

**VOLUME 6**

**Francisco José de Oliveira Neto**

**ESTRITA LEGALIDADE E ATIVIDADE  
JURISDICIONAL**



**UNIVALI**

**2012**

**Reitor**

Prof. Dr. Mário César dos Santos

**Vice-Reitora**

Profª. Drª. Amândia Maria de Borba

**Procurador Geral**

Vilson Sandrini Filho, MSc.

**Secretário Executivo**

Prof. Mércio Jacobsen, MSc.

**Pró-Reitora de Ensino**

Profª. Drª. Cássia Ferri

**Pró-Reitor de Pesquisa, Pós-Graduação,  
Extensão e Cultura**

Prof. Dr. Valdir Cechinel Filho

**Autor**

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto

**Revisão**

Aline Gostinski

**Projeto Gráfico**

Leonardo Silva Lima

**Diagramação**

Aline Gostinski

**Comitê Editorial E-books/PPCJ****Presidente**

Dr. Alexandre Morais da Rosa

**Diretor Executivo**

Alexandre Zarske de Mello

**Membro**

José Everton da Silva

**Membro**

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

**Membro**

Clóvis Demarchi

**Membro**

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

**Coleção Osvaldo Ferreira de Melo  
Conselho Editorial:**

Alexandre Morais da Rosa

André Lipp Binto Basto Lupi

Antonio Gomes Moreira Maués

Cláudia Rosane Roesler

Denise Schmitt Siqueira Garcia

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto

Josemar Sidinei Soares

Josep Aguiló Regla

Lenio Luiz Streck

Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza

Mario Ferreira Monte

Martônio Mont'Alverne Barreto Lima

Paulo Márcio Cruz

Vicente de Paulo Barreto

**Créditos**

Este e-book foi possível por conta do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Univali/PPCJ, à Editora da UNIVALI e a Comissão Organizadora composta pelos Professores Doutores: Paulo Márcio Cruz, Alexandre Morais da Rosa, Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto e pelo Editor Executivo Alexandre Zarske de Mello

**Endereço**

Rua Uruguai nº 458 - Centro - CEP: 88302-202,  
Itajaí - SC – Brasil - Bloco D1 –  
Sala 427, Telefone: (47) 3341-7880

O4e Oliveira Neto, Francisco José de  
Estrita legalidade e atividade jurisdicional [recurso eletrônico] /  
Francisco José de Oliveira Neto. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI,  
2012. – (Coleção Osvaldo Ferreira de Melo ; v.6).

Livro eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>  
Incluem referências.

ISBN 978-85-7696-095-9 (e-book)

1. Direito constitucional. 2. Legalidade (Direito). 3. Direitos  
fundamentais. I. Título.

CDU: 342

**FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO**

**ESTRITA LEGALIDADE E ATIVIDADE JURISDICIONAL**

**Itajaí  
2012**



**UNIVALI**

**Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto**

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor da UFSC; Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Itajaí-SC e Juiz de Direito Substituto de 2º Grau do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina lotado na 2ª Câmara de Direito Público.

Email: franciscojneto@uol.com.br.

## Sumário

Apresentação.....	5
A Consolidação do Estado Constitucional de Direito no Brasil.....	6
A Estrita Legalidade com Limitador Democrático da Atividade Jurisdicional.....	38
O Juiz como Garantidor dos Direitos Fundamentais.....	69

## **Apresentação**

Este livro reúne três textos de minha autoria. Em todos eles, externo – senão diretamente, pelo menos de forma indireta – a preocupação com os limites da atuação do Poder Judiciário na implementação dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Ou, ainda, se a forma pela qual se dá essa implementação é a que melhor atende aos postulados da democracia em sua compreensão atual.

Para isso, fundamental apresentar como se deu a implementação e a consolidação do Estado Democrático de Direito no Brasil, investigação que atinge todos os textos constitucionais de nossa história, não só republicana, mas também quando submetidos ao sistema monárquico. Neste caminho, clara é a passagem do Estado de Direito em sua versão meramente legislativa para a fórmula atual, onde a Constituição passa a ser o centro de uma estrutura que atinge a todos os setores da sociedade (jurídico, político, econômico, etc.).

Além disso, igualmente fundamental é reconhecer que tal não se deu a partir de um processo isolado e único, mas sim como resultado de uma ampla transformação ocorrida no ocidente, especialmente a partir da segunda guerra mundial. As discussões a respeito da superação ou não do positivismo jurídico como forma de compreender o Direito, especialmente aquelas opiniões que apontam o esgotamento dele para explicar a ascensão dos princípios – e com eles a introdução das incertezas típicas do direito natural (as quais o positivismo jurídico fez de tudo para eliminar), ganham centralidade em tempos de neoconstitucionalismo. Afinal, é justamente isso que esta na base do protagonismo judicial.

A “liberdade” de escolhas diante da colisão de princípios, se é solução, para a democracia pode se constituir em problema ante a falta de controle em torno da “resposta correta”, e que podem ser combatidas por meio do resgate de um dos elementos mais consistentes e que ajudaram a construir o estado liberal: o princípio da legalidade, só que desta feita não apenas na sua versão formal, mas também material, já que agora, ao contrário de antes, presentes os vínculos substanciais.

Florianópolis, 04 de dezembro de 2012.

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto

# **A CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO NO BRASIL**

Resumo:

Um das características mais marcantes da Constituição brasileira de 1988 é, além da centralidade dos direitos fundamentais, a forte presença dos chamados “mecanismos de concretização”, os quais se apresentam não só por meio da declaração de aplicabilidade imediata dessa importante categoria de direitos, mas também pela previsão de instrumentos processuais com essa finalidade. Tal situação é o mais claro reflexo da adoção de um Estado Constitucional de Direito em substituição a um Estado Legislativo de Direito, transformação marcada pela superação da ideia de democracia unicamente ligada a vontade da maioria e que, para sua adequada compreensão, impõe a análise das bases em que se operaram essas transformações.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais,. Mecanismos de Concretização. Estado Legislativo de Direito. Estado Democrático de Direito. Constituição.

## **Introdução**

Analisando-se a Constituição brasileira de outubro de 1988, percebe-se que, além da forte presença dos direitos fundamentais, também foram nela inseridos vários mecanismos de concretização desses direitos, evidenciando-se o que seria a grande preocupação do período pós-promulgação: como tornar realidade as promessas ali colocadas.

É o que se percebe já no início do texto constitucional, onde há a proclamação da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º), dando-se mais à frente (no art. 5º) o detalhamento de quais são os direitos fundamentais protegidos pela estrutura política. Já quanto ao sistema de garantias, dotou os direitos fundamentais de aplicação imediata (artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal) e, ainda, apresentou novos institutos processuais (como o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por

omissão), os quais tem a finalidade específica de dar efetividade às normas constitucionais.

Inegáveis os abalos que a inserção desse novo modelo provocou na estrutura política e constitucional brasileira. E um dos mais sentidos foi junto ao Poder Judiciário, abrindo-se espaço para, em substituição de um modelo de jurisdição calcado na mera mediação de conflitos, surgir outro com uma atuação marcante na concretização de direitos fundamentais.

Reflexo de uma nova forma de compreender a democracia, foi um movimento decisivo para sepultar o Estado Legislativo de Direito, fórmula política que se mostrou insuficiente para impedir as barbáries ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial. Afinal, viu-se que, nem mesmo as transformações internas ao qual o Estado Legislativo de Direito foi submetido ao longo dos anos, foram suficientes para dar conta dos problemas da época, percebendo-se que o quadro de miséria que motivou seu surgimento em substituição aos regimes absolutistas, era fundamentalmente o mesmo em meados do Século XX.

E é desse esgotamento que nasce o novo, o chamado “Estado Constitucional de Direito”, com a pretensão de impedir a repetição daqueles atos desumanos utilizando-se de uma fórmula até então inédita: a adoção de um modelo de Constituição marcada pela rigidez e pela supremacia, com a colocação dos direitos fundamentais como seu elemento central.

São transformações profundas e complexas, as quais envolveram toda a estrutura teórica do que se pensou em relação ao Estado, a começar pela reformulação do conceito de democracia até então utilizado. Ao se adotar a rigidez como característica principal de uma Constituição, não se poderia mais admitir que a simples maioria pudesse determinar a supressão de qualquer direito, evidenciando-se assim a necessidade de respeito ao direito da minoria.

Pois bem. Tendo essas questões como ponto de partida, o objetivo aqui é analisar esse conjunto de transformações e seu reflexo no sistema constitucional brasileiro. Ou ainda, e de modo mais específico, como surgiu no Brasil o Estado Legislativo de Direito, como se esgotou e como se deu – e de que forma – a assunção do Estado Constitucional de Direito com todas as suas marcantes características.

## **1. A Construção do Estado Constitucional de Direito no Brasil.**

Antes de tratar especificamente desse tema, é preciso recordar que nosso Estado Constitucional de Direito surge a partir de uma série de transformações que ocorrem no pensamento jurídico e político ocidental, em especial, a partir do final da 2ª Guerra Mundial.

