ordem nem de mandado, mas de uma regra que impõe determinado comportamento, sob a consequência de, não sendo espontaneamente observado, incidir eventualmente uma sanção”. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 50.

¹⁷⁷ “É errôneo pretender que certas disposições constitucionais, só porque não têm uma eficácia positiva direta e imediata, não sejam normas jurídicas, e normas jurídicas constitucionais”. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 51.

Conforme enunciado no texto da Constituição, portanto, as normas constitucionais haverão de gozar de maior ou menor grau de eficácia. A maior parte das normas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, segundo o autor, são de eficácia plena¹⁷⁸, isto é, de aplicação direta, sem necessidade de regulamentação em norma infraconstitucional, aplicando-se imediatamente desde a sua entrada em vigor e de forma integral, vale dizer, total.

Ao lado destas normas, as chamadas normas de eficácia contida¹⁷⁹ nada mais são do que aquelas normas que, apesar de não dependerem de regulamentação para sua imediata aplicação, o constituinte autorizou a redução de seu alcance a partir de norma infraconstitucional. Exemplo típico na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é o do Direito Fundamental à privacidade, em que se autorizou, na forma da lei, a escuta telefônica para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, desde que autorizada por ordem judicial¹⁸⁰. Antes do advento desta norma infraconstitucional, a eficácia da norma constitucional era integral, inadmita qualquer violação à privacidade das comunicações telefônicas. Com o advento da lei regulamentadora, a eficácia restou contida.

A maior dificuldade, no entanto, reside nas normas constitucionais de eficácia limitada¹⁸¹, ou seja, aquelas que demandam regulamentação infraconstitucional para garantir sua eficácia integral, em que pese se reconhecer, em todas elas, alguma eficácia, ainda que seja apenas a de tornar inconstitucional

¹⁷⁸ “[...] aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular”. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 101.

¹⁷⁹ “[...] são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados”. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 101.

¹⁸⁰ “Art. 5º [...] XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”. BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

¹⁸¹ “[...] são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado”. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 101.

qualquer disposição legal em sentido contrário, enquanto não sobrevier a lei regulamentadora.

2.4 EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DEFINIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

No âmbito das normas definidoras de Direitos Fundamentais o maior desafio que se têm encontrado diz respeito a sua efetiva observância, mormente em relação àqueles que exigem uma prestação material, como ocorre com os direitos sociais, econômicos e culturais. Com vista a evitar que ditos direitos carecessem de eficácia plena, o Constituinte nacional teve o cuidado de assegurar de forma expressa no § 1º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que “[...] as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”¹⁸².

Ocorre que muitas vezes, pelas mais diversas razões, não tem sido fácil emprestar a aplicação pretendia pelo Constituinte. Exemplo prático é o caso do mandado de injunção que, previsto no inciso LXXI do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁸³, teve seus efeitos inicialmente mitigados pelo Supremo Tribunal Federal. Ao interpretá-lo, reputou que a própria norma que o dispôs está incompleta e lacunosa no que tange às consequências da sua concessão¹⁸⁴.

¹⁸² BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 maio 2014.

¹⁸³ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 maio 2014.

¹⁸⁴ “MANDADO DE INJUNÇÃO. DIREITO DE GREVE - CONSTITUIÇÃO, ART. 37, VII. 2. LEGITIMADO ESTE SINDICATO A REQUERER MANDADO DE INJUNÇÃO, COM VISTAS A SER POSSIBILITADO O EXERCÍCIO NÃO SÓ DE DIREITO CONSTITUCIONAL PRÓPRIO, COMO DOS INTEGRANTES DA CATEGORIA QUE REPRESENTA, INVIABILIZADO POR FALTA DE NORMA REGULAMENTADORA. PRECEDENTE NO MANDADO DE INJUNÇÃO N. 347-5-SC. 3. SINDICATO DA ÁREA DE EDUCAÇÃO DE ESTADO-MEMBRO. LEGITIMIDADE ATIVA. 4. RECONHECIMENTO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL, QUANTO A ELABORAÇÃO DA LEI COMPLEMENTARA QUE SE REFERE O ART. 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO. COMUNICAÇÃO AO CONGRESSO NACIONAL E AO PRESIDENTE DA REPUBLICA. 5. NÃO É ADMISSÍVEL, TODAVIA, O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO SUCEDANEO DO MANDADO DE SEGURANÇA, EM ORDEM A ANULAÇÃO DE ATO JUDICIAL OU ADMINISTRATIVO QUE RESPEITE AO DIREITO CONSTITUCIONAL CUJO EXERCÍCIO PENDE DE REGULAMENTAÇÃO. NESSE SENTIDO, NÃO CABE MANDADO DE INJUNÇÃO PARA IMPUGNAR ATO JUDICIAL QUE HAJA DECLARADO A ILEGALIDADE DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO, NEM POR ESSA MESMA

Afora o problema da própria lacuna da norma constitucional instituidora de Direito Fundamental, como limite jurídico, há a dificuldade de implementação dos direitos prestacionais que envolvem aportes financeiros pelos Estado, por conta dos limites orçamentários. E aí nasce o problema dos chamado custo dos Direitos ou, como se cunhou na jurisprudência alemã, o limite da reserva do possível, conforme doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet:

A construção teórica da ‘reserva do possível’ tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financeiras pelos cofres públicos. A partir disso, a ‘reserva do possível’ (*Der Vorbehalt des Möglichen*) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Com efeito, mesmo em dispondo o Estado dos recurso e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável¹⁸⁵.

Será nesta medida de ponderação do que é razoável se exigir da sociedade - enquanto sacrifício financeiro - que se situará o debate permanente entre a garantia de um mínimo existencial da condição humana e os limites da reserva do possível, no âmbito da eficácia dos direitos prestacionais.

Nem sempre esse debate tem ficado restrito ao legislador. Com efeito,

VIA E DE SER RECONHECIDA A LEGITIMIDADE DA GREVE. CONSTITUIÇÃO, ART. 5., LXXI. 6. MANDADO DE INJUNÇÃO CONHECIDO, EM PARTE, E, NESSA PARTE, DEFERIDO, PARA O FIM ACIMA INDICADO.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 438, Brasília, DF, de 11 de novembro de 1994.

¹⁸⁵ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais:** orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 29.

decisões judiciais têm assegurado direitos sociais a partir do redirecionamento de verbas orçamentárias. Mas o tema ainda não é pacífico.

Assim, por exemplo, apreciando recurso em face de decisão em ação civil pública, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que não cabe ao Poder Judiciário determinar as obras que o governante deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente¹⁸⁶.

No caso, porém, de fornecimento de remédios, o mesmo Tribunal Superior tem garantido a concessão de tutela específica mediante liminar para bloqueio de valores em contas públicas, a garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde¹⁸⁷.

Por isso, a eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem tanto do seu enunciado - pois se trata de assunto que está em função do direito positivo - quanto do grau de desenvolvimento de cada sociedade¹⁸⁸.

De qualquer forma, ou seja, apesar de todas as dificuldades que se têm

¹⁸⁶ “As atividades de realização dos fatos concretos pela Administração dependem de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecido pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente.”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 169.876-SP, Brasília, DF, de 16 de junho de 1998.

¹⁸⁷ “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – ART. 461, § 5º DO CPC – MULTA DIÁRIA COMINATÓRIA – ASTREINTES – APLICABILIDADE CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – BLOQUEIO DE VALORES PARA ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL – POSSIBILIDADE. 1. Inexiste qualquer impedimento quanto a aplicação da multa diária cominatória, denominada astreintes, contra a Fazenda Pública, por descumprimento de obrigação de fazer - Inteligência do art. 461 do CPC. Precedentes. 2. A maioria dos componentes da Primeira Seção tem considerado possível a concessão de tutela específica para determinar-se o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. 3. Recursos especiais providos.”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 861.262/RS, Brasília, DF, de 05 de setembro de 2006.

¹⁸⁸ “Com efeito, é dever primevo dos atores jurídicos a compreensão adequada da Constituição Federal, concretizando-a na sua maior extensão possível, primordialmente no tocante aos *Direitos Fundamentais*. Existe a necessidade orgânica de convergência das práticas jurídicas e sociais aos regramentos Constitucionais relativos aos *Direitos Fundamentais*, estabelecendo-se, portanto, um sistema de garantias simultâneas de preservação e realização. Essa é uma das tarefas do *ato jurídico* garantista no *Estado Democrático de Direito*: tutelar materialmente os direitos e garantias individuais e sociais.”. ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003. p.38-39.

encontrado, na visão de Ingo Wolfgang Sarlet a norma constitucional que determina a eficácia imediata dos Direitos Fundamentais não deixa de cumprir importante função:

Levando-se em conta esta distinção, somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, entendimento este sustentado, entre outros, no direito comparado, por Gomes Canotilho e compartilhado, entre nós, por Flávia Piovesan¹⁸⁹.

O mesmo autor reconhece, porém, que dentre os diversos Direitos Fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 podem “[...] existir distinções no que concerne à graduação desta aplicabilidade e eficácia, dependendo da forma de positivação, do objeto e da função que cada preceito desempenha.”¹⁹⁰.

2.5 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS LIMITES JURÍDICOS

O estudo dos Direitos Fundamentais pressupõe, ainda e necessariamente, a definição do âmbito ou núcleo de proteção e, bem assim, das restrições e limitações jurídicas a esses direitos.

A doutrina identifica duas e diferentes teorias a partir da concepção que se adota no tocante à relação que se estabelece entre a restrição e o direito protegido. Assim, segundo a teoria externa, há inicialmente um direito não restringido e, após a incidência da restrição (como algo externo), obtém-se o direito restringido. Já para os adeptos da teoria interna não há dois e distintos objetos – o direito e a restrição – mas apenas a própria concepção de um direito limitado¹⁹¹. Por isso, esta última teoria trabalha com a ideia de limites aos Direitos Fundamentais e rejeita o termo restrições.

¹⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 258.

¹⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 259-260.

¹⁹¹ Ou de um direito que já nasce limitado.

Interessante a análise que faz Robert Alexy acerca das razões que levam o operador do Direito a adotar uma ou outra orientação teórica:

[...] alguém que defenda uma teoria individualista do Estado e da Sociedade tenderá mais à teoria externa, enquanto alguém para o qual o importante é o papel de membro ou participante de uma comunidade [doutrina social] tenderá mais para a teoria interna. [e complementa] Saber se correta é a teoria externa ou a teoria interna é algo que depende essencialmente da concepção de normas de direitos fundamentais como regras ou como princípios, ou seja, da concepção das posições de direitos fundamentais como posições definitivas ou *prima facie*. Se se parte de posições definitivas, então, a teoria externa pode ser refutada; se se parte de posições *prima facie*, então, é a teoria interna que pode ser¹⁹².

O autor, por sua vez, se filia à teoria externa e conduz seus estudos para as restrições a Direitos Fundamentais, que classifica como sendo “[...] normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental.”¹⁹³.

Neste particular fica bem evidenciada a diferença de concepção em relação a Konrad Hesse, para quem os Direitos Fundamentais são sempre determinados materialmente e, como tal, as limitações de direitos fundamentais nada mais são do que as determinações desses limites¹⁹⁴.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco concebem os Direitos Fundamentais como princípios, com todas as vantagens da teoria dos princípios, tais como o de legitimar as restrições mediante utilização dos métodos de ponderação¹⁹⁵.

De qualquer forma, os autores em geral revelam toda a sua preocupação para com o tema, que toca diretamente ao âmbito de proteção aos Direitos

¹⁹² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 278.

¹⁹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 281.

¹⁹⁴ O autor ainda complementa: “Cada direito fundamental encontra seu limite principalmente lá onde termina seu alcance material. Esse limite é, uma vez, uma questão do seu ‘âmbito da norma’, isto é, daquela parte da – muitas vezes, juridicamente já moldada –, ‘realidade’, que é o objeto da garantia, [...]” HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 250-251.

¹⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 290-291.

Fundamentais. Por isso, Robert Alexy adverte em sua classificação que “As restrições de hierarquia constitucional são restrições diretamente constitucionais, e as restrições infraconstitucionais são restrições indiretamente constitucionais.”¹⁹⁶.

Daí que o estudo do âmbito de proteção dos Direitos Fundamentais está diretamente vinculado à norma constitucional positiva e exige um renovado e constante esforço hermenêutico. É de se dizer: varia de Estado para Estado, de Constituição para Constituição, não sendo lícito crer num âmbito de proteção de Direitos Fundamentais válido para todas as nações e para todos os tempos.