E sem dúvida alguma, a mais importante delas deu-se com a descoberta de um novo espaço às Constituições que, de documento que apenas indicavam as estruturas do Estado e sua relação com a sociedade, passaram a ser documentos que apontavam para a proteção contra a barbárie. Redefine-se a concepção de democracia, que deixa de ser apenas a vontade da maioria para ser também o respeito aos direitos da minoria, reforça-se a ideia de supremacia e estabelece-se a rigidez constitucional, tudo com o objetivo de impedir o retorno do “apagão humanitário” que ocorreu no Século XX.

Dois foram os espaços onde esse reflexo pode ser percebido: de um lado na teoria do direito, onde o impacto do constitucionalismo contemporâneo no positivismo jurídico levou alguns a indagar se ele, o positivismo jurídico, ainda daria conta de explicar o Direito<sup>1</sup>. De outro, na teoria do Estado, operando-se o surgimento do Estado Democrático e Constitucional de Direito.

De um modo geral, pode ser dito que a transição brasileira do modelo do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito é claramente percebida pelo simples exame dos textos constitucionais outorgados ou promulgados a partir da Independência, em 1822. No mesmo exame, destaca-se a substancial diferença da Constituição de 1988 para as demais, especialmente no que toca aos direitos fundamentais.

### **1.1. O Estado Legislativo de Direito no Brasil.**

---

<sup>1</sup> A esse respeito ver texto de minha autoria: OLIVEIRA NETO, Francisco J. R. de. **A estrita legalidade como limitador democrático da atividade jurisdicional**. Pensar: Revista de Ciências Jurídicas. Vol. 16, n. 02 (jul/dez 2011), Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2011, p. 527-561.

Como já colocado anteriormente, quando da separação política de Portugal – ocorrida no Brasil em 1822 – as ideias que circulavam no mundo eram as liberais, as quais evidentemente influíram no processo de construção do Brasil como nação independente e para ele foram decisivas. Naquele momento, procurou-se seguir o pensamento defendido pelo abade Emmanuel Siyès momentos antes da Revolução Francesa, quando afirmou que “é impossível criar um corpo para um determinado fim sem dar-lhe uma organização, formas e leis próprias para que se preencham as funções às quais quisemos destiná-lo. Isso é que chamamos de Constituição desse corpo. É evidente que não pode existir sem ela” (SIEYÈS, 2001, p.48).

Em outras palavras: sem Constituição não há Estado, devendo ainda ela ter suas bases calcadas no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1769: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não for assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”.

Para elaborar essa tarefa e redigir o documento que fundaria politicamente o Brasil, em junho de 1822, fez-se a convocação de uma Assembleia Constituinte que teria por missão redigir tal documento, consolidando o processo de ruptura com Portugal e encerrando o período do Brasil Colônia.

Essa Constituinte, contudo, teve curta duração. Foi dissolvida seis meses e nove dias depois de sua instalação em face das divergências com o Imperador D. Pedro I, o que denunciou a existência de duas forças políticas antagônicas na nação que ainda procurava se formar: de um lado, as ideias republicanas e, de outro, o autoritarismo do Monarca e a pretensão de manter seus poderes. Assim:

Se, por um lado, os deputados constituintes tinham sido eleitos livremente para redigir a primeira Carta Magna brasileira, por outro, todos os poderes monárquicos haviam sido preservados. O imperador tinha o poder de pôr e dispor; os constituintes podiam escrever livremente a Constituição, desde que ela fosse ‘digna de real aprovação’. Em um tal estado de coisas, um dos lados tem que ser subjugado, já que uma composição parecia hipótese remota (BONAVIDES; ANDRADE, 2002, p. 100).

Para solucionar o impasse, decidiu-se por uma composição de notáveis, responsável pela redação do texto que foi outorgado em março de 1824 e que durou – apesar de algumas reformas – até 1889. Nesse texto, estabeleceu-se a existência do Poder Moderador, forma encontrada para resolver a tensão política existente e que era, em verdade, a institucionalização do poder absoluto. Dizia o artigo 98:

O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

Dentre seus poderes, nomear Senadores, convocar as sessões do parlamento, nomear e demitir Ministros de Estado, suspender Magistrados, perdoar penas, conceder anistias e outros.

Além desse aspecto fundamental, merece ser destacado ainda que se tratou do único texto semirrígido em nossa história política constitucional, já que dizia o seu artigo 178:

É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivos dos poderes políticos, e aos direitos individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas (nos artigos 173 a 177), pelas legislaturas ordinárias.

Foi consagrado o princípio do *jus soli* para o reconhecimento da nacionalidade, regra fundamental para um país colonizado como o Brasil; o voto censitário, ou seja, não podiam votar os que tivessem menos de 25 anos, o clero, os que não possuíssem determinada renda (cem mil réis) e as mulheres.

Não foi o documento modelo de expressão do liberalismo no Brasil<sup>2</sup>, o que só veio a acontecer mais à frente, com a República, fato que não retira sua importância, já que se tratou de um documento que “logrou absorver e superar as tensões entre o absolutismo e o liberalismo, marcantes no seu nascimento, para se

---

<sup>2</sup> No dizer de Luis Roberto Barroso: é inegável “que a carta do império fundava-se em certo compromisso liberal, a despeito de jamais haver sido encarada pelo Imperador como fonte de legitimidade do poder que exercia” (2006, p. 09).

constituir, afinal, no texto fundador da nacionalidade e no ponto de partida para a nossa maioria constitucional” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 163).

Esse texto teve vigência até a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, fato histórico que pôs fim à Monarquia e foi inaugurado sob o ponto de vista constitucional com a edição do Decreto 01, em que se adotou uma nova forma de governo: a república federativa. Merece registro o fato assinalado por Seabra:

Nada documenta que a ideia republicana fosse uma aspiração generalizada na opinião pública, embora houvesse grupos diversos, e intelectualmente de grande expressão, que por ela batalhassem. E o episódio, em si, da Proclamação, revestiu todos os aspectos de um mero pronunciamento militar, de um golpe armado. O povo o recebeu atônito e perplexo (FAGUNDES, 1982).

Mais tarde – além de outros Decretos – foi apresentado pelo Governo Provisório o de n. 29, datado de 03 de dezembro de 1889, por meio do qual se instituía uma comissão especial composta por cinco juristas para elaborar o Anteprojeto de Constituição, documento que serviria para nortear o debate na futura Constituinte e, ainda, condensaria o pensamento do Governo (BONAVIDES; ANDRADE, 2002, p. 221).

Instalado o Congresso Nacional com poderes constituintes, iniciaram-se os trabalhos, com a questão federativa dominando os debates políticos da época, em especial, a distribuição das competências entre a União e os Estados membros. Em 24 de fevereiro de 1891, foi promulgado seu texto final, em que se encontram as seguintes características: menção à origem do poder, o povo; ausência de qualquer referência a Deus; a adoção do nome “Estados Unidos do Brasil”; a afirmação de que a União é perpétua e indissolúvel; a fixação da tripartição dos poderes; o direito ao voto aos maiores de 21 anos, excluídas as mulheres, os mendigos e os analfabetos; a abolição das penas de banimento e morte e, ainda, a fixação da rigidez constitucional como sua marca.

Como já dito, esse documento consolidou o liberalismo no Brasil, visto nele não mais existirem aqueles dispositivos – presentes na anterior – que possibilitaram a existência de poderes concentrados, a ponto de se poder afirmar:

Nessa linha de distribuição de competência aos poderes políticos, a Constituição da Primeira República foi inexecutável: a finalidade consistia em neutralizar teoricamente o poder pessoal dos governantes e distanciar, tanto quanto possível, o Estado da Sociedade, como era axioma do liberalismo (BONAVIDES; ANDRADE, 2002, p. 257).

Mas, apesar disso, a realidade não se comportou do modo esperado pelo legislador constituinte, já que a fórmula adotada acabou por enfraquecer o poder central e reacender os poderes locais, adormecidos que tinham estado no período do Brasil Império. Isso fez com que as relações de poder – não controladas mais pelo texto constitucional – viessem a formar uma espécie de “Constituição material”, paralela àquela, em que o coronelismo se mostrou como poder real e efetivo, de modo que esses chefes locais passaram a eleger os governadores, e estes impunham os Presidentes da República (SILVA, 2005, p. 80)<sup>3</sup>.

Apesar da tentativa de corrigir essa distorção com a Emenda Constitucional de 1926, já não havia como interromper o processo de desgaste do texto promulgado em 1891, dando-se então a Revolução de 1930, com a ascensão de um governo provisório e a queda da primeira Constituição republicana.

Abstraída a discussão de ter sido ele um movimento revolucionário ou apenas um golpe de Estado, sobre esse episódio político, é preciso reconhecer:

[...] fez inevitável a reflexão ideológica posterior acerca dos fundamentos da nossa sociedade, envolvendo o atraso, o coronelismo, o patriarcalismo, a patronagem eleitoral, a miséria camponesa, o subdesenvolvimento, a aliança social da Igreja com os poderosos, o misticismo, o cangaço, o ânimo oligárquico

---

<sup>3</sup> Acrescentem-se as palavras de Luis Roberto Barroso: “A fórmula federalista adotada, inspirada no modelo norte-americano, ignorou o passado unitário e centralizador do país. Recorreu-se ao mesmo critério de repartição de competências lá adotado, como se a União estivesse, subitamente, recebendo poderes expressos, delegados por Estados que antes fossem independentes, numa ficção que beirava a utopia” (2006, p. 15).

da política, toda uma série estrutural de vícios que denotavam dependência, imobilidade, apatia ou desprezo para milhões de oprimidos sociais, banidos da participação cívica e totalmente alienados da consciência libertadora que o messianismo ideológico prometia acordar, para fazê-lo assim parte da Nação e da gerência do processo político (BONAVIDES; ANDRADE, 2002, p. 273).

O resultado foi o surgimento das bases de um Estado Social que viria a ser implantado no Brasil, especialmente a partir da Constituição de 1934, modalidade que representa uma transformação do Estado Liberal, já que sua adesão ao capitalismo se manteve, ao lado da incorporação dos direitos sociais.

Com efeito, em 1934, no Brasil se adotou um documento marcado pelo “caráter democrático, com um certo colorido social. Procurou-se conciliar a democracia liberal com o socialismo, no domínio econômico-social; o federalismo com o unitarismo; o presidencialismo com o parlamentarismo, na esfera governamental” (BASTOS, 2001, p. 121). É o que se percebe pela análise de algumas das suas características fundamentais, a saber: o voto secreto e o sufrágio feminino; a colocação da justiça eleitoral e da justiça militar na estrutura do Poder Judiciário; a previsão de normas reguladoras para a ordem econômica e social, a família, a educação, a cultura, os funcionários públicos e a segurança nacional; a previsão do princípio da irretroatividade da lei e o reconhecimento do direito de petição aos poderes públicos; a criação do mandado de segurança como forma de controle dos atos da administração pública; a nacionalização das jazidas minerais; a criação do salário mínimo; a previsão de oito horas diárias para o trabalhador; o repouso semanal remunerado e a remuneração das férias, além de indenização por justa causa.

Como se vê, nela foram atendidas demandas provenientes de grupos políticos de expressão da época, almejando inaugurar um novo modo de atuação do Estado, agora focado nas questões sociais.

Contudo, mais uma vez, o descompasso entre a realidade e o texto fez com que este último perdesse legitimidade e, com isso, ganhasse em vulnerabilidade, tornando possível a deflagração de um golpe de Estado, isso como resultado dos movimentos de cunho extremista que proliferaram no país, a saber, “pela

direita a ação integralista e pela esquerda o partido comunista” (BASTOS, 2001, p. 124).

É o momento do Estado Novo e da Constituição de 1937, um documento outorgado e de cunho autoritário, que atribuía inúmeros poderes ao Presidente da República. Dentre esses poderes, dois merecem destaque: 1) o de legislar sozinho, já que um dos seus dispositivos dizia que o Chefe do Poder Executivo – quando em recesso ou dissolvido o Parlamento – poderia expedir decretos-leis a respeito das matérias de competência da União; e 2) a possibilidade de submeter novamente ao exame do Parlamento os atos declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário, caso fossem relacionados a matérias que envolvessem o bem-estar do povo, a promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta. Em nova votação, poderia ser derrubada a decisão judicial (art. 96, parágrafo único).

Ora, como ao longo do período de Getúlio Vargas, o Congresso Nacional permaneceu fechado e ele, com base no texto constitucional, usurpou as funções legislativas e governou por meio de decretos-leis, torna-se adequada a afirmação de que o Brasil viveu um período de “mais completa permissividade jurídica”, já que, além de poder governar sozinho e sem o parlamento, seus atos não poderiam nem mesmo sofrer controle por parte do Supremo Tribunal Federal, já que só ele, o Governante, é quem poderia deflagrar o controle de constitucionalidade (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 170).

Foi um período que seguia os modelos europeus da época, em especial, o nacional socialismo alemão e o fascismo italiano. Contudo, com o fim da 2ª Guerra Mundial, ficou clara a contradição do governo autoritário, já que, no plano interno se comportava como um regime que seguia a cartilha daqueles contra os quais lutava no plano externo. Daí seu inevitável esgotamento, de que se seguiu a deposição de Getúlio Vargas e a redemocratização do País.

Convocadas eleições presidenciais, estas ocorreram em dezembro de 1945, cabendo ao novo Presidente da República a instalação da Assembleia Nacional Constituinte. Em setembro de 1946, foi por ela apresentado o texto da nova Constituição, a 5ª da história brasileira.

Trata-se de um documento que, ao contrário dos anteriores, não foi elaborado com base em um texto prévio, motivo pelo qual, para sua

redação, optou-se pela análise das duas primeiras constituições republicanas (1891 e 1934), o que justifica as afirmações que o definem como um documento voltado para o passado, para fatos que, segundo José Afonso da Silva:

[...] nem sempre estiveram conformes com a história real, o que constituiu o maior erro daquela Carta Magna, que nasceu de costas para o futuro, fitando saudosamente os regimes anteriores, que provaram mal. Talvez isso explique o fato de não ter conseguido realizar-se plenamente. Mas, assim mesmo, não deixou de cumprir sua tarefa de redemocratização, propiciando condições para o desenvolvimento do país durante os vinte anos em que o regeu (SILVA, 2005, p. 85).

Dentre suas características principais, está o municipalismo, com o fortalecimento das três funções do Estado e a retomada da linha da carta de 1934 no que se refere aos direitos individuais. No art. 141, seus incisos e parágrafos, foram previstas garantias como o respeito ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito; a impossibilidade de exclusão, por força de lei, de apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito; a impossibilidade de prisão fora dos casos de flagrante delito ou ordem escrita de autoridade competente; o *habeas corpus* ilimitado e o mandado de segurança; o direito de ampla defesa e a proibição de pena de morte.

O mesmo ocorreu em relação aos direitos sociais, havendo um conjunto de dezessete artigos que repetem o colocado na Constituição de 1934, a primeira considerada como típica de Estado Social, o que demonstra a existência ainda de uma desarmonia interna que procurava – sem sucesso – conciliar o Estado Liberal com o Estado Social (BONAVIDES; ANDRADE, 2002, p. 421).

Mas, mesmo assim, de 1946 a 1961 a vida constitucional brasileira viveu um período com poucas alterações. A Constituição de 1946 sofreu apenas três emendas, uma delas como resultado de uma tentativa de implantar um sistema parlamentarista no Brasil, opção rechaçada em um plebiscito que resultou no restabelecimento do sistema presidencialista, mantendo o sistema implantado desde o início da república. Após esse fato, deu-se uma crise institucional determinada pela acusação de que o governo se inclinava demais para a esquerda, originada em setores da

população e das forças armadas, grupo que se tornou ator central do golpe de Estado dado em 1964.

Por meio de um “ato institucional” editado nos primeiros dias de abril daquele ano, os Comandantes das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica) proclamaram a manutenção da Constituição de 1946, e produziram alterações em nome de um “movimento civil e militar” chamado de “revolução vitoriosa”, o qual seria “resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções”. Nesse ato, alteravam-se as regras para a eleição presidencial com a retirada do direito do povo de escolher de forma direta seu governante. Além disso, mudaram-se a duração do mandato presidencial, os direitos e garantias individuais, as regras para o estado de sítio e a forma de tramitar o processo legislativo.

Depois deste, outros atos institucionais foram editados e igualmente produziram alterações profundas no sistema político e jurídico brasileiro, fatos que tornaram inviável a manutenção da Constituição de 1946, a essa altura apenas uma “folha de papel”.

Em função disso – e por meio de um mero Decreto editado em 15 de abril de 1966 –, o governo deu início aos trabalhos para a elaboração do anteprojeto de uma nova Constituição. Mais à frente, por meio do Ato Institucional n. 04, de dezembro daquele ano, o Presidente da República fez a convocação extraordinária do Congresso Nacional, que deveria permanecer em atividade até 24 de janeiro do ano seguinte, com o objetivo de discutir, votar e promulgar o projeto de Constituição por ele apresentado.

Naquele documento, faz-se a ressalva:

No dia 24 de janeiro de 1967 as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal promulgarão a Constituição, segundo a redação final da Comissão, seja a do projeto com as emendas aprovadas, ou seja, o que tenha sido aprovado de acordo com o art. 4º, se nenhuma emenda tiver merecido aprovação, ou se a votação não tiver sido encerrada até o dia 21 de janeiro.

Nada mais representativo de um puro Estado Legislativo de Direito, não restando alternativa a não ser concordar com a afirmação de que “Não

houve propriamente uma tarefa constituinte, mas uma farsa constituinte” (BONAVIDES; ANDRADE, 2002, p. 436). O que se tinha ali eram parlamentares sem poderes constituintes e, do modo como foram organizados e determinados os trabalhos, não haveria – como não houve – qualquer oportunidade para um debate a respeito do texto apresentado “para aprovação”. O que houve – e só isso é que se esperava que fosse feito – foi apenas uma homologação do texto apresentado pelo chefe do Poder Executivo. Isso tornou claro que, com o novo texto, o objetivo dos ocupantes do poder era “construir uma atmosfera favorável ao sistema que se impopularizava e formar opinião internacional com a ideia de um regime com sua Carta constitucional votada pelo Parlamento” (BONAVIDES; ANDRADE, 2002, p. 437).

Daí que o texto apresentado foi “promulgado” com pouquíssimas e superficiais modificações em 24 de janeiro de 1967. Nele se destaca a concentração de poderes como marca fundamental, até porque, no aspecto federativo, pouco deixou aos Estados e Municípios do ponto de vista da autonomia financeira e política. No que se refere às funções do Estado, deixou o Poder Executivo hipertrofiado, já que a ele caberia a iniciativa legislativa de uma série de matérias de relevância.