Sem dúvida “[...] o principal problema das reservas é a sua delimitação.”¹⁹⁷, merecendo grande atenção sua análise tanto sob o aspecto formal quanto material. Este tema tem sido tratado doutrinariamente como limites dos limites (*Schranken der Schranken*), segundo se extrai da obra de Gomes Canotilho:

Depois de determinado o âmbito de proteção e averiguada a existência de uma autêntica restrição através de lei, cumpre verificar se a lei restritiva preenche os requisitos constitucionais fixados. [...] Estes requisitos podem estar contidos em regras ou em princípios da constituição. Os requisitos formais actuam como uma <zona de proteção formal> [...]; os requisitos materiais pretendem assegurar a conformidade substancial da lei restritiva com os princípios e regras da Constituição (princípio da proporcionalidade, princípio da generalidade e abstracção, princípio de não-retroatividade, princípio da salvaguarda do conteúdo essencial). Trata-se de uma das operações metódicas necessárias para se evitar a aniquilação dos direitos, liberdades e garantias através de leis restritivas do respectivo âmbito de protecção. São vários os limites estabelecidos pelas normas constitucionais às leis limitativas de direitos (a doutrina alude aqui, na senda da doutrina germânica, a limites de limites, <Schranken der Schranken>)¹⁹⁸.

No Brasil os Direitos Fundamentais assumiram a forma de normas constitucionais positivas e, portanto, dotadas de supremacia sobre todas as demais normas do ordenamento jurídico nacional. Logo, qualquer restrição a direitos fundamentais ou decorre da própria Constituição ou se dá em razão dela.

¹⁹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 286.

¹⁹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 292.

¹⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 411-412.

No aspecto formal é, pois, comum às normas definidoras dos direitos fundamentais trazerem as restrições aos próprios direitos que enunciam (exemplo são as expressões “nos termos da lei”; “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer”, etc.) e, quando não o fazem diretamente, assim decorre – implicitamente – da própria necessidade de interpretação dos chamados conceitos jurídicos indeterminados, como, por exemplo, a cláusula da função social (art. 5º, inc. XXIII, CRFB)¹⁹⁹.

De resto, é de se notar que nalgumas vezes a previsão de legislação regulamentadora não tem a função de autorizar a restrição a Direitos Fundamentais, mas, pelo contrário, de garantir a complementação, densificação e concretização desses direitos. É quando nasce um dever de legislar. Assim é o caso, por exemplo, da previsão constitucional de que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (art. 5º, inc. XXXV, CRFB)²⁰⁰. Nestas hipóteses ocorre o que se denomina de âmbito de proteção estritamente normativo, quando então não é correto atribuir à lei a função de restrição, mas de regulação ou conformação. A exigência de lei, nestas hipóteses, concretiza o Direito Fundamental e, como tal, “[...] existiria, assim, para o legislador um dever de preservar tais garantias.”²⁰¹. São exemplos no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 os incisos XXVI, XXVII, XXVIII, LXXVI, LXXVII²⁰².

¹⁹⁹ “Art. 5º [...] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; [...]”. BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

²⁰⁰ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

²⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 289.

²⁰² “Art. 5º [...] XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento; XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas; [...] LXXVI - são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei: a) o registro civil de nascimento; b) a certidão de óbito; LXXVII - são gratuitas as ações de “habeas-corpus” e “habeas-data”, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.” BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

A doutrina, apesar da dificuldade, tem sistematizado os tipos de restrições a Direitos Fundamentais encontrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, valendo citar, em relação às restrições constitucionais indiretas, as seguintes: reserva legal simples; reserva legal qualificada; e, Direitos Fundamentais sem expressa previsão de reserva legal.

A reserva legal simples ocorre sempre que a Constituição autoriza a intervenção do legislador no âmbito de proteção de direitos individuais, exigindo apenas que eventual restrição seja prevista em lei. As expressões mais utilizadas são: “na forma da lei”, “nos termos da lei”, “salvo nas hipóteses previstas em lei”, “assim definidas em lei” ou “no prazo de lei”. O art. 5º traz diversos exemplos em seus incisos VI, VII, XV, XXIV, XXVII, XXVIII, XXIX, XXXIII, XLV, XLVI e LVIII²⁰³.

Já a reserva legal qualificada ocorre quando a Constituição estabelece, além da exigência de lei para eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado Direito Fundamental, também, “[...] as condições especiais, os fins a

²⁰³ “Art. 5º [...] VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; [...] XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; [...] XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; [...] XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas; XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País; [...] XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; [...] LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei.” BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

serem perseguidos ou os meios a serem utilizados.”²⁰⁴. Exemplo típico é do art. 5º, inc. XIII, da CRFB, ao estabelecer que é “[...] livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”²⁰⁵. Logo, não poderá o legislador estabelecer restrições sem atender ao critério da razoabilidade e, mais, para além – exclusivamente - das qualificações profissionais. Como se vê, não há um campo totalmente livre ao legislador. É o que ocorre, também, nas hipóteses do art. 5º incisos XII, XXXVIII e LX da CFRB, por exemplo²⁰⁶.

Não havendo reserva legal expressa, então não caberá ao legislador reduzir o âmbito de proteção dos Direitos Fundamentais, exatamente por conta do princípio da supremacia da constituição. Konrad Hesse adverte que “[...] uma limitação autônoma pelo poder executivo ou judiciário é inadmissível.”²⁰⁷.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 se pode citar a liberdade religiosa, a inviolabilidade de domicílio e de correspondência como Direitos Fundamentais sem reserva legal expressa. Mesmo assim, caso há em que a doutrina admite que o legislador possa justificar sua intervenção com fundamento nos direitos de terceiros ou em outros princípios de hierarquia constitucional²⁰⁸. O exemplo de restrição dessa natureza tem ocorrido em relação à fiscalização de correspondências de presos pela administração penitenciária, já que o art. 41, inc. XV, da Lei de Execução Penal prevê como direito do preso o “[...] contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.”²⁰⁹, o que leva esta

²⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 299.

²⁰⁵ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

²⁰⁶ “Art. 5º [...] XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...] XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; [...] XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;”. BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

²⁰⁷ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 253.

²⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 299. p. 303-304.

²⁰⁹ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em:

última parte ao confronto com a inviolabilidade de correspondência prevista no art. 5º, inc. XII, primeira parte, da Constituição da República²¹⁰. Segundo precedente do Supremo Tribunal Federal, esta restrição à inviolabilidade é admitida sempre que fundado em razões de segurança pública, disciplina prisional ou preservação da ordem jurídica (HC 70.814)²¹¹.

Já no âmbito das restrições aos Direitos Fundamentais, sob o aspecto material, a doutrina apresenta diversos pontos a serem observados, tais como o problema da colisão e concorrência de Direitos Fundamentais; o princípio da proteção do núcleo essencial e o princípio da proporcionalidade²¹².

Com efeito, a questão do conflito dos Direitos Fundamentais está afetada à compreensão da colisão das normas jurídicas²¹³, já que os mesmos – em sua

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm>. Acesso em: 26 mar. 2014.

²¹⁰ “Art. 5º [...] XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.” BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

²¹¹ “HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO - OBSERVANCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO. - A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do Código de Processo Penal. O ato sentencial que contém a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão satisfaz, plenamente, as exigências impostas pela lei. - A eficácia probante das cópias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Pécas reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal. - A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. - O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 70814, 01 mar. 1994.

²¹² “Para prevenir os inúmeros conflitos resultantes de pretensões colidentes, a fim de garantir segurança jurídica nas relações sociais, justifica-se, frequentemente, a edição de leis que restrinjam o exercício dos direitos considerados, sem que, para tanto, exista uma específica autorização constitucional. Nestes casos, tem-se que a coexistência espaço-temporal de direitos pode ser validamente prevenida, desde que a tarefa de concordância prática respeite os limites dados principalmente pelo princípio da proporcionalidade.”. BARROS, Susana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 172-173.

²¹³ Na acepção de Eros Roberto Grau: “Norma jurídica é gênero que alberga, como espécies, regras e princípios – entre estes últimos incluídos tanto os princípios explícitos quanto os princípios gerais do direito.” GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**.

maioria – costumam vir dispostos em princípios e, como tal, diferente das regras cuja antinomia se resolve no âmbito da validade, aqui a solução se dá no âmbito do valor²¹⁴. E, nesse sentido, deve-se ter em mente a lição da doutrina segundo a qual “os princípios são normas que exigem a relação de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”²¹⁵. Daí a conclusão de que os princípios demandam aplicação em graus diferenciados, otimizando-se conforme o caso que o atrai.

Diante destes jogos de princípios é que, para Alexy, “[...] é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade.”²¹⁶. É que na colisão de Direitos Fundamentais um não poderá afetar, por completo, o conteúdo essencial do outro, segundo lição de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

No conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que tenha um princípio como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro²¹⁷.

Quanto ao princípio da proteção do núcleo essencial o ordenamento jurídico positivo brasileiro não traz nenhuma disposição a seu respeito, diferentemente do alemão e do português. De qualquer forma, veda-se qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais (art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal de 1988)²¹⁸.

Exemplo citado pela doutrina brasileira é o precedente do Supremo

3. ed. São Paulo: Malheiro, 2005. p. 45.

²¹⁴ Ainda segundo a lição de Eros Roberto Grau, para quem nos conflitos entre princípios “[...] a opção do aplicador do direito ou do intérprete por um deles – em detrimento do que a ele se opõe – não implica desobediência do outro. Repita-se: esse tipo de conflito não resulta em antinomia.”. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: (interpretação e crítica). 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 100.

²¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 274.

²¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 296.

²¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 274.

²¹⁸ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.” BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 82.959, que teve por relator o Ministro Marco Aurélio e que, implicitamente, admitiu que a imposição de regime integralmente fechado para o cumprimento de pena de condenações nos crimes hediondos configura lesão ao princípio da proteção do núcleo essencial, por negar totalmente vigência ao princípio da individualização da pena previsto no art. 5º, inc. XLVI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²¹⁹.

Também como importante limite material às restrições aos direitos fundamentais, Konrad Hesse faz defesa enfática do princípio da proporcionalidade:

Como os direitos fundamentais, também na medida em que eles estão sob reserva legal, pertencem às partes integrantes essenciais da ordem constitucional, essa determinação proporcional nunca deve ser efetuada em uma forma que prive uma garantia jurídico-fundamental mais do que o necessário, ou até completamente, de sua eficácia na vida da coletividade. A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser *adequada* para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser *necessária* para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser *proporcional* no sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental²²⁰.

É, na mesma linha, o que Gomes Canotilho defende como princípio da proibição do excesso, segundo o qual “[...] no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida).”²²¹.

O autor português – fundado em expressa previsão da Constituição de

²¹⁹ “PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82959, Brasília, DF, de 23 de fevereiro de 2006..

²²⁰ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 255-256.

²²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 417.

seu país – ainda faz alusão ao requisito da generalidade e abstração que as leis restritivas devem guardar, sob pena de inconstitucionalidade:

Uma lei geral e abstracta é aquela que se dirige a um número indeterminado ou indeterminável de pessoas (destinatário) ou regula um número indeterminado ou indeterminável de casos. Uma lei individual e concreta é aquela que se dirige a um número determinado ou determinável de pessoas ou disciplina um número determinado ou determinável de casos.

Através desta caracterização de leis gerais e abstractas e de leis individuais e concretas podemos assinalar o alcance claro e inequívoco deste requisito: proibição de leis de natureza individual e concreta restritiva de direitos, liberdades e garantias. As razões materiais desta proibição sintetizam-se da seguinte forma: (a) as leis particulares (individuais e concretas) de natureza restritiva violam o princípio material da igualdade, agredindo em termos materialmente desiguais os direitos, liberdades e garantias; (b) as leis individuais e concretas restritivas de direitos, liberdades e garantias representam manipulação da forma da lei pelos órgãos legislativos ao praticarem um acto administrativo individual e concreto sob as vestes legais (os autores discutem a existência, neste caso, de abuso do poder legislativo e de violação do princípio da separação de poderes); (c) as leis individuais e concretas não contêm uma normatização dos pressupostos da limitação expressa de forma previsível e calculável e, por isso, não garantem aos cidadãos nem a protecção de confiança nem alternativamente de acção e racionalidade de actuação²²².

A doutrina pátria tem feito referência à admissão deste limite às restrições de Direitos Fundamentais no Brasil como decorrência direta do “[...] postulado material da igualdade, que veda o tratamento discriminatório ou arbitrário, seja para prejudicar, seja para favorecer.”²²³, apontando como exemplo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 958, que vedou a aplicação da chamada cláusula de barreira aos partidos políticos nanicos, mormente porque a Lei dos Partidos Políticos²²⁴ adotou, neste caso, critérios assentados no passado para definir a participação futura²²⁵.

²²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 414.

²²³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 329.

²²⁴ BRASIL. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm>. Acesso em: 26 mar. 2014.

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 958, Brasília, DF, 11

CAPÍTULO 3

APLICAÇÃO DIRETA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO PODER JUDICIÁRIO

Este terceiro e último capítulo foi voltado à pesquisa da influência das teorias jusfilosóficas e das doutrinas jurídicas da chamada nova hermenêutica constitucional sobre a aplicação direta de Direitos Fundamentais pelo Poder Judiciário. Foram estudados três casos concretos decididos pela história recente do Supremo Tribunal Federal, especialmente com vista à análise da relação que mantém com o ativismo judicial e sua adequação - destas decisões - à ordem constitucional vigente.

3.1 CONSTITUIÇÃO COMO SISTEMA ABERTO DE REGRAS E PRINCÍPIOS

A pós-modernidade trouxe a superação da conceito de Constituição em sentido meramente formal. A reconciliação do texto normativo com a realizada prática pressupõe, no entanto, uma releitura das constituições, a partir de teorias sistêmicas e da perspectiva material das constituições. É sob esta nova concepção que os princípios ganham a normatividade necessária para conduzirem a abertura constitucional.

3.1.1 Sistema constitucional

Palavra de origem grega, sistema significa conjunto organizado de partes, relacionadas entre si em mútua dependência. Aplicada a teoria sistêmica ao Direito, Juarez de Freitas propõe a seguinte definição de sistema jurídico:

[...] entende-se mais apropriado que se conceitue o sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição²²⁶.

²²⁶ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 40.

Portanto, a perspectiva sistêmica aplicada ao ordenamento jurídico tem a importante função de nortear e conduzir a sua inteligência, o seu conhecimento, o que, num Estado Democrático de Direito, se dará a partir das normas que compõem a Constituição. O ordenamento jurídico assim concebido passa a ser organizado e sistematizado com o fim específico de realização dos postulados constitucionais, e não o contrário. É partir das normas constitucionais que serão dirimidos os conflitos das normas inferiores, ditas antinomias jurídicas, e que também serão conduzidas as interpretações possíveis de todas as normas jurídicas, hierarquicamente organizadas a partir da Constituição.

Um passo além, no entanto, adverte Paulo Bonavides que ainda há muito o que se fazer na estruturação de uma teoria sistêmica aplicada – precisamente - ao Direito Constitucional. De todo modo, o autor propõe a seguinte definição de Sistema Constitucional:

[...] [é] aquele que abrange todas as forças excluídas pelo constitucionalismo clássico ou por este ignoradas, em virtude de visualizar nas Constituições apenas o seu aspecto formal, o seu lado meramente normativo, a juridicidade pura²²⁷.

Em sede de regime constitucional, portanto, a teoria sistêmica propõe a ampliação do campo de observação do fenômeno normativo para que os valores materiais de uma sociedade democrática e pluralista, consistente na práxis constitucional, sejam incorporadas na interpretação e aplicação da Constituição.

A partir da literatura jurídica estrangeira, têm-se estudado a Constituição como um sistema aberto de regras e princípios. Dá-nos notícia nesse sentido o professor português Gomes Canotilho, para quem o Estado de Direito Democrático Português se reveste das características de um verdadeiro sistema normativo aberto de regras e princípios, o que, na sua lição, é decodificado nos termos seguintes: 1. É um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; 2. É um sistema aberto porque 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

²²⁷ BONAVIDE, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 79.

da “justiça”; 3. É um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; 4. É um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras²²⁸.

É nessa dinâmica de constante atualização de sua normatividade que o sistema constitucional atuará sobre as instituições e sobre o próprio Direito na pós-modernidade, como bem arremata Gomes Canotilho:

Como se concebe, então, a constituição na época pós-moderna? Em termos tendenciais, constituição é um *estatuto reflexivo* que, através do estabelecimento de esquemas procedimentais, do apelo a auto-regulações, de sugestões no sentido da evolução político-social, permite a existência de uma pluralidade de opções políticas, a compatibilização dos dissensos, a possibilidade de vários jogos políticos e a garantia da mudança através da construção de rupturas (Teubner Ladeur)²²⁹.

Não é mais possível, portanto, interpretar-se a Constituição, exclusivamente, a partir da literalidade de seu texto normativo, sem levar em consideração o fato de que a extração da normatividade do regime constitucional de cada Estado Democrático de Direito deve manter um permanente diálogo entre a proposta jurídica e a realidade que se busca transformar.

3.1.2 Distinção entre regras e princípios

A definição de Princípios Constitucionais irá variar conforme a linha jusfilosófica adotada pelo jurista. Aqueles que se identificam como pós-positivistas concebem os princípios como normas jurídicas e, mais ainda, como normas superiores se comparados às regras. Segundo Gomes Canotilho, pode-se bem distinguir regras de princípios observando-se os seguintes critérios²³⁰:

a) grau de abstração: os princípios tem maior grau de abstração do que as regras;

²²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1033.

²²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1235.

²³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1034-1035.

b) grau de determinabilidade: considerado o caso concreto, os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, diferentemente das regras que são autoaplicáveis;

c) caráter de fundamentalidade: no sistema de fontes do Direito os princípios se revelam como fundamentos, seja por conta da posição hierárquica dos Princípios Constitucionais, seja por conta de sua importância dentro do sistema jurídico (exemplo do princípio do Estado de Direito);

d) proximidade da ideia de Direito: os princípios trazem elevada carga valorativa o que os identifica com a ideia de justiça e de Direito, enquanto as regras revelam conteúdo meramente funcional;

f) natureza normogenética: os princípios cumpre função de fundamento jurídico das regras, por constituírem a *ratio* de regras jurídicas.

Nesse sentido, Robert Alexy defende que “[...] as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença *qualitativa*.”²³¹.

Essa distinção fica ainda mais evidente na diferença entre colisão de regras e princípios. Enquanto que a colisão de regras gera antinomia jurídica²³², prevalecendo uma em detrimento da outra (âmbito de validade), na colisão de princípios não se poderá falar em antinomia propriamente dita²³³, pois o conflito resolver-se-á no âmbito do valor, ponderando-se a aplicação de um em detrimento do outro conforme a exigência do caso concreto. Neste caso de conflito de princípios, segundo lição de Eros Roberto Grau, “[...] a opção do aplicador do direito

²³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 90.

²³² “[...] importa observar que o conflito entre regras jurídicas resulta em antinomia, entendida esta como situação de incompatibilidade entre ambas (ambas pertencendo ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade), que conduz à necessidade de uma delas ser eliminada do sistema. Antinomia jurídica, pois, é situação que impõe a extirpação, do sistema, de uma das regras.” GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 99.

²³³ “Chama-se de antinomias próprias aquelas que ocorrem por razões formais [entre regras], sendo impróprias as que se dão em virtude do conteúdo material das normas. Entre estas incluem-se as antinomias de princípios (quando normas de um ordenamento protegem valores opostos como a liberdade e segurança), [...]” FRANÇA, R. Limongi (Coord.). **ENCICLOPEDIA Saraiva do direito**. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 16.

ou do intérprete por um deles – em detrimento do que a ele se opõe – não implica desobediência do outro.”²³⁴.

3.1.3 Tipos e funções dos Princípios Constitucionais

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 se encontram, segundo a importância e abrangência para o Sistema Constitucional, princípios estruturantes, princípios gerais do Direito e princípios especiais ou setoriais.

Os princípios estruturantes são poucos e generalíssimos. Dão a estrutura das opções políticas do Estado, adotadas pelo Poder Constituinte, sendo exemplos os princípios do Estado de Direito (art. 1º, *caput*, CRFB); federativo (art. 1º, *caput*, CRFB); republicano (art. 1º, *caput*, CRFB); democrático (art. 1º, *caput*, CRFB); do presidencialismo (art. 2º e art. 76 da CRFB); e da separação dos poderes (art. 2º, CRFB).

Já os princípios gerais são atinentes ao ordenamento jurídico, muitos afirmados ao longo da tradição jurídica. É o caso dos princípios da legalidade (art. 5º, inc. II, CRFB); igualdade (art. 5º, *caput*, CRFB); liberdade (art. 5º, *caput*, CRFB); dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CRFB); devido processo legal, razoabilidade e proporcionalidade (art. 5º, inc. LIV, CRFB); segurança jurídica (art. 5º, *caput*, CRFB).

Finalmente, a Constituição revela princípios especiais ou setoriais que, de âmbito de aplicação mais restrito, dizem respeito à apenas determinados ramos da Ciência Jurídica. Pode-se citar os princípios da legalidade tributária (art. 150, inc. I, CRFB); legalidade penal (art. 5º, inc. XXXIX, CRFB); legalidade administrativa (art. 37, *caput*, CRFB); moralidade administrativa (art. 37, *caput*, CRFB) e impessoalidade (art. 37, *caput*, CRFB).

No que tange às funções, segundo Paulo Bonavides, os Princípios Constitucionais servem de fundamento da ordem jurídica, com eficácia derogatória e diretiva; servem à função orientadora do trabalho jurídico; e, também, de fonte em

²³⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 100.

caso de insuficiência de lei e do costume²³⁵.

Derradeiramente, os “[...] princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*.”²³⁶.

Resta latente que os princípios saltaram da qualidade de fonte subsidiária para fonte primária quando deixaram os códigos para se alocarem nos textos constitucionais. Além desse fato, proporcionado pelas novas Constituições da segunda metade do Séc. XX, a grande maior parte dos Direitos Fundamentais foram positivados já sob a forma de princípios insculpidos na Constituição, o que lhes têm garantido uma maior eficácia e aplicação direta pelo Poder Judiciário. E, segundo Susana Toledo de Barros, “[...] os direitos fundamentais, mesmo quando expressados sob a forma de regras, reconduzem-se a princípios, tendo em vista o valor ou bem jurídico que visam proteger.”²³⁷. Daí decorre, também, o fato de que eventual colisão de Direitos Fundamentais ensejará uma ponderação em razão do bem ou valor que se pretenda tutelar.

3.2 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A pós-modernidade já tem produzido diversas teorias de interpretação do Direito em superação ao paradigma da modernidade, no âmbito dos regimes constitucionais democráticos.

3.2.1 A força normativa da Constituição (Konrad Hesse)

Em 1959, Konrad Hesse procurou demonstrar que “[...] como toda ciência jurídica, o Direito Constitucional é uma ciência normativa.”²³⁸. Sua tese se deu, fundamentalmente, para contrapor a tese de Ferdinand Lassalle, proferida antes, em

²³⁵ BONAVIDE, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 255.

²³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 103-104.

²³⁷ BARROS, Susana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p.155.

²³⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 11.

16 de abril de 1862, no sentido de que as questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas²³⁹.

O autor não nega, antes pressupõe, as condicionantes fáticas que influenciam a normatividade da Constituição, aí compreendidas as condições históricas, naturais, técnicas, econômicas, políticas e sociais, pois reconhece que “[...] a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade.”²⁴⁰.

A Constituição, no entanto, só se fará ativa se se fizer presente na consciência geral, em especial dos principais responsáveis pela ordem constitucional, de modo que se forme uma efetiva vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*)²⁴¹.

Mas para que possa garantir sua força normativa, o conteúdo da Constituição deve manter correspondência com a realidade concreta de seu tempo. Por isso os Princípios Constitucionais não devem ser muitos, para garantir que seus conteúdos se revelem possíveis de serem concretizados. Sua estrutura também não pode ser unilateral, o que levaria à ruptura da situação jurídica vigente num mundo de constante mudança político-social²⁴².

Fundamentalmente, cumprirá papel decisivo à garantia da força normativa da Constituição a interpretação construtiva constitucional, como explica Konrad

²³⁹ “Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naqueles países vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores reais do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.”. LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 5. ed. Traduzido por Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 40.

²⁴⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991. p. 14.

²⁴¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991. p. 19.

²⁴² “Se pretende preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela incorporar, mediante metódica ponderação, parte da estrutura contrária. Direitos fundamentais não podem existir sem deveres, a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder, o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo. Se a Constituição tentasse concretizar um desses princípios de forma absolutamente pura, ter-se-ia de constatar, inevitavelmente – no mais tardar em momento de acentuada crise – que ela ultrapassou os limites de sua força normativa. A realidade haveria de pôr termo à sua normatividade; os princípios que ela buscava concretizar estariam irremediavelmente derrogados.” HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991. p. 21.

Hesse:

A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar esse condicionantes, correlacionando-se com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação²⁴³.

Daí a defesa enfática do autor de que graças ao elemento normativo a Constituição ordena e conforma a realidade política e social, do que decorre, por conseguinte, o caráter jurídico do Direito Constitucional²⁴⁴.