Foi sob esse documento que se editou o mais duro dos golpes produzidos no Estado de Direito e na democracia brasileira: o “Ato Institucional n. 05”, maior manifestação de força até então ocorrida por parte dos militares, introduzida à margem da ordem constitucional vigente. Nesse documento, foi decretado o recesso do Congresso Nacional e fixada a competência plena do Poder Executivo para legislar. Além disso, esse Ato deu atribuição ao Presidente da República para cassar mandatos eletivos, suspender direitos políticos e confiscar bens; suspendeu as garantias da magistratura; o direito de *habeas-corpus* aos acusados de prática de crimes políticos ou outros da mesma natureza; e, por fim, determinou a exclusão de apreciação judicial de atos praticados com base em seu texto.

Cerca de um ano depois, em outubro de 1969, o governo militar, dando sequência ao seu projeto de poder, editou a Emenda Constitucional n. 01, que – apesar da forma escolhida – revelou-se uma nova Constituição, já que não foram poucas as mudanças promovidas no sistema político nacional<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Afirma José Afonso da Silva: “Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova Constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição

Pouco há para ser dito a respeito desta Constituição (1969), já que se resumia a um documento que, como o anterior (1967), tinha como pretensão dar legitimidade a um governo de força e, ainda, reorganizar a base jurídica estatal, recortada que estava por vários “Atos Institucionais”. Apesar disso, pode-se considerá-la como uma Constituição:

[...] instrumental, destinada tão somente a dar fisionomia jurídica a um regime de poder de fato; há, dentro dela, um núcleo, por assim dizer, tradicional, que reconhece as realidades históricas e políticas da formação nacional, e, por isso mesmo, é a sua parte duradoura; afora isso, o seu texto é de escassa, ou, mesmo, nenhuma importância (MELO FRANCO, 1986, p. 179).

Depois desse documento, sob o aspecto constitucional, poucas foram as alterações feitas na Carta de 1967, pelo menos até a edição da Emenda Constitucional n. 26, em novembro de 1985, ato pelo qual ocorreu a convocação da Assembleia Nacional Constituinte encarregada de elaborar o que seria, anos mais tarde, a Constituição de outubro de 1988.

## **1.2. O Estado Constitucional de Direito no Brasil.**

A redemocratização do País mostrou-se um processo irreversível, especialmente após o Congresso Nacional ter rejeitado uma proposta de emenda à Constituição que pretendia restabelecer o direito de a população brasileira eleger seu Presidente da República de forma direta, mesmo após o que é chamado de “a mais impressionante campanha popular da história política brasileira” (BARROSO, 2006, p. 40). Frustrada essa tentativa, a oposição foi eleita no pleito indireto e, com a doença do Presidente eleito, veio a assumir o Vice, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte responsável pela Constituição de 1988.

---

da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil” (2005, p. 87).

Nesse momento, após longos anos, deu-se efetivamente o primeiro espaço verdadeiramente democrático em que os brasileiros puderam ter, não só contato com as novas tendências do constitucionalismo pós-guerra que já circulavam pelo mundo, mas também a possibilidade de experimentar novas modalidades de controle de poder.

Na história constitucional brasileira, três são os momentos claramente identificados pelos quais passou o constitucionalismo: o primeiro vai da independência até a proclamação da república e sofre forte influência do constitucionalismo inglês e francês – ao lado da adoção do sistema bicameral e da tripartição dos poderes, igualmente fixa um rol de direitos e garantias fundamentais de natureza liberal; o segundo ocupa o espaço da Primeira República até a Revolução de Trinta, quando a marca fundamental é o constitucionalismo norte-americano, o que se percebe especialmente pela adoção do sistema presidencialista e federativo; e, por fim, o terceiro se inicia nos anos trinta e alcança o momento atual, sofre influência do constitucionalismo alemão e das cartas de Weimer (1919) e Bonn (1949) (BONAVIDES, 2005, p. 360).

Registre-se que o primeiro alimentou o modelo de Estado Liberal no império; o segundo, a implantação da república; e o terceiro, o Estado Social e a ideia de um Estado Democrático de Direito com base constitucional. A esta última tradição se incorporou a Constituição de 05 de outubro de 1988, já que se trata de um texto com considerável avanço em relação a várias matérias, especialmente de ordem social.

Em relação a ela, pode-se dizer:

[...] avança e testifica a modernidade quando faz do racismo, da tortura e do tráfico de drogas crimes inafiançáveis, quando estabelece o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e o habeas data, quando reforça a proteção dos direitos e das liberdades constitucionais, quando restitui ao Congresso Nacional prerrogativas que lhe haviam sido subtraídas pela administração militar, quando valoriza a função do controle parlamentar sobre o Executivo por via das comissões parlamentares de inquérito dotadas de poderes de investigação idênticos aos da autoridade judiciária, quando substitui o

Conselho de Segurança Nacional por dois novos conselhos de assessoria do Presidente da República no propósito de fazer mais eficaz, mais aberto e mais fiscalizado o sistema de defesa das instituições, quando define os princípios fundamentais de um estado social de direito, quando determina os princípios da ordem econômica, a defesa do meio ambiente, a proteção aos índios, as conquistas da seguridade social (BONAVIDES; ANDRADE, 2002, p. 490)<sup>5</sup>.

## **2. Os Direitos Fundamentais como Elemento Central do Estado Constitucional de Direito.**

Pela construção feita até o momento, é possível identificar que efetivamente os direitos fundamentais apresentam-se como elemento central que caracteriza o Estado Constitucional de Direito, não sendo exagero algum afirmar que a proteção a esses direitos constitui-se no principal objetivo de sua existência<sup>6</sup>.

Daí ser fundamental sua análise, tanto no plano geral, como no caso específica de sua construção no Brasil.

### **2.1. Direitos Fundamentais: Um Plano Geral (Construção Histórica, Fundamentos, Gerações, Conceito, Características e Tipologia).**

---

<sup>5</sup> A esse respeito, afirma Luis Roberto Barroso: “é inegável que a Constituição de 1988 tem a virtude de espelhar a reconquista dos direitos fundamentais, notadamente os de cidadania e os individuais, simbolizando a superação de um projeto autoritário, pretensioso e intolerante que se impusera ao País” (2006, p. 41).

<sup>6</sup> A esse respeito, claras são as palavras de Paulo Bonavides quando afirma: “Os direitos fundamentais são o oxigênio das Constituições democráticas” (2005, p. 375).

Em relação aos direitos fundamentais, de modo amplo e geral, é possível falar que seu desenvolvimento ao longo dos anos coincide com a construção do constitucionalismo e do Estado moderno.

É conclusão que exsurge pela observação das concepções filosófico-jurídicas que procuram justificá-los. Encontram-se primeiro os adeptos do Direito Natural, para quem os direitos fundamentais estão localizados em uma ordem superior universal e imutável e, por isso mesmo, não se constituem em criação dos homens através da legislação ou dos Tribunais e a positivação significa apenas a sua declaração. Depois, os adeptos do juspositivismo, na visão de quem os direitos fundamentais são aqueles assim colocados dentro do sistema (escritos na ordem jurídica). É a expressão da contradição dos revolucionários franceses, que ascenderam ao poder defendendo um Direito Natural e, depois, adotaram o Direito Positivo como única fonte. O sistema jurídico não é (como no caso anterior) meramente declaratório, mas sim constitutivo. Ao lado deles, os idealistas, para quem direitos fundamentais são ideias que se projetam sobre o processo histórico, ou ainda, princípios abstratos que a realidade vai recolhendo ao longo do tempo. Por fim, os realistas, para quem os direitos fundamentais são resultado direto das lutas sociais e políticas, de modo que as condições sociais é que vão determinar o real alcance e sentido dos direitos e liberdades, ou seja, não é o que existe em uma ordem natural, nem o que está escrito, nem o que se pensa, mas sim o que é conquistado (MIRANDA, 2000, p. 42).

A esse respeito, Norberto Bobbio afirma que a busca de um fundamento absoluto para os direitos fundamentais está ligada a quatro dificuldades: a primeira resultante da ideia de que “direitos do homem” é uma expressão muito vaga, o que leva a definições tautológicas (direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem); a segunda, ao aspecto de que é uma classe variável, como bem demonstrou a História nos últimos séculos; a terceira está ligada a sua heterogeneidade, já que a diversidade de pretensões torna algumas incompatíveis entre si; e a quarta, relacionada à possível antinomia entre direitos invocados pelas mesmas pessoas, já que atualmente não existem só direitos de oposição diante do poder do Estado, mas também direitos sociais, que exigem ações concretas (BOBBIO, 2004, p. 17-22).

Sendo assim, o problema fundamental deixa de ser a busca do fundamento absoluto ou de justificá-los, deslocando-se para a questão da proteção, deixando de ser um problema filosófico, para ser um problema político, daí

porque “não se trata de encontrar o fundamento absoluto – empreendimento sublime, porém desesperado –, mas de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis” (BOBBIO, 2004, p. 23).