3.2.2 Democratização da interpretação constitucional (Peter Häberle)

Mais tarde, em 1975, Peter Häberle defendeu a democratização do interpretação constitucional em tese que denominou de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. O autor voltou seu estudo para o contexto sistemático em que se dá o processo de interpretação constitucional, especialmente no tocante aos seus participantes²⁴⁵.

Para o autor “[...] toda atualização da Constituição, por meio da atuação

²⁴³ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991. p. 22-23.

²⁴⁴ “Portanto, o Direito Constitucional não está obrigado a abdicar de sua posição enquanto disciplina científica. Se a Constituição jurídica possui significado próprio em face da Constituição real, não se pode cogitar da perda de legitimidade dessa disciplina enquanto ciência jurídica.” HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991. p. 26.

²⁴⁵ “Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos ‘vinculados às corporações’ (*zünftmässige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. (...*weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und von ihr konstituier wird*). Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralistas for a sociedade.” HABERLE, Peter. **Hermeneutica constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997. p. 13.

de qualquer indivíduo constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada.”²⁴⁶. Nesse processo representam forças produtivas de interpretação os cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e, mesmo, a opinião pública, como bem argumenta:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição²⁴⁷.

Sugere, portanto, que a interpretação constitucional leve em consideração a práxis dos destinatários de suas normas²⁴⁸, citando como exemplo as liberdades religiosa, artística e científica, o que convergirá na concepção de um elemento objetivo dos direitos fundamentais²⁴⁹.

Não trata de reduzir a importância da interpretação constitucional dada pelos órgãos jurídico-institucional, mas de rejeitar o monopólio estatal. Isto porque “[...] a interpretação constitucional é, todavia, uma ‘atividade’ que, potencialmente, diz respeito a todos.”²⁵⁰.

Assim, enquanto a legitimidade dos intérpretes oficiais da Constituição se sustenta nas competências que lhes são formalmente atribuídas por um procedimento pré-estabelecido (legitimação mediante procedimento constitucional),

²⁴⁶ HABERLE, Peter. **Hermeneutica constitucional**: a sociedade aberta dos interpretes da constituição. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997. p. 13-14.

²⁴⁷ HABERLE, Peter. **Hermeneutica constitucional**: a sociedade aberta dos interpretes da constituição. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997. p. 15.

²⁴⁸ “O controle de constitucionalidade, adotada a concepção *aberta* de Peter Häberle, como já visto, ganha contornos democráticos, rompendo com o enclausuramento da (possibilidade) hermenêutica do texto constitucional. O processo de atribuição de sentido passa, desta feita, a ser compartilhado com a própria sociedade, por meio da linguagem. Assim é que a concretização da Constituição, vista como documento *constituente* da própria sociedade, mediada por essa dimensão hermenêutica, tende a ser mais dialogada, democrática e efetiva. Corolário disso é que os horizontes de sentido se espriam desde dentro da sociedade, contribuindo decisivamente para o processo de significação. Há maior vinculação do mundo da vida com as decisões sobre a validade constitucional das normas, atualizando-se no tempo o texto constitucional.” ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003. p. 96.

²⁴⁹ HABERLE, Peter. **Hermeneutica constitucional**: a sociedade aberta dos interpretes da constituição. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997. p. 16.

²⁵⁰ HABERLE, Peter. **Hermeneutica constitucional**: a sociedade aberta dos interpretes da constituição. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997. p. 24.

a legitimidade dos demais participantes não formais do processo de interpretação constitucional decorrerá de aportes da Teoria da Constituição e da Teoria de Democracia²⁵¹. Por isso conclui:

Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (*Öffentlichkeit*), dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como mero objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos²⁵².

Daí a importância de se ampliar o conceito de participante do processo constitucional, para reconhecer que com a ampliação do círculo dos que dela fazem parte, “[...] posteriormente, a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a sua atualização pública.”²⁵³.

Da ideia de abertura do processo de interpretação constitucionais é que são inseridas audiências públicas e admitida a participação de terceiros estranhos à relação material no processo constitucional jurisdicional. No Brasil a inovação foi introduzida pelas leis que regulamentam a ação direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade²⁵⁴, bem como a arguição de descumprimento de

²⁵¹ “Quanto mais ampla for, do ponto de vista objetivo e metodológico, a interpretação constitucional, mais amplo há de ser o círculo dos que delas devam participar. É que se cuida de Constituição enquanto processo público (Verfassung als öffentlichen Prozess). Diante da objeção de que a unidade da Constituição se perderia com a adoção desse entendimento, deve-se observar que as regras básicas de interpretação remetem ao ‘concerto’ que resulta da conjugação desses diferentes intérpretes da Constituição no exercício de suas funções específicas. A própria abertura da Constituição demonstra que não apenas o constitucionalista participa desse processo de interpretação! A unidade da Constituição surge da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes. Aqui devem ser desenvolvidas reflexões sob a perspectiva da Teoria da Constituição e da Teoria da Democracia.” HABERLE, Peter. **Hermeneutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997. p. 32-33.

²⁵² HABERLE, Peter. **Hermeneutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997. p. 33.

²⁵³ HABERLE, Peter. **Hermeneutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997. p. 41.

²⁵⁴ “Art. 7º. [...] § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades. [...] Art. 9º [...] § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. § 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.” BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1990. Dispõe sobre o processo e julgamento da

preceito fundamental, com a admissão do *amicus curiae*, a possibilidade de manifestação de expertos na matéria litigiosa e realização de audiências públicas²⁵⁵.

3.2.3 Interpretação e aplicação do Direito (Eros Roberto Grau)

A interpretação constitucional ganha reforço na tese de Eros Roberto Grau, para quem “[...] interpretação e aplicação são uma só operação.”²⁵⁶, um ato constitutivo e não simplesmente declaratório.

O que se interpreta, segundo o autor, são os textos normativos, ou seja, os dispositivos legais, de cujo processo intelectual resultam as normas. Assim, enquanto os textos normativos são o objeto a interpretar, as normas são o resultado dessa interpretação. Também por isso nenhum texto normativo está à salvo da interpretação, porquanto nada dizem antes da atividade compreensiva do intérprete, que deve levar em consideração o contexto prático (fatos) na revelação da norma jurídica aplicável²⁵⁷.

Isso não quer dizer que o intérprete pode, simplesmente, criar a norma. Pelo contrário, deve partir do texto normativo, mantendo-o como referência de sua interpretação. O que sustenta é a dinamicidade do Direito, ou seja, que o Direito é contemporâneo à realidade, sendo que “[...] o juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo, considerando o direito todo, e não apenas um determinado texto normativo.”²⁵⁸.

Rejeita, no entanto, a ideia de resposta correta ou adequada proposta por

ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 09 abr. 2014.

²⁵⁵ BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 09 abr. 2014.

²⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 22.

²⁵⁷ “O intérprete procede à interpretação dos textos normativos e, concomitantemente, dos fatos, de sorte que o modo sob o qual os acontecimentos que compõem o caso se apresentam vai também pesar de maneira determinante na produção da(s) norma(s) aplicável(veis) ao caso.”. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 22.

²⁵⁸ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 38.

Ronald Dworkin, mas reconhece a inexistência de hierarquia entre os métodos de interpretação e sugere seja este processo balizado por três pautas, quais sejam, a interpretação do Direito no seu todo, e não em tiras; a busca da finalidade do Direito; e o reconhecimento do caráter normativo dos Princípios Constitucionais. Insiste, porém, que mesmo diante da interpretação baseada em princípios está o intérprete adstrito ao juízo de legalidade e não de discricionariedade²⁵⁹:

Ainda quando o intérprete autêntico cogite dos *princípios*, ao atribuir peso maior a um deles – e não a outro – ainda então não exercita discricionariedade. O momento dessa atribuição é extremamente rico – porque nele, quando se esteja a perseguir a definição de uma das soluções corretas, no elenco das possíveis soluções corretas a que a interpretação do direito pode conduzir – pondera-se *o direito*, todo ele (e a Constituição inteira), como totalidade. Variáveis múltiplas, de fato – as circunstâncias peculiares do caso – e jurídicas – lingüísticas, sistêmicas e funcionais -, são descortinadas. E, paradoxalmente, é precisamente o fato de o intérprete estar vinculado, retido, pelos princípios que torna mais criativa a *prudência* que pratica²⁶⁰.

O autor, portanto, empresta uma ampla abertura ao processo de interpretação, mormente ao reconhecer o caráter normativo dos princípios constitucionais, mas não desconhece os limites jurídicos a que sempre ficará o intérprete sujeito decorrente do texto normativo (a interpretar).

3.2.4 Integridade do Direito (Ronald Dworkin)

Ronald Dworkin se propôs a pesquisar o Direito enquanto integridade. Reconhece que não existe nenhuma teoria plausível acerca da divergência teórica do Direito, afirmando que “[...] o direito nada mais é que aquilo que as instituições

²⁵⁹ “O que se tem denominado de discricionariedade judicial é poder de criação de norma jurídica que o intérprete autêntico exercita formulando juízos de legalidade (não de oportunidade). A distinção entre ambos esses juízos encontra-se em que o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente; o juízo de legalidade é atuação, embora desenvolvida no campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve atado, retido, pelo texto normativo e, naturalmente, pelos fatos. A interpretação é expressão de uma manifestação constitutiva, que envolve uma decisão. Essa decisão é assumida – insisto – mediante a formulação de um juízo de legalidade – não de um juízo de oportunidade (= discricionariedade). Não obstante, a doutrina insiste no equívoco de confundir discricionariedade (juízo de oportunidade) com a liberdade de pensar, própria da natureza do homem.” GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 209.

²⁶⁰ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 209-210.

jurídicas, como as legislaturas, as câmaras municipais e os tribunais, decidiram no passado.”²⁶¹.

Em seu estudo, exatamente sobre a divergência teórica do Direito, insiste que é preciso disciplinar a ideia do Direito como ciência, sem desconhecer tratar-se de um fenômeno social, mas de caráter argumentativo²⁶². Para tanto, analisa três concepções antagônicas do direito – o convencionalismo, o pragmatismo jurídico e o Direito como integridade – para então defender a última delas.

“O convencionalismo defende a autoridade da convenção ao insistir em que as práticas convencionais estabelecem tanto o fim quanto o princípio do poder do passado sobre o presente.”²⁶³. Nessa linha, não se abre possibilidade de o juiz decidir tomando em consideração valores do presente, pouco importando se lhe parecerá injusta a decisão. O que importa é que o juiz decida segundo uma decisão política do passado, tanto aquelas adotadas pelo legislativo quanto baseadas em precedentes judiciais, de modo a externar que o Direito aplicado é o Direito (pré)existente e não um direito inventado. Diante dos casos difíceis, argumenta-se que não há Direito, e portanto deve-se decidir baseado no correto entendimento de decisões passadas²⁶⁴.

Já o pragmatismo, diferentemente, “[...] estimula os juízes a decidir e a agir segundo seus próprios pontos de vista.”²⁶⁵. Rejeita um Direito dos mortos, pois aponta para o futuro, encontrando justificativa à coerção nos postulados de justiça, eficiência e valores contemporâneos à decisão²⁶⁶.

²⁶¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 10.

²⁶² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 14-17.

²⁶³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Título original: *Law's empire*, p. 146.

²⁶⁴ “O convencionalismo oferece resposta aparentemente atraente a essa questão. As decisões políticas do passado justificam a coerção porque, e portanto apenas quando, fazem uma advertência justa ao subordinarem as ocasiões de coerção a fatos simples e acessíveis a todos, e não a apreciações recentes da moralidade política, que juízes diferentes poderia fazer de modo diverso.”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Título original: *Law's empire*, p. 145.

²⁶⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 186.

²⁶⁶ “O pragmático pensa que os juízes deveriam sempre fazer o melhor possível para o futuro, nas

Por sua vez, “[...] o direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, [...]”²⁶⁷ de modo que cada caso receba uma decisão adequada, isto é, justa e equitativa. Trata, portanto, de produzir uma interpretação construtiva que, fundada nas convenções adotadas pela comunidade política para impor a força do Direito, toma em consideração a abertura proporcionada pelos princípios com vistas à realização de justiça.

Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrariar-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito²⁶⁸.

Nesse particular cada sociedade política faz a sua opção a partir da adoção de modelo de princípios ou de regras de seu ordenamento jurídico. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 revela bem claro a abertura de suas normas através da inserção ampla de Princípios Constitucionais, a permitir a interpretação construtiva de que trata da Teoria da Integridade do Direito de Ronald Dworkin.

3.3 APLICAÇÃO DIRETA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO PODER JUDICIÁRIO

Com a instauração da nova ordem democrática e constitucional através da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 abrem-se, portanto, as portas para o ingresso no pós-positivismo em *terrae brasiliis*. O que

circunstâncias dadas, desobrigados de qualquer necessidade de respeitar ou assegurar a coerência de princípio com aquilo que outras autoridades públicas fizeram ou farão”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 196-197.

²⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 291.

²⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 229.

não quer dizer, no entanto, que o Brasil já tenha desenvolvido uma teoria constitucional própria e adequada às demandas deste novo paradigma jurídico, como bem adverte a crítica de Lenio Streck, segundo o qual o que ocorreu até então não passou de uma recepção acrítica de teorias estrangeiras, basicamente fundada na aposta de um puro e simples protagonismo dos juízes²⁶⁹.

De qualquer forma, as primeiras decisões judiciais com aplicação direta de Direitos Fundamentais começaram a ser prolatadas no âmbito da primeira instância do Poder Judiciário e, não demorou, chegaram ao Supremo Tribunal Federal como revelam as análises adiante de três casos paradigmáticos da Corte Constitucional Brasileira.

3.3.1 Primeiro caso

Um dos primeiros precedentes do Supremo Tribunal Federal na concretização direta de Direitos Fundamentais independentemente da existência de lei regulamentadora, sob o vigente regime constitucional, seu deu através do reconhecimento do direito de greve aos servidores públicos no julgamento conjunto dos Mandados de Injunção nºs 670, 708 e 712, em 25 de outubro de 2007, sob relatoria do então Ministro Eros Roberto Grau²⁷⁰. Por meio do referido julgamento, a Corte decidiu acerca dos requisitos e condições para o exercício do Direito Fundamental de greve pelos servidores públicos, que apesar de previsto no art. 9º

²⁶⁹ “Ora, uma Constituição nova – e essa é a questão fundante da ruptura paradigmática que deveria ter sido captada pela comunidade jurídica de terrae brasilis – exige novos modos de análise: no mínimo, uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma, uma nova teoria hermenêutica. Entretanto, isso exige um giro paradigmático: dos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência para o giro ontológico-linguístico (sem nos contentarmos com a simples analítica da linguagem. Em 1988, o Brasil recebeu uma nova Constituição, rica em direitos fundamentais, com agregação de um vasto catálogo de direitos sociais. A pergunta que se colocava era: de que modo poderíamos olhar o novo com os olhos do novo? Afinal, nossa tradição jurídica estava assentada em um modelo liberal-individualista (que opera com os conceitos oriundos das experiências da formação do direito privado germânico e francês), em que não havia lugar para direitos de segunda e terceira dimensões. Do mesmo modo, não havia uma teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico. Essas carências jogaram os juristas brasileiros nos braços das teorias alienígenas. Consequentemente, as recepções dessas teorias foram realizadas, no mais das vezes, de modo acrítico, sendo a aposta no protagonismo dos juízes o ponto comum da maior parte das teorias. Com efeito, houve um efetivo ‘incentivo’ doutrinário a partir de três principais posturas ou teorias: a jurisprudência dos valores, o realismo norte-americano (com ênfase no ativismo judicial) e a teoria da argumentação de Robert Alexy”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 80-81.

²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712, Brasília, DF, 25 out. 2007.

da CRFB, ainda hoje está pendente de regulamentação²⁷¹. Valendo-se da aplicação analógica da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, que regulamenta o direito de greve aos trabalhadores da iniciativa privada, a Corte garantiu os parâmetros mínimos necessários para o exercício da greve no serviço público até que cada ente da Federação edite a norma regulamentadora²⁷².

Esta decisão, juntamente com a decisão produzida pouco antes no julgamento do Mandado de Injunção nº 721/DF, em 30 de agosto de 2007, que assegurou o exercício do direito constitucional à aposentadoria especial aos servidores públicos²⁷³, marcaram a mudança do entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação ao próprio mandado de injunção, cuja decisão deixou de ser meramente declaratória para assumir um caráter mandamental, reposicionando assim a jurisprudência da própria Corte em relação à eficácia das normas definidoras de Direitos Fundamentais.

Nesse sentido foi o voto do Ministro Eros Roberto Grau ao reconhecer que, no caso concreto, o Tribunal estava a editar a norma regulamentadora, mas sem afronta à separação dos poderes:

O Poder Judiciário, no mandado de injunção, produz norma. Interpreta o direito, na sua totalidade, para produzir a norma de decisão aplicável à omissão. É inevitável, porém, no caso, seja essa norma tomada como texto normativo que se incorpora ao ordenamento jurídico, a ser interpretado/aplicado. Dá-se, aqui, algo semelhante ao que se há de passar com a súmula vinculante, que, editada, atuará como texto normativo a ser interpretado/aplicado.

Ademais, não há que se falar em agressão à “separação dos poderes”, mesmo porque é a Constituição que institui o mandado de injunção e não

²⁷¹ “Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. § 2º - Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei”. BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

²⁷² BRASIL Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.htm>. Acesso em: 24 mar. 2014.

²⁷³ “[...] Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 721, Brasília, DF, de 30 de agosto de 2007.

existe uma assim chamada “separação dos poderes” provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais. No Brasil vale, em matéria de independência e harmonia entre os poderes e de “separação dos poderes”, o que está escrito na Constituição, não esta ou aquela doutrina em geral mal digerida por quem não leu Montesquieu no original²⁷⁴.

Alguns ministros do Supremo Tribunal Federal revelaram em seu voto a preocupação pela assunção de um protagonismo legislativo pela Corte, a exemplo do Ministro Gilmar Mendes²⁷⁵, mas avançaram na posição até então dominante sobre os efeitos concretos do mandado de injunção por reconhecerem, expressamente, um caso de grave mora legislativa a inviabilizar indefinidamente o exercício do Direito Fundamental de greve pelos servidores públicos²⁷⁶.

O debate, outrossim, não se revelou unânime, como se depreende do seguinte excerto do voto Ministro Ricardo Lewandowski:

Embora comungue da preocupação de que é preciso dar efetividade às normas constitucionais, sobretudo àquelas que consubstanciam direitos fundamentais, estou convencido de que o Judiciário não pode ocupar o lugar do Poder ao qual o constituinte, intérprete primeiro da vontade soberana do povo, outorgou a sublime função de legislar²⁷⁷.

Por maioria prevaleceu o voto do relator Ministro Eros Roberto Grau que, além da reconhecer a mora legislativa, evoluiu para garantir a eficácia plena e aplicação direta do Direito Fundamental de greve também aos servidores públicos,

²⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 721, Brasília, DF, de 30 de agosto de 2007.

²⁷⁵ “Comungo das preocupações quanto à não assunção pelo Tribunal de um protagonismo legislativo. Entretanto, parece-me que a não atuação no presente momento já se configuraria quase que uma espécie de omissão judicial. Assim, tanto quanto no caso da anistia, essa situação parecer exigir uma intervenção mais decisiva desta Corte. Ademais, assevero que, apesar da persistência da omissão quanto à material, são recorrentes os debates legislativos sobre os requisitos para o exercício do direito de greve.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 721, Brasília, DF, de 30 de agosto de 2007.

²⁷⁶ “É preciso ter presente, pois, que o direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir – simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional – a previsão do dever estatal de emanar normas legais. Isso significa, portanto, que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusividade determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público, consoante adverte o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (MI 633/DF, Rel. Min. Celso de Mello).” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 721, Brasília, DF, de 30 de agosto de 2007.

²⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 721, Brasília, DF, de 30 de agosto de 2007.

na forma proposta, pelo menos até que o Congresso Nacional supra a omissão legislativa editando a norma regulamentadora.

3.3.2 Segundo caso

A decisão de maior repercussão social na aplicação de Direitos Fundamentais diretamente pelo Poder Judiciário, a partir da concretização da Constituição, veio, no entanto, um pouco mais tarde, em 05 de maio de 2011, quando do reconhecimento da validade jurídica de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Foi no julgamento conjunto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu que a união entre pessoas do mesmo sexo - a união homoafetiva - merece ter a aplicação das mesmas regras e consequências válidas para a união heteroafetiva²⁷⁸.

A dificuldade maior estava em que tanto o Código Civil vigente, em seu art. 1.723,²⁷⁹ quanto a própria Constituição, esta no § 3º do art. 226²⁸⁰, ao reconhecerem a união estável para efeito de proteção do Estado mencionarem, expressamente, fosse formada entre o homem e a mulher. Não obstante, por unanimidade de votos, os ministros interpretaram a união homoafetiva não exclusivamente pelo que dispõe o § 3º do art. 226 da CRFB, mas pelo que, sistematicamente, informam os princípios por ela adotados e os demais preceitos de Direitos Fundamentais²⁸¹.

²⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº ADI 4.277, Brasília, DF, de 05 de maio de 2011.

²⁷⁹ “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 21 abr. 2014.

²⁸⁰ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

²⁸¹ “Sistema que é, a Constituição haverá de ser interpretada como um conjunto harmônico de normas, no qual se põe uma finalidade voltada à concretização de valores nela adotados como princípios.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº ADI 4.277, Brasília, DF, de 05 de maio de 2011.

A decisão, em que pese os argumentos diversos adotados, convergiu, pelo menos no que tange aos fundamentos, pelo reconhecimento da validade da união homoafetiva como decorrência das seguintes normas constitucionais: a) princípio da dignidade da pessoa humana (inc. III do art. 1º da CRFB)²⁸²; b) da vedação à discriminação odiosa, por sexo (inc. IV do art. 3º da CRFB)²⁸³; c) do direito à liberdade, nos princípios da igualdade e da proteção à segurança jurídica (estes previstos no *caput* e nos incisos I e II do art. 5º da CRFB)²⁸⁴, e, também, d) na garantia fundamental de proteção à intimidade (inc. X do art. 5º da CRFB)²⁸⁵.

Nos votos dos ministros ficou claro o reconhecimento da situação fática atestada pelo IBGE (censo de 2010) de, pelo menos, 60.000 casais declaradamente homoafetivos, o que fez o ministro Luiz Fux reconhecer a força dos fatos sobre o Direito:

Se a sociedade evoluiu, o Direito evolui, e a Suprema Corte evolui junto, porque ela é a intérprete maior desse Direito que transcende aos limites intersubjetivos de um litígio entre partes.

De sorte que, esse momento, que não deixa de ser de ousadia judicial - mas a vida é uma ousadia, ou, então, ela não é nada -, é o momento de uma travessia. A travessia que, talvez, o legislador não tenha querido fazer, mas que a Suprema Corte acenou, por meio do belíssimo voto do

²⁸² “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;” BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

²⁸³ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

²⁸⁴ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...]” BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

²⁸⁵ “Art. 5º. [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]” BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

Ministro Carlos Ayres, que está disposta a fazê-lo²⁸⁶.

Foi nesse norte, de abertura da interpretação constitucional à realidade fática, que foram colhidos vários votos, também assim justificando o ministro Gilmar Mendes, fundado em doutrina estrangeira:

Esse proceder metodológico encontra apoio no respeitável entendimento de Konrad Hesse, segundo o qual “o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da ‘realidade’ de cuja ordenação se trata”. Dito de outro modo, não é dado ao interprete constitucional, a pretexto de ausência de previsão normativa, deixar de dar solução aos problemas que emergem da realidade fenomênica, sob pena, inclusive, em nosso caso, de negar vigência ao disposto no art. 5º, XXXV, da Lei Maior²⁸⁷.

Alguns ministros, é verdade, reconheceram expressamente a literalidade do texto normativo constitucional, ao estabelecer que união estável a receber proteção do Estado é aquela estabelecida entre o homem e a mulher, a exemplo do ministro Ricardo Lewandowski²⁸⁸, que, diferente de outros, entende estar-se diante da necessidade de colmatar lacuna constitucional, exatamente por conta dos demais preceitos constitucionais²⁸⁹.

²⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº ADI 4.277, Brasília, DF, de 05 de maio de 2011.

²⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº ADI 4.277, Brasília, DF, de 05 de maio de 2011.

²⁸⁸ “É certo que o Judiciário não é mais, como queriam os pensadores liberais do século XVIII, mera bouche de la loi, acrítica e mecânica, admitindo-se uma certa criatividade dos juízes no processo de interpretação da lei, sobretudo quando estes se deparam com lacunas no ordenamento jurídico. Não se pode olvidar, porém, que a atuação exegética dos magistrados cessa diante de limites objetivos do direito posto. Em outras palavras, embora os juízes possam e devam valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para extrair da lei o sentido que melhor se aproxime da vontade original do legislador, combinando-a com o *Zeitgeist* vigente à época da subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, *in claris cessat interpretatio*. E, no caso sob exame, tenho que a norma constitucional, que resultou dos debates da Assembléia Constituinte, é clara ao expressar, com todas as letras, que a união estável só pode ocorrer entre o homem e a mulher, tendo em conta, ainda, a sua possível convolação em casamento.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº ADI 4.277, Brasília, DF, de 05 de maio de 2011.