Essa tem sido a opção prestigiada pela doutrina, não se desconsiderando a necessidade de reconhecer que os diversos elementos que irão compor esse fundamento são frutos de momentos históricos completamente distintos, o que inibe – como já dito – a busca de um fundamento absoluto, válido para todos os direitos em todos os tempos. Em lugar disso, melhor buscar os vários fundamentos possíveis para a justificação de um determinado direito como fundamental:

[...] sempre tendo presentes as condições, os meios e as situações nas quais este ou aquele direito deverá atuar. Não bastaria, assim, que um direito encontrasse bons fundamentos filosóficos, aceitos no momento, para ser positivado; seria indispensável o concurso de condições sociais e históricas para que tal venha a ocorrer (MENDES, 2000, p. 114).

Cronologicamente, as declarações de direitos se confundem com a elaboração dos documentos que se apresentaram como antecedentes dos textos constitucionais e da formação do Estado Moderno. Foram documentos de grande importância, mas tinham como objetivo central não a garantia de direitos para todos e sim para alguns grupos sociais somente. Daí não se poder falar em autênticos documentos de direitos fundamentais. Em outras palavras, eram documentos outorgados pelo poder real num contexto social e econômico marcado pela desigualdade, cuidando-se mais de direitos de cunho estamental, já que não se preocupavam em incentivar qualquer forma de mobilidade social; ao contrário, mantinham a desigualdade do sistema<sup>7</sup>.

Várias foram as correntes de pensamento que se fizeram presentes em tais documentos, podendo-se destacar dentre elas: o pensamento cristão, que afirma a dignidade da pessoa humana e a semelhança do homem a Deus (a igualdade de todos); a doutrina do Direito Natural dos séc. XVII e XVIII, de natureza racionalista, em contraposição à ideia do poder derivado da divinização próprio da

---

<sup>7</sup> No dizer de Ingo Wolfgang Sarlet: os direitos eram “atribuídos a certas castas nas quais se estratificava a sociedade medieval, alijando grande parcela da população do seu gozo” (2006, p. 49).

Idade Média; e, ainda e por consequência, o Iluminismo, que defende a ordem natural e a crença nos valores individuais<sup>8</sup>.

Assim foi com a *Magna Charta* de 1215, em que se tratou do devido processo legal como um direito de todos, o que depois deu origem ao *habeas corpus*, o acesso à justiça e, ainda, à proporcionalidade entre o delito e a pena, à liberdade de igreja, à moderação na tributação, etc; com a *Petition of rights*, de 1628, e com a *Bill of rights*, de 1688. Esses documentos significaram:

[...] a evolução das liberdades e privilégios estamentais medievais e corporativos para liberdades genéricas no plano do direito público, implicando expressiva ampliação, tanto no que diz com o conteúdo das liberdades reconhecidas, quanto no que toca à extensão da sua titularidade à totalidade dos cidadãos ingleses (SARLET, 2006, p. 51).

Declaração de direitos fundamentais propriamente dita, e com caráter universal, só mesmo em 12 de janeiro de 1776, com a “Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia” nos Estados Unidos da América, documento anterior à Declaração da Independência daquele país, que trazia afirmações como a de que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, todo o poder está investido no povo e dele deriva, além de outras nesse mesmo padrão.

Posterior a ela, refletindo o pensamento de liberdade comum na época, em 1789, surge na França a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. De caráter mais abstrato que a norte-americana, pode-se dizer que tinha três características fundamentais: 1) o **intelectualismo**, já que a afirmação de que há direitos imprescritíveis do homem e a restauração de um poder legítimo, calcado no consentimento popular, foram operações meramente intelectuais e se desenvolveram somente no campo das ideias – é um documento filosófico e jurídico que devia anunciar

---

<sup>8</sup> A esse respeito ver trabalho de GARCIA (2006, p. 137), intitulado “O processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito”, onde está colocado que, antes da positivação, é preciso destacar a existência de um “processo de formação ideal dos direitos fundamentais”, o qual está relacionado à pergunta de qual deve ser o conteúdo dos direitos fundamentais. Esta fase, segue o autor, está localizada naquele período chamado por PECES-BARBA de “trânsito à modernidade”, um longo período que “se iniciará no século XIV e chegará até o século XVIII, no qual pouco a pouco a sociedade irá se transformando e preparando o terreno para o surgimento dos direitos fundamentais”.

a chegada de uma sociedade ideal; 2) o **mundialismo**, os princípios anunciados pretendiam ultrapassar o homem do país, buscando alcançar um valor universal; 3) o **individualismo**, porque só consagra as liberdades dos indivíduos, não mencionando a liberdade de associação nem de reunião – preocupa-se em defender o cidadão dos abusos do Estado (SILVA, 2005, p. 157-158).

Ao distinguir entre direitos do homem e do cidadão, tratou primeiro do homem independentemente de sua inserção em uma sociedade política, garantindo-lhe, de qualquer forma, a liberdade, a propriedade, a segurança (liberdades públicas). Depois cuidou do cidadão, aí entendido o homem dentro de uma sociedade política, elencando o direito de resistência à opressão, o direito de concorrer, por si ou não, para a formação da lei, o direito de acesso a cargos públicos, etc.

São esses os hoje considerados direitos políticos ou direitos civis e demonstram a preocupação excessiva que tinham com o excesso de poder político, deixando completamente de lado a opressão exercida através do poder econômico, preocupação esta que só ganha lugar a partir do Manifesto Comunista (1848), cuja importância é equiparada à publicação do “Contrato Social” de Rousseau no século XVIII (BONAVIDES, 1996, p. 169).

Com o surgimento das tensões sociais decorrentes do crescimento da burguesia a partir do triunfo das revoluções do século XVIII e o aparecimento do proletariado, ampliaram-se os direitos fundamentais, que passaram a alcançar os direitos econômicos e sociais, situação decorrente não só do Manifesto Comunista antes referido, mas também da chamada “Doutrina Social da Igreja”, iniciada pelo Papa Leão XIII com a encíclica *Rerum Novarum*, editada em maio de 1891, que reconheceu o direito de propriedade e também a necessidade de adoção de uma solução apresentada como “definitiva”: a caridade.

Em termos constitucionais e de positivação, de modo concreto, o reflexo dessa preocupação com o poder econômico somente ocorreu em 1917, com a Constituição Mexicana, que foi a que primeiro sistematizou o conjunto de direitos sociais do homem, seguida que foi pela Constituição alemã de Weimar em 1919. Em todos esses documentos, duas características fundamentais: a universalidade e o socialismo, expressão aqui empregada em sentido amplo (SILVA, 2005, p. 162).

Ainda na perspectiva de análise histórica dos direitos fundamentais, para que deles se tenha uma adequada compreensão, é preciso fazer referência às gerações (ou dimensões), ou ainda, à “mutação histórica” por eles experimentada (SARLET, 2006, p. 54).

Por isso, chamam-se de *direitos de primeira geração* aqueles que são resultado direto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo perante o Estado. São direitos de defesa, que demarcam uma esfera de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia do indivíduo. São direitos negativos na medida em que pedem uma não ação do Estado, uma abstenção. Aí estão incluídos os direitos de liberdade, os direitos civis e os direitos políticos. Em uma expressão, são direitos de resistência ou oposição perante o Estado.

*Direitos de segunda geração* são os que foram reconhecidos a partir das doutrinas socialistas e dos movimentos ocorridos no século XIX, dos quais resultaram amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. Aqui se trata de direitos positivos, no sentido de que se busca uma ação concreta do Estado, e não sua passividade. Os direitos sociais são também a busca da liberdade por intermédio do Estado. Além dos direitos sociais, aqui estão incluídos os direitos culturais e econômicos.

Como *direitos de terceira geração*, apontam-se os direitos que se desprendem da figura do indivíduo, calcados na fraternidade e na solidariedade e inseridos como direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, à comunicação.

*Direitos de quarta geração* são entendidos como aqueles ligados à democracia, à informação e ao pluralismo. Uma representação adequada desta categoria é a de que os três primeiros formam a pirâmide da qual este é o ápice (BONAVIDES, 2005, p. 562-572).

Dentre suas características<sup>9</sup>, pode-se destacar sua *universalidade*, elemento pelo qual se torna possível afirmar que todas as pessoas são

---

<sup>9</sup> A esse respeito ver Paulo Gustavo Gonet Branco, in **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e COELHO Inocêncio Mártires (org.). Brasília: Brasília Jurídica, 2000, páginas 118-137.

titulares de direitos fundamentais e a qualidade de ser humano constitui condição suficiente para ser titular desses direitos. Essa universalidade, contudo, deve ser entendida em termos, já que alguns direitos fundamentais são dirigidos a grupos específicos e somente a eles dizem respeito (exemplo: os trabalhadores). Ao lado dela, o seu perfil *absoluto*, no sentido de se situarem esses direitos no patamar máximo de hierarquia jurídica e de não tolerarem restrição, afirmação que também merece reparos, posto que comum a todos os sistemas a ideia de que há restrições possíveis e necessárias aos direitos fundamentais, especialmente quando diante de outros valores constitucionais.

Outra de suas características é a *historicidade*, ou seja, a variação da sua compreensão conforme os momentos históricos, podendo-se afirmar que os direitos fundamentais são um conjunto de faculdades e instituições que somente fazem sentido num determinado contexto histórico, sendo a compreensão histórica fundamental para a compreensão de cada um deles.

Por fim, a *inalienabilidade ou indisponibilidade* também aparece neste rol, e está relacionada a qualquer ato de disposição que tenha por objeto a renúncia ao exercício do direito fundamental. Sua consequência prática é deixar claro que a preterição de um direito fundamental não estará sempre justificada pelo mero fato de o titular do direito nela consentir.

Além dessas, pode-se ainda apontar a *imprescritibilidade*, que impede sua corrosão pelo tempo; a *inviolabilidade*, que proclama sua preservação a todo e qualquer custo; a *efetividade*, ou seja, validade em todos os sentidos; e, por fim, sua *eficácia horizontal*, posto que tais direitos são passíveis de reclamação não só verticalmente (do particular para o Estado), mas também entre particulares.

No que toca a sua classificação, Gilmar Ferreira Mendes (2000, p. 139), ao tratar do assunto, após reconhecer que os direitos fundamentais desempenham funções múltiplas dentro do sistema jurídico e que disso decorrem as inúmeras dificuldades em classificá-los, apresenta a chamada “teoria dos quatro status de Georg Jellinek”, autor alemão de obra referente à Teoria Geral do Estado. Para este autor, são quatro as posições (*status*) em que o sujeito pode estar diante do Estado, das quais são extraídos deveres ou direitos: 1) *Status passivo*: decorre de uma posição de subordinação do indivíduo em relação aos poderes públicos, de modo que será ele detentor de deveres para com o Estado, que o vincula com mandamentos ou proibições;

2) **Status negativo**: considerando-se fundamental que os homens tenham um espaço de liberdade sem atuação do Estado, o poder do Estado é exercido “sobre homens livres”;  
3) **Status positivo**: em algumas situações o homem poderá exigir que o Estado atue positivamente, que realize uma prestação – assim, ao indivíduo é reconhecido o direito de que o Estado atue a seu favor; e 4) **Status ativo**: O indivíduo desfruta de competência para influir sobre a vontade do Estado (direito ao voto).

A partir dessa formulação, é possível apresentar a seguinte classificação dos direitos fundamentais, no caso, reduzida a três tipos.

**1) Direitos de defesa**: são aqueles que impõem ao Estado uma abstenção, um dever de não interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação do sujeito; limitam a atuação do Estado (incisos II, III, IV, XII, XIII, XV, todos do art. 5º, da CF/198) e se mostram como normas de competência negativa para os poderes públicos.

**2) Direitos a prestação**: se os direitos de defesa visam a assegurar o *status quo* do sujeito, os direitos a prestação exigem que o Estado aja para atenuar desigualdades e, com isso, estabelecer um novo molde para o futuro da sociedade. Estes direitos partem do pressuposto de que o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades. São direitos de promoção que surgem da vontade de estabelecer uma igualdade efetiva e solidária entre todos os membros da comunidade política e se realizam por meio do Estado (p. 143). Como se traduzem em ação positiva do Estado, existem peculiaridades especiais que se referem à densidade normativa, o que os distingue dos demais na medida em que seu modo de exercício e sua eficácia será diferenciada. Duas são as formas de prestação: 2.1) Direitos a prestação jurídica: existem direitos fundamentais que se esgotam com a edição de uma simples norma jurídica. Daí afirmar-se que “o objeto do Direito será a normação pelo Estado do bem jurídico protegido como direito fundamental” (p. 143). Poderão ser normas penais, que o Estado deve editar para coibir práticas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais, ou de procedimento, como é o caso daquelas que tratam do acesso à justiça. 2.2) Direitos a prestações materiais: são os chamados direitos a prestações em sentido estrito. Resultam da concepção social do Estado e são relacionadas a saúde, educação, maternidade, criança, adolescente, etc.

**3) Direitos de participação**: há quem não reconheça essa categoria como um terceiro tipo. Contudo, é preciso reconhecer que esses direitos

tratam de assuntos que, à primeira vista, pouco se identificam com os outros dois. Aqui, estão localizados os direitos políticos de votar e ser votado<sup>10</sup>.

Tão difícil quanto a busca de um fundamento para os direitos fundamentais é a busca de um conceito, pecando muitos deles pela exagerada abertura ou, ainda, por serem circulares, algo como “direitos fundamentais são aqueles definidos como tal” (MARTINS NETO, 2003, p. 78). Inegável que são direitos subjetivos, vez que se apresentam como prerrogativas ou possibilidades reconhecidas a alguém, e suscetíveis de imposição coativa. Além disso, são direitos subjetivos fundamentais, ou seja, marcados pela fundamentabilidade, em contraposição aos não fundamentais, e marcados, ainda, por uma série de características que inegavelmente não se afastam do entendimento de que os direitos fundamentais integram, em cada ordenamento jurídico positivo, um conjunto mais ou menos extenso de prerrogativas subjetivas comumente pensadas como “pressupostos jurídicos elementares da existência digna de um ser humano” (MARTINS NETO, 2003, p. 88).

## **2.2. Os Direitos Fundamentais na História Constitucional Brasileira: das Meras Declarações aos Mecanismos de Concretização.**

No caso do Brasil, o desenvolvimento dos direitos fundamentais não se deu de forma diversa do que ocorreu com as Constituições. Em um primeiro momento, surgiram as declarações típicas do liberalismo, refletidas diretamente nas duas primeiras Constituições (1824 e 1891). Às posteriores, agregaram-se os postulados do Estado Social e Constitucional de Direito, chegando-se hoje à mais extensa declaração de direitos já feita em um documento desse porte no País.

São 77 (setenta e sete) incisos previstos no art. 5º, com a ressalva de que não se trata de um rol exaustivo, já que no parágrafo 2º do mesmo artigo dá-se o reconhecimento explícito de outros que porventura existam ocultos e “decorrentes do regime e dos princípios” adotados pelo texto maior, que os divide da seguinte forma: I – Direitos individuais (art. 5º); II – Direitos coletivos (art. 5º); III –

---

<sup>10</sup> Importante frisar que Luigi Ferrajoli apresenta classificação diversa, que será objeto de análise no capítulo seguinte.

Direitos sociais (art. 6º e 193 e seguintes); IV – Direitos à nacionalidade (art. 12); e V – Direitos políticos (arts. 14 a 17) (SILVA, 2005, p. 184).

Ao lado deles, ainda como característica do constitucionalismo contemporâneo, constata-se a incorporação de uma série de mecanismos de concretização desses direitos, já que se chega à conclusão de que o problema destes tempos está “em como juridicizar o Estado Social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos” (BONAVIDES, 2005, p. 373).

Se a carência maior não é a declaração de direitos, mas sim a necessidade de sua concretização, de torná-los realidade, andou bem a Carta de 1988 ao prever uma série de mecanismos com essa finalidade, dentre eles a declaração de aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º), o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI) e a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º).

### **2.2.1. A Aplicabilidade Imediata dos Direitos e Garantias Fundamentais.**

No que se refere ao primeiro deles, a aplicabilidade imediata prevista no parágrafo 1º do art. 5º da Constituição da República, que objetiva determinar a eficácia máxima de norma que defina direitos e garantias fundamentais, tem inspiração em outros sistemas constitucionais, dentre eles o art. 1º, inciso III, da Lei Fundamental de Bonn de 1949, que dizia: “Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos diretamente aplicáveis, que vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário”.

Longe está o consenso a respeito da adequada compreensão desse dispositivo, que suscita várias polêmicas, a começar pela adequada definição de sua abrangência, ou seja, se é aplicável apenas ao art. 5º, ou a todo e qualquer direito fundamental previsto na Constituição, optando a maioria pela última posição, o que se conclui não só pela expressão utilizada (“direitos e garantias fundamentais”), mas também pelo recurso à interpretação sistemática utilizada quando

se trata da Constituição. Sustentar o contrário deixaria fora do âmbito de incidência da norma os direitos sociais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, o que não parece ter sido a intenção do legislador constituinte (SARLET, 2006, p 273).

Outra questão está relacionada ao significado e ao alcance dessa regra, entendimento que oscila entre os que sustentam não poder ela atentar contra a natureza das coisas, motivo pelo qual a eficácia só se dá na medida da lei e, de outro lado, os que sustentam que até mesmo as normas programáticas podem ensejar, por força dela, a fruição imediata do direito previsto.

Em meio às várias opiniões, um pensamento que ganha corpo é o de que um dos objetivos da norma foi justamente o de evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais, conclusão que não afasta as divergências a respeito do alcance do dispositivo, sustentando Ingo Wolfgang Sarlet que deve ser entendido como uma ordem de otimização (ou maximização) dos direitos fundamentais, ou seja, uma cláusula constitucional que estabelece aos órgãos estatais a tarefa de reconhecer a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (SARLET, 2006, p. 274).

Evidentemente que problemas existem em decorrência deste entendimento, mas não são maiores do que aqueles que sustentam a eficácia acima de qualquer impossibilidade que se apresente, já que alguns dos direitos colocados como direitos fundamentais são de difícil ou quase impossível implementação se analisados exclusivamente pela redação dada pela Constituição; também não há como se desconhecer que o grau de eficácia dependerá, ainda, “da forma de positivação, do objeto e da função que cada preceito desempenha” (SARLET, 2006, p. 284).