²⁸⁹ O ministro relator expressamente rejeitou estar colmatando lacuna, como se extrai da seguinte intervenção no voto do ministro Gilmar Mendes nos debates em Plenário: “Pelo meu voto e dos que me seguiram não há lacuna e, portanto, não há necessidade de colmatação. Nós demos um tipo de interpretação superadora da literalidade, apontando que a própria Constituição contém elementos interpretativos que habilitam esse julgamento do Supremo a concluir pela paridade de situações jurídicas, sem lacuna e, portanto, sem a necessidade de preenchimento ou colmatação. Mas Vossa Excelência disse bem, são fundamentos diferentes.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132; Ação Direta de

E foi nessa linha, de auto-aplicabilidade dos Direitos Fundamentais que informam a relação jurídica homoafetiva que o Supremo Tribunal Federal concluiu pelo seu reconhecimento, independentemente da atuação da legislatura ordinária ou mesmo reformadora da Constituição, como se extrai do voto ministro Joaquim Barbosa:

Entendo, pois, que o reconhecimento dos direitos oriundos de uniões homoafetivas encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio da igualdade e da não-discriminação. Normas, estas, auto-aplicáveis, que incidem diretamente sobre essas relações de natureza privada, irradiando sobre elas toda a força garantidora que emana do nosso sistema de proteção dos direitos fundamentais.²⁹⁰

Apesar de diversas referências à omissão do Poder Legislativo em avançar no debate sobre a matéria, a Corte não reconheceu nesse julgado qualquer extrapolação dos seus limites constitucionais, tanto que nos votos dos ministros Gilmar Mendes²⁹¹ e Celso de Mello²⁹² constam expressa rejeição a um possível ativismo judicial. Para o ministro Marco Aurélio²⁹³, a decisão é própria do caráter

Inconstitucionalidade nº 4.277, Brasília, DF, de 05 de maio de 2011.

²⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº ADI 4.277, Brasília, DF, de 05 de maio de 2011.

²⁹¹ “É evidente também que aqui nós não estamos a falar apenas da falta de uma disciplina legislativa que permita o desenvolvimento de uma dada política pública. Nós estamos a falar, realmente, do reconhecimento do direito de minorias, de direitos fundamentais básicos. E, nesse ponto, não se trata de ativismo judicial, mas de cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº ADI 4.277, Brasília, DF, de 05 de maio de 2011..

²⁹² “Nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº ADI 4.277, Brasília, DF, de 05 de maio de 2011.

²⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº

tipicamente contramajoritário dos Direitos Fundamentais, sendo que “de nada serviria a positivação de direitos na Constituição, se eles fossem lidos em conformidade com a opinião pública dominante”. Ao concluir o julgamento, no entanto, o presidente da Corte, ministro Cezar Peluso, deixou assente em seu voto lançado em plenário a necessidade de atuação legiferante futura com vistas à regulamentação dos efeitos outros não previstos pela decisão do Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo, a possibilidade de adoção de infante pelos casais homoafetivos²⁹⁴.

3.3.3 Terceiro caso

Na linha destes precedentes, e mais recentemente, sobreveio a decisão que descriminalizou o aborto de fetos anencefálicos, adotada em 12 de abril de 2012 na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, também pelo Supremo Tribunal Federal²⁹⁵.

Nesta ação a Corte afastou qualquer interpretação no sentido de que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo possa tipificar conduta criminosa nos termos do Código Penal brasileiro, que prevê como excludentes de ilicitude apenas as situações de aborto necessário, para salvar a vida da gestante, e de aborto piedoso, ou seja, em caso de gravidez resultante de estupro²⁹⁶.

132; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº ADI 4.277, Brasília, DF, de 05 de maio de 2011.

²⁹⁴ “O Poder Legislativo, a partir de hoje, deste julgamento, precisa expor-se e regulamentar as situações em que a aplicação da decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional. Há, portanto, uma como convocação que a decisão da Corte implica em relação ao Poder Legislativo, para que assuma essa tarefa, a qual parece que até agora não se sentiu ainda muito propenso a exercer, de regulamentar esta equiparação.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº ADI 4.277, Brasília, DF, de 05 de maio de 2011..

²⁹⁵ “ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Brasília, DF, de 12 de abr. 2013.

²⁹⁶ “Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.” BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 27 mar.

O relator, Ministro Marco Aurélio, expôs em seu voto o desprestígio que a interpretação judiciária claudicante vinha produzindo ao sistema de justiça, tendo feito alusão a um caso concreto que, pouco antes deste julgado, havia sido frustrado pela inoperância do Poder Judiciário em apreciar a autorização judicialmente requerida para aborto de feto anencéfalo, pois que, entre idas e vindas de recursos e instrumentos jurídicos, acabou falecendo pouco minutos após ao nascimento²⁹⁷.

Nesta ação, de arguição de descumprimento de preceito fundamental, o relator concedeu medida liminar em 1º de julho de 2004 para sobrestar o curso de processos e decisões não transitadas em julgado sobre a matéria, além de reconhecer desde então o direito às gestantes ao aborto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, mas que foi, esta decisão liminar, posterior e parcialmente suspensa (quanto à autorização de aborto concedida) pelo Tribunal Pleno, em 20 de outubro de 2004.

Tanto a Advocacia-Geral da União quanto a Procuradoria-Geral da República manifestaram-se pela procedência da ação, a excluir interpretação que pudesse levar à tipificação da conduta. A União, por seu então Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, manifestou-se “[...] garantindo estar a rede pública de saúde preparada para diagnosticar com certeza a anomalia e atender à mulher, qualquer que seja a decisão quanto à gestação.”. Já a Procuradora-Geral da República em exercício, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, ao opinar pelo acolhimento integral do pedido, ressaltou que por “[...] não violar o direito à vida a antecipação terapêutica do parto, ante a ausência de potencialidade de vida extrauterina [...] disse dever ser dispensável a autorização judicial para a intervenção médica quando

2014.

²⁹⁷ Neste caso, que ficou conhecido por conta do relato dado pelo Min. Joaquim Barbosa ao conhecer da matéria por ocasião do julgamento do Habeas Corpus n. 84.025/RJ no STF, extrai-se da ementa do julgamento ocorrido no STJ, ao se confirmar – de forma colegiada - a liminar exarada pela relatora Ministra Laurita Vaz, um pouco da controvérsia sobre os limites da atuação do Poder Judiciário diante desta lide: “O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Brasília, DF, de 12 de abr. 2013.

diagnosticada a anomalia.”²⁹⁸.

O Ministro Marco Aurélio ao declinar no início de seu voto a decisão pela procedência da ação, bem delineou o debate judicialmente instaurado pela ADPF 54:

[...] a questão posta sob julgamento é única: saber se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo coaduna-se com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde²⁹⁹.

Nessa linha, asseverou o Relator que laicidade do Estado impede qualquer interferência da moral religiosa na interpretação dos Direitos Fundamentais consubstanciados na Constituição. Afastada esta pretensa interferência, seu voto reconheceu a incontestável inviabilidade do feto anencéfalo, pautado inclusive nas manifestações colhidas nas audiências públicas realizadas pelo próprio Supremo Tribunal Federal³⁰⁰. Por isso também considerou existir apenas um conflito aparente de Direitos Fundamentais, em que estariam de um lado o direito à vida e à dignidade humana e, de outro, os direitos da mulher, exatamente por não reconhecer que há viabilidade de vida. Daí a conclusão de que sendo o aborto um crime contra a vida, no caso do anencéfalo, por não existir vida, a conduta é atípica.

O voto do Ministro Joaquim Barbosa – pela procedência – ressaltou que ação se tratava de efetiva “[...] tutela da liberdade de opção da mulher em dispor de seu próprio corpo no caso específico em que traz em seu ventre um feto cuja vida

²⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Brasília, DF, de 12 de abr. 2013.

²⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Brasília, DF, de 12 de abr. 2013.

³⁰⁰ “O feto anencéfalo mostra-se gravemente deficiente no plano neurológico. Faltam-lhe as funções que dependem do córtex e dos hemisférios cerebrais. Faltam, portanto, não somente os fenômenos da vida psíquica, mas também a sensibilidade, a mobilidade, a integração de quase todas as funções corpóreas. O feto anencefálico não desfruta de nenhuma função superior do sistema nervoso central ‘responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade’. [...] A anencefalia configura – e quanto a isso não existem dúvidas – doença congênita letal, pois não há possibilidade de desenvolvimento da massa encefálica em momento posterior[30]. A afirmação categórica de que a anencefalia é uma malformação letal funda-se na explanação de especialistas que participaram da audiência pública.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Brasília, DF, de 12 de abr. 2013.

independente extrauterina é absolutamente inviável.”³⁰¹. Já o Ministro Luiz Fux invocou até mesmo um Direito superior e anterior a justificar seu voto pela procedência da ação e a conclusão de que, nestes casos, as mulheres, positivamente, não atuam *contra legem*³⁰². Na mesma linha, pelo provimento da ação, a Ministra Cármen Lúcia também se valeu dos tratados e convenções internacionais de proteção da mulher para fundamentar seu voto³⁰³.

Em sentido contrário, pela improcedência da ação, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski invocou a competência exclusiva do Poder Legislativo para disciplinar as hipóteses de isenção de pena em caso de aborto³⁰⁴, tendo concluído pela impossibilidade de o Tribunal atuar como legislador positivo:

Destarte, não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de

³⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Brasília, DF, de 12 de abr. 2013.

³⁰² “Por incidir, no meu modo de ver, em uma causa de justificação, por se enquadrar no estado de necessidade, na antijuridicidade e na inexigibilidade de conduta diversa, a gestante de feto anencefálico que opta pelo abortamento - o Supremo Tribunal respeita as mulheres que desejam levar o seu parto adiante - positivamente não atua *contra legem*, mas antes, como observava Cícero na famosa ‘Oração pro Milone’, age em consonância com a lei sagrada, que nasceu com o homem, lei anterior aos legistas, à tradição e aos livros, gravada no código imortal da natureza, lei menos estudada que sentida.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Brasília, DF, de 12 de abr. 2013.

³⁰³ “O Brasil subscreveu a Declaração de Pequim, adotada pela 4ª Conferência mundial sobre as mulheres (ação para igualdade, desenvolvimento e paz) e, na ocasião, comprometeu-se a garantir o respeito aos direitos humanos das mulheres. Subscreveu, ainda: a) a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, comprometendo-se a assegurar a assistência à saúde das mulheres; b) as Convenções Internacionais que o obrigam a prestar assistência a todos os homens e mulheres submetidos a tortura ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, bem como a tomar providências concretas para prevenir, punir e erradicar toda e qualquer violência contra a mulher, garantindo especialmente assistência à sua saúde (Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher - Convenção de Belém do Pará). A assinatura de todos esses acordos desdobram-se para garantir, de forma eficaz, o direito da mulher fazer escolhas que a levem ao caminho da saúde, não o do sofrimento.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Brasília, DF, de 12 de abr. 2013.

³⁰⁴ “Permito-me insistir nesse aspecto: caso o desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, considerando o instrumental científico que se acha há anos sob o domínio dos obstetras, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o aborto eugênico, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição. Mas até o presente momento, os parlamentares, legítimos representantes da soberania popular, houveram por bem manter intacta a lei penal no tocante ao aborto, em particular quanto às duas únicas hipóteses nas quais se admite a interferência externa no curso regular da gestação, sem que a mãe ou um terceiro sejam apenados.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Brasília, DF, de 12 de abr. 2013.

legislador positivo, criando normas legais, *ex novo*, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem³⁰⁵.

Este argumento, no entanto, não convenceu a maioria da Corte, tendo sido expressamente rejeitado pelo Ministro Gilmar Mendes, que fez enfática defesa da normalidade das novas técnicas de decisão adotadas pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade de leis, tendo-a classificado como uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva³⁰⁶. Ressaltou, no entanto, que a decisão deve submeter-se à liberdade de conformação do legislador, não impedindo que se edite legislação sobre o tema a qualquer tempo. Não obstante, e porque a decisão toca direito das minorias, votou o Ministro Celso de Mello pela procedência da ação, a garantir que Direitos Fundamentais destes não fiquem postergados indefinidamente enquanto não editada a norma regulamentadora³⁰⁷.

Por maioria, com voto contrário também do então presidente Ministro

³⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Brasília, DF, de 12 de abril de 2012.