### **2.2.2. O Mandado de Injunção.**

Sob o aspecto processual, sem dúvida alguma, a grande novidade foi a criação de um instituto próprio para dar efetividade às normas constitucionais, no caso, o mandado de injunção, instituto previsto no inciso LXXI do art. 5º da CF, em que está dito que “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”.

Trata-se de um instrumento cujo objetivo é dar concretude às normas previstas na Constituição da República, não permitindo que o ali previsto permaneça sem a efetividade esperada. Surge para tratar do que é chamado pela doutrina de uma “dramática patologia nacional: o descrédito da Constituição causado pela inércia do legislador” (BARROSO, 2006, p. 244) e, apesar de ser um instituto existente em constituições de outros países (por exemplo, a antiga Iugoslávia e Portugal), sua inclusão no sistema jurídico brasileiro foi permeada de dúvidas e grandes discussões doutrinárias a respeito de seu conteúdo, significado e amplitude das decisões nele proferidas<sup>11</sup>.

Em relação aos efeitos da sua decisão, aspecto que traz toda uma linha de compreensão e que engloba os demais itens, duas correntes se fixaram: de um lado, os que sustentam ser a decisão lançada em mandado de injunção de natureza constitutiva, derivando daí a obrigação de que o juiz crie a norma regulamentadora para o caso concreto; de outro, os que sustentam ser a decisão de caráter mandamental, razão pela qual caberia ao Poder Judiciário apenas e tão somente dar ciência ao órgão omissor da mora existente, devendo ele adotar as providências necessárias para sua supressão (BARROSO, 2006, p. 124).

Em função disso, é da análise das decisões do Supremo Tribunal Federal que se podem extrair elementos para uma adequada compreensão desse instituto e de seu espaço de atuação dentro do sistema jurídico nacional. Nesse passo, merece atenção a decisão lançada na Questão de Ordem do Mandado de Injunção n. 107, julgado em 23 de novembro de 1989, em que ficou assentado, por unanimidade, que a norma constitucional que fez sua previsão era autoaplicável, não dependendo seu uso de regulamentação por parte do legislador ordinário. Quanto aos efeitos de sua decisão, determinou-se que seu objetivo era obter a declaração judicial de inconstitucionalidade pela omissão, desde que caracterizada a mora em regulamentar o

---

<sup>11</sup> Um resumo dessas discussões pode ser encontrado em MENDES; COELHO; BRANCO (2008, p. 1205).

direito reclamado, com a finalidade de que fosse dada ciência – ao responsável pela omissão – do atraso existente, à semelhança da inconstitucionalidade por omissão<sup>12</sup>.

Após esse primeiro pronunciamento, outro de grande importância foi o que ocorreu no julgamento do Mandado de Injunção n. 283, em 20 de março de 1991, em que o Supremo Tribunal Federal, além de declarar a mora do legislador no caso ali referido, concedeu prazo para a sanção presidencial, reconhecendo que, se vencido ele sem a promulgação, poderia o impetrante “obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrarem”<sup>13</sup>.

Foi a primeira vez que se deu prazo para a manifestação do legislador, rompendo com uma tradicional leitura do princípio da separação dos poderes que, até então, impedia qualquer medida mais rigorosa – e com consequências – por parte do poder judiciário, quer em relação ao legislativo, quer em relação ao executivo.

Depois disso, ainda os julgamentos nos mandados de injunção ns. 283 e 284, em que soluções semelhantes foram adotadas, até que se deu o julgamento de outros três mandados de injunção que revolucionaram definitivamente a forma de compreender o instituto na Suprema Corte brasileira. São os mandados de injunção ns. 670<sup>14</sup>, 708<sup>15</sup> e 712<sup>16</sup>, que trataram da regulamentação do direito de greve do servidor público, matéria prevista na Constituição Federal no art. 37, inciso VII, mas pendente de regulamentação desde 1988. Nesses casos, o Supremo Tribunal Federal, além de reconhecer a mora legislativa e a situação de violação de direitos daí decorrentes, fixou prazo para a edição de ato normativo e, em caso de sua não ocorrência, que outra legislação – ali indicada – fosse aplicada aos casos concretos.

---

<sup>12</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Brasília, S.T.F., 1957, volume 133, página 11.

<sup>13</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Injunção n. 232, julgado em 20 de março de 1991, relator Ministro Sepúlveda Pertence, publicado no Diário da Justiça da União de 14 de novembro de 1991.

<sup>14</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Injunção n. 670, julgado em 15 de maio de 2003, relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 31 de outubro de 2008.

<sup>15</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Injunção n. 708, julgado em 25 de outubro de 2007, relator Ministro Gilmar Mendes, publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 31 de outubro de 2008.

<sup>16</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Injunção n. 712, julgado em 25 de outubro de 2007, relator Ministro Eros Grau, publicado no Diário da Justiça da União de 31 de outubro de 2008.

### 2.2.3. A Inconstitucionalidade por Omissão.

Criação da década de setenta em alguns países, a inconstitucionalidade por omissão tem sua existência decorrente do parágrafo 2º do art. 103 da Constituição de 1988, que determina: “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”.

Aqui, a exemplo dos outros dois institutos analisados, a preocupação maior do legislador constituinte foi evitar que a inércia do legislador viesse a criar um espaço de violação da própria Constituição, que se manifestaria na ausência de eficácia da norma nela prevista. A diferença aqui fica por conta de ser medida judicial que se insere no mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade, o que leva à conclusão de que seu cabimento deverá estar ligado a uma omissão que viole a Constituição, ou seja, inconstitucional<sup>17</sup>.

Em relação a esse instituto, importante destacar que a discussão a seu respeito se dá no mesmo sentido do mandado de injunção, vale dizer, em relação à decisão e seu alcance. Em sua maioria, tais decisões se mantêm na linha da impossibilidade de ir além da ciência do legislador em mora para que adote as providências sob sua responsabilidade, sem previsão de qualquer consequência<sup>18</sup>.

Exceção a essa regra foi o julgamento ocorrido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3682, julgada em 09 de maio de 2007, cuja decisão foi publicada no Diário da Justiça da União de 06 de setembro de 2007. Nele, após reconhecer a existência de inércia do legislador no caso em exame, determinou-se que, em um prazo de dezoito meses, fossem adotadas todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do comando constitucional ali examinado.

---

<sup>17</sup> Esclarece Luis Roberto Barroso: “Como regra geral, o legislador tem a faculdade discricionária de legislar, e não um dever jurídico de fazê-lo. Todavia, há casos em que a Constituição impõe ao órgão legislativo uma atuação positiva, mediante a edição de norma necessária à efetivação de um mandamento constitucional” (2006, p. 223).

<sup>18</sup> “A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 1.439-MC, Rel. Min. Celso de Mello, publicada no DJ 30/05/03).

Através da Lei n. 12.063, de 27 de outubro de 2009, houve a inclusão de dispositivos na Lei 9868/99, interessando no momento o artigo 12-H, onde está dito que, em caso de declaração de inconstitucionalidade por omissão, o primeiro passo ser a ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias, repetindo no parágrafo 1º o afirmado pela Constituição: “Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido”.

Trata-se de dispositivo que reedita o colocado no parágrafo 2º, do art. 103 da Constituição da República, deixando ainda aberta a possibilidade para que o Supremo Tribunal Federal mantenha a construção que vem sendo feito ao longo dos anos, as quais têm condições de contribuir legitimamente para uma diminuição dos espaços legislativos que impedem o exercício de muitos dos direitos e garantias constitucionais.

### **Considerações Finais**

O exame da Constituição de 1988, e sua comparação com os textos anteriores, evidencia que o Brasil está submetido a um Estado Democrático de Direito, operando-se uma completa superação do Estado Legislativo de Direito. E esse documento é o marco da mudança, vez que promove os direitos fundamentais a fundamento maior da estrutura política e jurídica nacional e, ainda, estabelece mecanismos de concretização.

Contudo, e ao contrário das expectativas geradas logo após a adoção desse texto, o que se percebe é que, até hoje, tais instrumentos ainda não se mostraram eficazes para a plena concretização das “promessas” constitucionais.

Falta ao Brasil um verdadeiro Estado Democrático de Direito, o que se evidencia pela constatação de que, ao fim e ao cabo, o tratamento

jurisprudencial que foi (e é) dado aos “novos” institutos transformadores da promessa constitucional em realidade, foram redutores de seus efeitos.

Raras foram as ocasiões em que o Poder Judiciário emprestou efeitos concretos às decisões que evidenciavam a omissão do legislador constituinte. Assim foi durante anos com o mandado de injunção e com a interpretação da cláusula da aplicabilidade imediata, transcorrendo quase um quarto de século até se dar efeitos concretos a normas constitucionais diante de indesculpáveis atrasos na conformação legislativa dos direitos fundamentais.

E é justamente por isso que é preciso repensar os caminhos da implementação do Estado Democrático de Direito no Brasil. Quiça abandonando as esperanças que tal ocorra via Poder Judiciário para depositá-las no Poder Legislativo, inegavelmente o espaço mais democrático em uma República.

Afinal, as modificações operadas na estrutura democrática – com a inserção das limitações materiais – retiraram dos legisladores a possibilidade de se submeterem apenas a vínculos formais. Agora, submetidos também a vínculos de conteúdo, duas as possibilidades de atuação: 1) a inércia ou, 2) o desenho legislativo para implementar direitos, já que a retirada é inviável em um quadro de respeito a ordem constitucional.