³⁰⁶ “Portanto, não se pode negar que o Supremo Tribunal Federal está a se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e, nesse passo, alia-se à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional. Em verdade, é preciso deixar claro que a prolação de decisões interpretativas com efeitos aditivos não é algo novo na jurisprudência do STF. Poder-se-ia, inclusive, atestar que se trata apenas de uma nova nomenclatura, um novo (e mais adequado) termo técnico para representar formas de decisão que o Tribunal costuma tomar quando realiza a conhecida interpretação conforme a Constituição e, com isso, acaba por alterar, ainda que minimamente, os sentidos normativos do texto legal. Tornou-se algo corriqueiro mencionar a jurisprudência da Corte italiana sobre o tema para, num exercício de direito comparado, defender a “introdução” de novas técnicas de decisão no controle abstrato no Brasil. Não obstante, atente-se para o fato de que os problemas solucionados pela Corte italiana por meio de sentenças aditivas são muitas vezes idênticos àqueles enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal quando aplica a técnica da interpretação conforme a Constituição. Portanto, ainda que se queira denominar a decisão tomada nesta ADPF como interpretação conforme, ela não deixará de ser, consoante a nomenclatura tecnicamente mais adequada, uma decisão interpretativa (manipulativa) com efeitos aditivos.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Brasília, DF, de 12 de abr. 2013.

³⁰⁷ “Desse modo, e para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar, às minorias e aos grupos vulneráveis, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Brasília, DF, de 12 de abr. 2013..

Cezar Peluso, que expressamente rejeitou a competência da Corte para atuar como legislador positivo³⁰⁸, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

3.3.4 Ativismo judicial *versus* aplicação direta de Direitos Fundamentais

Ao afirmar que “[...] o sentido do direito é desenvolver um projeto para o futuro.”³⁰⁹, François Rigaux evidencia toda a dinamicidade do sistema normativo. E neste processo em que, segundo o autor, atuam diversos operadores do Direito, em um vasto território de lugares de comunicação, “[...] a hermenêutica jurídica escolheu, quanto ao essencial, um lugar privilegiado, a interpretação da lei pelo juiz.”³¹⁰.

Sem dúvida, como já se escreveu, “[...] não há direito sem interpretação.”³¹¹. E nem poderia ser diferente, pois interpretar nada mais é do que a busca pelo entendimento de algo³¹². Daí que a atribuição do controle de constitucionalidade das leis ao Poder Judiciário, em caráter repressivo, sem dúvida agregou a este Poder um *plus*, que é a interpretação não só dos litígios e dos conflitos de interesse, mas também da própria integridade do Direito, enquanto sistema dinâmico de normas³¹³.

³⁰⁸ “Não temos, deveras, legitimidade para criar, judicialmente, essa hipótese legal. A ADPF não pode ser transformada em remédio absoluto que franqueie ao STF a prerrogativa de resolver todas as questões cruciais da vida nacional, responsabilizando-se por inovação normativa que a arguente e os adeptos de sua tese sabem muito bem que, na via própria da produção de lei, talvez não fosse adotada pelo Congresso Nacional, como intérprete autorizado dos interesses e das aspirações da maioria silenciosa do povo, que representa!” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Brasília, DF, de 12 de abr. 2013..

³⁰⁹ RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 308.

³¹⁰ RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 310.

³¹¹ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 113.

³¹² “Interpretar quer dizer tentar entender algo – uma afirmação, um gesto, um texto, um poema ou uma pintura, por exemplo – de maneira particular e especial.” DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 66.

³¹³ “[...] se pode falar em direito somente onde haja um complexo de normas formando um ordenamento, e que, portanto, o direito não é a norma, mas um conjunto de ordenado de normas,

Certo é que “[...] quanto mais se eleva na hierarquia judiciária, mais o juiz se aproxima do exercício de uma função quase legislativa.”³¹⁴.

A jurisdição constitucional ocorre, exatamente, no âmbito da solução das questões constitucionais e, por isso, se insere nesse campo quase legislativo de produção do Direito³¹⁵. Esta faculdade, no entanto, não pode desbordar dos limites impostos pela Constituição. Ir além seria negar a própria norma constitucional.

Na sempre boa lição de Miguel Reale, não se pode perder de vista que “[...] ao jurista nunca é demais agir com prudência. [e continua...] Aliás, o nome antigo e clássico de Ciência do Direito era Jurisprudência.”³¹⁶.

Mas o fato de se reconhecer esta faculdade última delegada ao Poder Judiciário, vale dizer, de interpretar o regime constitucional, não deve ser, necessariamente, alvo de crítica. Ronald Dworkin mitiga a importância acerca da crítica exagerada que se faz com frequência, por exemplo, sobre a tendência liberal ou conservadora dos juízes:

As pessoas dizem que os juízes conservadores obedecem à Constituição, ao passo que os liberais tentam reformá-la segundo suas próprias convicções. Reconhecemos a falácia contida em tal descrição. Ela ignora o caráter interpretativo do direito. Os juízes considerados liberais e os chamados conservadores estão de acordo quanto às palavras que formam a Constituição enquanto texto pré-interpretativo. Divergem sobre o que é a Constituição enquanto direito pós-interpretativo, sobre as normas que mobiliza para avaliar os atos públicos. Cada tipo de juiz tenta aplicar a Constituição enquanto direito, segundo seu julgamento interpretativo do que ela é, e cada tipo acha que o outro está subvertendo a verdadeira Constituição. Desse modo, é inútil e injusto classificar juízes segundo seu grau de fidelidade a seu juramento³¹⁷.

sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo.” BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011. p. 37.

³¹⁴ RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 323.

³¹⁵ “Quando um juiz constitucional ou o juiz internacional assume a tarefa de deduzir das penumbras constitucionais um direito, uma liberdade que não é mencionada ali em termos explícitos ou então quando deve dirimir um conflito entre duas normas de categoria igual, ele supre o silêncio do legislador.” RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 323.

³¹⁶ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 128.

³¹⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo:

De qualquer forma, para François Rigaux, mesmo que o ativismo judicial tenha sido criticado por juristas conservadores, necessariamente não tem essa conotação, porquanto também não se formou até então uma doutrina unificada sobre limites que os juízes devem impor a si mesmos ou o quanto devem avançar sobre uma atividade quase legislativa³¹⁸.

É inegável a competência delegada ao Poder Judiciário com a vigente Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mormente em sede de concretização de Direitos Fundamentais, e nesse sentido, como bem adverte Clèmerson Merlin Clève, não se espera atitude diversa senão a garantia de eficácia deste estatuto de direitos:

[...] um Judiciário ativo é condição para a efetivação progressiva dos direitos constitucionais. Neste ponto cumpre, em determinadas circunstâncias, e para determinadas situações, defender um certo ativismo judicial (conseqüente e responsável) fortemente articulado do ponto de vista da consistência discursiva (motivação) e da riqueza argumentativa (convencimento)³¹⁹.

Nos três casos investigados nesta pesquisa diversos votos apontaram como causa justificadora da atuação quase legislativa do Supremo Tribunal Federal a reconhecida omissão do Poder Legislativo em matéria de Direitos Fundamentais, seja por ausência de garantia de plena eficácia (greve no serviço público), seja por ausência de conformação da legislação infraconstitucional ao novo estatuto de direitos implementados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (reconhecimento jurídico da união homoafetiva e descriminalização do aborto de feto anencefálico). De certa forma, ou seja, com este tipo de argumentação, os ministros

Martins Fontes, 1999. p. 428.

³¹⁸ “A dinâmica da relação entre o juiz e o legislador é impregnada de uma tensão entre a aptidão do primeiro para empregar uma jurisprudência inventiva ou construtiva (*Rechtsfortbildung*) e as restrições que impõe a si mesmo (*judicial self-restraint*). As mais variadas opiniões foram avançadas sobre esse ponto, mas não se poderia dizer que são contraditórias. Todas se resumem na ideia de que o próprio juiz estipula seus limites, sendo objeto das divergências a fixação de uma fronteira que não se deixa delinear de maneira precisa. [...] Da própria jurisprudência não se pode distinguir uma doutrina unificada dos limites que os juízes fixaram a si mesmos. Podemos justapor acórdãos que expressam uma concepção muito rigorosa do dever de autolimitação dos juízes e de outras decisões que avançam com muito mais ousadia em uma atividade quase legislativa.” RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 323-324.

³¹⁹ CLÈVE, Clèmerson Mèrlin. **Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=441>. Acesso: 15 mar. 2014.

acabam por reconhecer a necessidade de um certo grau de ativismo judicial em prol da eficácia de Direitos Fundamentais, ainda que, formalmente, a maioria não admita tenha agido, sob qualquer aspecto, de forma ativista.

Certo é que a concretização dos Direitos Fundamentais através da jurisdição constitucional não deve adentrar ao campo reservado ao governo propriamente dito, cujos planos cabem aos demais poderes do Estado³²⁰. Daí a conclusão de Luiz Guilherme Marinoni de que “[...] o controle da lei a partir dos direitos fundamentais somente é viável quando a representação argumentativa em prol desses direitos suplanta a representação política identificada na lei.”³²¹.

Não obstante, é imprescindível para a evolução da Nação que haja, nas constituições, abertura de espaços de interpretação onde, como explica Konrad Hesse, atuarão as atividades das mais variadas forças políticas³²². E não se pense que essa abertura ofenderá o princípio democrático, porquanto os poderes do Estado, cada qual com sua competência instituída, têm seu fundamento retirado da mesma fonte, qual seja, a Constituição.

Com efeito, “[...] em estritos termos jurídicos, a legitimidade do Tribunal Constitucional não é maior, nem menor do que a dos órgãos políticos: advém da

³²⁰ “Entre nós, embates políticos recentes estão a evidenciar a importância dessa *jurisdição constitucional da liberdade* para o aprimoramento da vida democrática e a manutenção da tranquilidade social, uma tarefa da quale la s[on] se desincumbirá com acerto se os seus juízes – para tanto mais qualificados que os outros agentes políticos – se limitarem a resolver apenas as *questões de princípios*, sem imiscuir-se nas matérias *sensíveis à escolha*, vale dizer, em planos ou programas governamentais, por exemplo, cuja conveniência e oportunidade, estritamente consideradas, apenas o Parlamento e o Executivo têm condições de avaliar.” MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 135.

³²¹ E complementa o autor: “Por isso, a representação argumentativa está muito longe de significar uma mera sobreposição do juiz sobre o legislador, pois essa representação, antes de controlar a lei, deverá ser capaz de convencer os cidadãos da sua racionalidade.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 92.

³²² “Direito Constitucional cria regras de atuação e decisão políticas; ele dá à política pontos de referências dirigentes, mas ele não pode substituí-los. Por isso, a Constituição deixa espaço para a atividade das forças políticas. Se ela não regula numerosas questões da vida estatal, ou somente em traços, então nisto está não somente uma renúncia à normalização determinante ou uma remissão à atualização concretizadora, mas, muitas vezes, também uma garantia com força constitucional de discussão livre e decisão livre dessas questões. Para que essa liberdade não possa ser transmutada em unidade que exclui estabelecimentos de objetivos alternantes e não mais acessível à atividade de forças diferentes, procura a Constituição, por esse modo, assegurar suas fixações materiais, organizacionais e procedimentais.” HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 42.

Constituição.”³²³.

Não se olvide, por isso mesmo, que a legitimidade de decisão judicial decorrerá da coerência da argumentação empregada na fundamentação da decisão, mormente aquela baseada em princípios, como reforça José Antônio Savaris³²⁴. Eis aí uma diferença crucial entre a atividade legislativa e atividade judiciária. Enquanto a primeira está desobrigada de motivar suas decisões, e nem seria necessário dado que os parlamentares são parte nas decisões que adotam, a segunda atividade só se valida pela exteriorização das razões de decidir³²⁵. E a fundamentação da decisão é, a um só tempo, garantia contra a arbitrariedade e legitimação da decisão judicial. Como esta decisão é sempre destinada à regulação de interesse de terceiros, quem decide precisa justificar como chegou ao resultado.

No entanto, valiosa a contribuição de Manuel Atienza, segundo o qual no Estado Democrático de Direito, cuja Constituição passa a ser o referente valorativo de todo o ordenamento jurídico, não basta que esta motivação seja meramente formal, mas também em sentido material:

Os juízes mostram uma <<resistência>> para aceitar a distinção entre razões explicativas e justificativas, precisamente porque para eles motivar uma decisão não significa simplesmente motivá-la em sentido formal, mas sim no sentido material³²⁶.

Fato é que se há de reconhecer que o controle de constitucionalidade do Estado Democrático de Direito ampliou, significativamente, o âmbito de atuação do Poder Judiciário, mormente a partir da inserção, nas Constituições, de valores

³²³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2008. Tomo IV. p. 117.

³²⁴ “A fundamentação da decisão judicial em sede de direitos econômicos, sociais e culturais deve ser baseada em argumentos a partir de princípios, esses padrões normativos que, consubstanciando exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade, justificam ou reclamam a existência desses direitos.” SAVARIS, José Antônio. Globalização, crise econômica, consequencialismo e a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC). In: SAVARIS, José Antonio Savaris; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coord.). **Direitos fundamentais da pessoa humana: um diálogo latino-americano**. Curitiba: Alteridade, 2012. p. 119.

³²⁵ É esta uma exigência constitucional, sob pena de nulidade da decisão judicial: “Art. 93 [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, [...]” BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

³²⁶ “Los jueces muestran una <<resistencia>> a aceptar la distinción entre las razones explicativas y las justificativas, precisamente porque para ellos motivar una decisión no significa simplemente motivarla en sentido formal, sino más bien en sentido material”. ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Trotta, 2013. p. 278.

sociais e materiais de uma sociedade livre, justa e solidária. E assim se fez através das normas definidoras de Direitos Fundamentais sob a forma de Princípios Constitucionais, a balizar o pleno controle material de validade de todo o ordenamento jurídico positivo. Foi nesse sentido que há muito evidenciou Osvaldo Ferreira de Melo, ao advertir que “[...] a validade de uma norma não pode ser extraída apenas de seus aspectos formais, mas deve considerar também a legitimidade ética de seu conteúdo e de seus fins.”³²⁷.

Portanto, a investigação da validade material das normas jurídicas infraconstitucionais pelos juízes, no âmbito do controle de constitucionalidade das leis, se revela plenamente compatível com a democracia substancial, merecendo amplo reconhecimento a competência delegada pela Constituição ao Poder Judiciário para garantir, o tanto quanto possível, a eficácia direta, imediata e plena aos Direitos Fundamentais³²⁸.

³²⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994. p. 88.

³²⁸ “A consequência lógica do entendimento da constituição como *higher law* é ainda a elevação da lei constitucional a *paramount law*, isto é, uma lei superior que torna nula (*void*) qualquer ‘lei’ de nível inferior, incluindo as leis ordinárias do legislador, se estas infringirem os preceitos constitucionais. Diferentemente do que sucedeu no constitucionalismo inglês e no constitucionalismo francês, o conceito de ‘lei proeminente (constituição) justificará a elevação do poder judicial a verdadeiro defensor da constituição e guardião dos direitos e liberdades. Através da fiscalização da constitucionalidade (*judicial review*) feita pelo juiz transpunha-se definitivamente o paradoxo formulado por John Locke em 1689: *inter legilslatorem et populum nullus in terris est judex* (entre o legislador e o povo ninguém na terra é juiz). O povo americano deu a resposta à pergunta de Locke – *quis erit inter eos judex?* – Os juízes são competentes para medir as leis segundo a medida da constituição. Eles são os ‘juízes’ entre o povo e o legislador.” CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 54.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, a Constituinte de 1987-1988 assumiu um compromisso sério com a efetivação dos Direitos Fundamentais ao estabelece-los, muitos deles, não só no próprio texto da Constituição, mas como em muitos casos sob a forma de Princípios. Consequência direta desta medida foi oportunizar-se a abertura da Constituição pela via da interpretação, pois que esta modalidade de norma jurídica, como visto, tem reconhecida capacidade de expandir-se na medida em que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação. Esta constatação confirma totalmente a terceira hipótese da pesquisa.

A abertura interpretativa tem sido sentida, principalmente, através da jurisdição constitucional, cujo sistema brasileiro se tornou bastante abrangente através da conjugação dos métodos de controle de constitucionalidade pela via de ação e pela via da exceção, aliado às técnicas de decisão de inconstitucionalidade sem redução de texto e de interpretação conforme à constituição, inclusive com a possibilidade de controle da omissão inconstitucional. Decorrente concreta é a superação da chamada supremacia do Parlamento pela supremacia da Constituição, e que acaba por reservar ao Poder Judiciário – intérprete e garantidor último daquela – um efetivo papel de destaque³²⁹.

Além do mais, é com o Estado Democrático Direito que a jurisdição constitucional ganha relevo, pois o compromisso com uma sociedade livre, justa e solidária carrega ampla carga valorativa às normas constitucionais, que passam a servir como referente de validade material para todo o ordenamento jurídico positivo infraconstitucional.

Foram assim confirmadas tanto a primeira quanto a segunda hipóteses pesquisadas, restando reconhecido o alargamento da competência constitucional do

³²⁹ Mormente considerando que “[...] a interpretação do direito é constitutiva, e não simplesmente declaratória.” GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 22.

Poder Judiciário na interpretação do ordenamento jurídico como decorrência natural da jurisdição constitucional e do controle de constitucionalidade.

Especificadamente, o estudo revelou que os Direitos Fundamentais compreendem uma categoria de direitos de grande complexidade, tanto pela dicotomia de fundamentação teórica (jusnaturalismo e positivismo jurídico), quanto por suas características e vasta tipologia.

Como são várias as dimensões e, portanto, as funções que exercem no ordenamento jurídico, cada Direito Fundamental tem sua eficácia dependente em grande parte da forma de sua positivação e do seu objeto, não obstante o mandamento constitucional de otimização da aplicabilidade dos mesmos. Por isso, os Direitos Fundamentais não podem ser tidos por ilimitados ou absolutos. Muito pelo contrário, a análise detida do regime jurídico das restrições ou limitações materiais de seu conteúdo revela que o próprio Constituinte estabeleceu os contornos diretos e indiretos do seu âmbito de aplicação, o que leva à uma confirmação apenas em parte da quarta hipótese pesquisada.

Qualquer pretensão à aplicação de um Direito Fundamental exige, preliminarmente, a determinação da sua exata extensão a partir do estudo das restrições e restringibilidade, tanto porque direito e restrição – na acepção de Alexy – não se confundem, quanto porque – na visão de Hesse – todo direito subjetivo já nasce como um direito limitado.

Finalmente, também não se confirmou totalmente a quinta e última hipótese pesquisada, já que ainda não há uma doutrina firme sobre os limites da atuação do Poder Judiciário, principalmente, na busca da efetivação da Constituição. Não há dúvida de que é imprescindível reconhecer e distinguir atuação do Poder Judiciário na resolução de litígios entre partes de um processo, daquela outra de guardião maior da Constituição, principalmente quando estiver em discussão a eficácia e alcance de um Direito Fundamental. Nesta seara, ao Poder Judiciário é dado muito mais do que atribuir ao jurisdicionado o direito subjetivo postulado, cabendo-lhe, pois, integrar o próprio direito objetivo.

Assim é que quando as lides envolverem Direitos Fundamentais é de se reconhecer a competência que foi delegada ao Poder Judiciário para garantir-lhes aplicabilidade imediata, inclusive com alguma integração ativa do Direito, se e quando necessário. Há, neste ponto, não se olvida, autorização constitucional para efetiva produção do Direito, no que concerne à extensão e ao alcance de um Direito Fundamental constitucionalmente assegurado. Fora disso não há fundamento constitucional para um ativismo judicial puro e simples, ainda que sob justificativa de mora legislativa e desrespeito à Constituição.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

- ALEXANDRE, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2003. Disponível em:
<http://books.google.com.br/books?id=oU8j5Bzj2pAC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q=lei%20positiva&f=false>. Acesso: 26 mar. 2014.
- ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru: Edipro, 1995.
- ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Trotta, 2013.
- BARROS, Susana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**. 6. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Publiesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: OAB, 2002.
- BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Regimento interno da Câmara dos Deputados**. 9. ed. Brasília: Câmara, 2011.
- _____. Congresso. Senado Federal. **Regimento Interno**: Resolução nº 93, de 1970. Brasília: Senado Federal, 2007.
- _____. Constituição (1824). Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.
- _____. Constituição (1934). Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.
- _____. Constituição (1937). Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em:

15 maio 2014.

_____. Constituição (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 maio 2014.

_____. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em: 15 maio 2014.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 27 mar. 2014.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm. Acesso em: 15 maio 2014.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art1. Acesso em: 15 maio 2014.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 21 abr. 2014.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 24 mar. 2014.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm. Acesso em: 26 mar. 2014.

_____. Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.htm. Acesso em: 24 mar. 2014.

_____. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm. Acesso em: 26 mar. 2014.

_____. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1990. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 09 abr. 2014.

_____. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em: 09 abr. 2014

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 169.876-SP, Brasília, DF, de 06 de junho 1998.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 861.262/RS, Brasília, DF, de 05 de setembro de 2006.

- _____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 70814, Brasília, DF, de 01 de março de 1994.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201819/RJ, Brasília, DF, de 11 de novembro de 2005.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 636.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 646.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3231, Brasília, DF, de 15 de fevereiro de 2006.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2101, Brasília, DF, de 24 de fevereiro de 2000.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2501, Brasília, DF, de 15 de maio de 2002.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2192, Brasília, DF, de 04 de junho de 2008.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 896, Brasília, DF, de 03 de novembro de 1993.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 958, Brasília, DF, de 11 de maio de 1994.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, Brasília, DF, de 05 de maio de 2011.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Brasília, DF, de 12 de abril de 2013.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82959, Brasília, DF, de 23 de fevereiro de 2006.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 438, Brasília, DF, de 11 de novembro de 1994.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 721, Brasília, DF, de 30 de agosto de 2007.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712, Brasília, DF, de 25 de outubro de 2007.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 32033, Brasília, DF, de 20 de junho de 2013.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343, Brasília, DF, de 03 de dezembro de 2008.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. O estado constitucional de direito na versão neoconstitucionalista e os aspectos críticos da relação direito e moral segundo a teoria dos sistemas. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 2, maio/ago. 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3968>>. Acesso em: 18 ago. 2012.
- CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997.
- CLÈVE, Clemerson Mèrlin. Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=441>. Acesso: 15 mar. 2014.
- CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e**

estado no século XXI. Itajaí: Univali, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio. **Parlamentarismo em estados contemporâneos: os modelos da Inglaterra, de Portugal, da França e da Alemanha**. 2. ed. Itajaí: UNIVALI; Blumenau: FURB, 1999.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. O Controle de Constitucionalidade na França e as alterações advindas da Reforma Constitucional de 23 de julho de 2008. Disponível em:

<http://www.portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/O_Contrôle_de_Constitucionalidade_na_França_e_as_Alteracoes_advindas_da_Reforma_Constitucional_de_23_de_julho_de_2008.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FRANÇA, R. Limongi (Coord.). **ENCICLOPEDIA Saraiva do direito**. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 7. p. 16.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The Declaration Of Independence. 1776. Disponível em:

<<http://uscode.house.gov/download/annualhistoricalarchives/pdf/OrganicLaws2006/declind.pdf>>. Acesso em: 26 mar 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 29.

FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: <<http://www.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem>>. Acesso em: 26 mar. 2014.

FREEDOM House. Washington. Disponível em: <<http://www.freedomhouse.org>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. *In*: VALE, Juliano Keller do; MARCELINO JUNIOR, Julio Cesar (Org.). **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.
- HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- JORGE MIRANDA. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2008. Tomo IV.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1986.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 5. ed. Tradução de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, São Paulo, n. 17, jan./jun. 2011.
- LEITE, Garcia. Neopositivismo, neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo: o que há realmente de novo no Direito? **Revista Eletrônica Temas Atuais de Processo Civil**, v. 2 n. 4, abr. 2012. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/57-v2-n4-abril-de-2012/190-neopositivismo-neoconstitucionalismo-e-o-neoprocessualismo>>. Acesso em: 26 abr. 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988. Tomo II.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito, 2011.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito: situação atual**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins

Fontes, 2000.

ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico? Teoria Geral do Direito**. Florianópolis: Habitus, 2003.

ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional**: princípios constitucionais do processo civil. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In: Por um constitucionalismo inclusivo*: história Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

SAVARIS, José Antônio. Globalização, crise econômica, consequencialismo e a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC). *In: SAVARIS, José Antonio Savaris; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coords.). Direitos fundamentais da pessoa humana: um diálogo latino-americano*. Curitiba: Alteridade Editora, 2012.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph; BASTOS, Aurélio Wander. **A constituinte burguesa: qu'est-ce que le Tiers État?**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOARES, Josemar Sidinei. A ética como critério para mediação de conflitos entre sistemas jurídicos. *In: SAVARIS, José Antonio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coord.). Direitos fundamentais da pessoa humana: um diálogo latino-americano*. Curitiba: Alteridade, 2012.

_____. Critério Ético da Norma Jurídica como ponto de Superação do Juspositivismo na Contemporaneidade. **Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade**, v. 04, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. Constitucionalismo no Brasil e a necessidade da insurgência do novo: de como o neoconstitucionalismo não supera o positivismo. **Revista do CEJUR/TJSC**: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 01, p. 11-28, dez. 2013.

_____. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VIRGINIA. The Virginia Declaration Of Rights. 1776. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/virginia_declaration_of_rights.html>. Acesso em: 26 mar. 2014.