Desafortunadamente, até agora a primeira hipótese foi a mais adotada, restando como alternativa a pressão popular para que a segunda ocorra. Não se desconhece a dificuldade do caminho, mas talvez seja ele a única alternativa, já que inviáveis os atalhos para alcançar o objetivo maior do Estado brasileiro: ser democrático.

### **Referências:**

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed, São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de COUTINHO Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 4ª ed. Brasília: OAB Editora, 2002.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 107.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**. 2ª ed. Campinas: Millennium Editora, 2006.

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

FAGUNDES, M. Seabra. **A legitimidade do poder político na experiência brasileira**. Recife: Publicação da Ordem dos Advogados do Brasil, seção de Pernambuco, 1982.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais, conceito, funções e tipos**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

MELO FRANCO, Afonso Arinos de. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org.). Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 114.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV – Direitos Fundamentais. 3ª ed., revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 42.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. BASTOS Aurélio Wander (org.). 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª edição, revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6<sup>a</sup> ed., revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

## **A ESTRITA LEGALIDADE COMO LIMITADOR DEMOCRÁTICO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL**

Resumo:

A implantação de um Estado Democrático de Direito no Brasil, o que se dá de forma clara com a edição da Constituição de 1988, promove significativas alterações na atividade jurisdicional. Resultado de um movimento maior, que tem suas origens na discussão a respeito da possível superação do positivismo jurídico e na ascensão das Constituições a documento que gera vinculações formais e substanciais, provoca um considerável aumento pela solução judicial dos conflitos e das insuficiências materiais, especialmente aquelas relacionadas a direitos sociais. Além disso, assiste-se a um protagonismo judicial nunca visto antes, do que decorre um forte debate a respeito dos limites da atuação do Juiz, ou seja, se está legitimado para tanto e, ainda, se esta atuação é democrática e atende aos demais princípios constitucionais. Neste cenário é que surge a necessidade de estudo da Teoria Geral do Garantismo de Luigi Ferrajoli, formulação que se opõe de modo veemente ao autoritarismo na política e ao decisionismo no Direito, propondo, em relação a este último, o resgate do princípio da legalidade.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Atividade Jurisdicional. Positivismo Jurídico. Constituição. Garantismo. Estrita Legalidade. Princípio da Legalidade.

### **Introdução**

Dentre as várias transformações ocorridas com o advento da Constituição de 1988, uma das mais significativas é a que se deu nas questões afetas à atividade jurisdicional. A partir do reconhecimento de uma série de direitos em seu texto, o que assiste é o ajuizamento de inúmeras novas ações que tratam de direitos sociais, fato até então incomum, já que a compreensão dominante era de que tais questões dependiam exclusivamente de políticas públicas a cargo dos membros dos Poderes Executivos nas três esferas (federal, estadual e municipal), vedada, então, a intervenção do Poder Judiciário. Contudo, e impulsionados por este fato, os juízes, em lugar de resistir, aceitam com total falta de inibição o papel de protagonistas na

realização dos direitos sociais (e que envolvem basicamente direitos fundamentais), atuação que também foi aceita externamente sem maiores questionamentos.

E é justamente daí que surge o debate sobre os limites da atuação jurisdicional, já que para alguns o poder de escolha do administrador público e do legislador não pode ser invadido pela atuação do Poder Judiciário. Para eles, tal quadro leva a um rompimento do princípio da separação de poderes, causando a substituição de um governo ou de um legislador democraticamente eleito, pela vontade de um agente político não legitimado para tanto. Já para outros, tal se mostra normal e aceitável em um Estado Democrático de Direito, cuja característica principal é a submissão de todos aos comandos colocados na Constituição, documento que – em tempos atuais – tem a pretensão de dirigir todos os setores da vida em sociedade.

Outra questão importante que resulta dessa oposição de ideias a respeito dos limites da atuação dos Juízes está ligada a segurança jurídica, a qual – se adotada a tese que admite a inexistência de limites quando se trata da realização de direitos constitucionalmente assegurados – restaria comprometida ante a ausência de soluções uniformes para problemas comuns.

Assim, incorporando essa discussão como pano de fundo, a pretensão aqui é identificar os elementos que compõe esse debate, clarificar o espaço de atuação do Poder Judiciário e os seus fundamentos, reconhecendo as transformações ocorridas no sistema jurídico-constitucional nos últimos anos, para após propor uma solução para o impasse atual: a utilização da estrita legalidade proposta por Luigi Ferrajoli em sua “Teoria Geral do Garantismo”, resgatando o princípio da legalidade, agora limitado pela dupla artificialidade do sistema jurídico, ou seja, tanto formal, quanto materialmente.

Para enfrentar esse tema, de início será necessário analisar as transformações ocorridas na forma de compreender e de entender o Direito. Da compreensão metafísica do Direito Natural, passando pela sedimentação do Direito Positivo e a criação de um mundo artificial de legalidade, chegando à discussão a respeito de sua superação e o surgimento de um novo paradigma, o Constitucional.

Depois, serão analisadas as transformações ocorridas no Estado de Direito a partir do possível esgotamento do Positivismo Jurídico entendido em sua versão liberal. A abordagem ocorrerá pelo reconhecimento de que a inserção de

um patamar de vinculação substancial às normas jurídicas, ao lado da vinculação formal, também impôs transformações radicais na forma de manifestação do poder estatal, em especial naquelas oriundas do Poder Judiciário.

Por último, será o momento de investigar o Garantismo Jurídico e suas possibilidades, propondo-se, como já dito, o resgate de um dos seus principais aspectos como forma de solução desse delicado problema, defendendo a conformação dos direitos sociais, assim como ocorre, por exemplo, com os direitos de liberdade.

## **1. As Concepções de Direito e a Influência do Constitucionalismo.**

Uma das questões centrais no debate jurídico atual, é o reconhecimento de que a edição de uma Constituição com as características daquela editada em 1988, não é um evento isolado. Faz parte de um movimento maior chamado de “constitucionalismo”<sup>19</sup> (ou neoconstitucionalismo), cuja compreensão também pode ser feita sob a ótica da filosofia e da teoria do direito.

Na linha do que diz Figueroa:

*la constitucionalización del pensamiento jurídico ha dado lugar al ‘constitucionalismo’. Se ha denominado genéricamente constitucionalismo (y más precisamente neoconstitucionalismo con el fin de acentuar el nuevo carácter que há adquirido en la actualidad) a la teoría o conjunto de teorías que han proporcionado una cobertura iusteórica conceptual y-o normativa a la constitucionalización del Derecho en términos normalmente no positivistas (FIGUEROA, 2002, p. 164).*

---

<sup>19</sup> Na linha do que diz Figueroa: “la constitucionalización del pensamiento jurídico ha dado lugar al ‘constitucionalismo’. Se ha denominado genéricamente constitucionalismo (y más precisamente neoconstitucionalismo con el fin de acentuar el nuevo carácter que há adquirido en la actualidad) a la teoría o conjunto de teorías que han proporcionado una cobertura iusteórica conceptual y-o normativa a la constitucionalización del Derecho en términos normalmente no positivistas” (FIGUEROA, 2002, p. 164).

Assim, constata-se que há um conjunto de mudanças em andamento, as quais exigem novas formulações e explicações teóricas para que se dê sua exata compreensão. O Direito, como produto da realidade social, é dinâmico e, desta forma, exige igual dinamismo daqueles que se dedicam ao seu estudo. Mas, se por um lado há a necessidade constante de olhar no entorno e procurar compreender o que ocorre para melhor estruturar um sistema jurídico, dando-lhe aptidão para atender a demanda de justiça, não há como deixar de lado o estudo dos institutos desde o seu surgimento.

É preciso então reconstruir as bases do pensamento jurídico atual e compreender de modo adequado como se deu o surgimento do monopólio da produção do Direito, elemento fundamental para a sedimentação do Positivismo Jurídico em substituição ao Direito Natural e, mais tarde, surgimento das Constituições e das concepções em torno delas.

### **1.1. O Direito Natural.**

Uma das marcas fundamentais e definidoras do Direito Natural – desde o seu surgimento – é que ele sempre manteve presente a ideia de que lei injusta não é lei. É o que se percebe com Sócrates, Platão, Aristóteles, Sófocles, e depois do advento do cristianismo, com Cícero, Santo Agostinho e São Tomas de Aquino<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Como se trata de uma resposta filosófica é preciso destacar que o direito natural não surgiu antes da chamada “percepção filosófica”, daí ser possível afirmar que ele (o direito natural) é tão antigo quanto o pensamento ocidental. Sua presença já era sentida na Grécia do final do Século VII a.c., entre os filósofos chamados de pré-socráticos. Em Heráclito, encontra-se a proposição de que existe uma lei que rege o mundo e o coloca em ordem, e não desordem e, no século V a.c. – período chamado de “humanista” – é Sócrates (470-399 a.c.) quem afirma que, acima dos homens, existe um mundo de valores objetivos, entre eles a justiça (FERNÁNDEZ-GALIANO, 1977, p. 191). Anos mais tarde, apresenta-se o período clássico, com Platão (427-347 a.c.) e Aristóteles (384-322 a.c.), e o refinamento dessas ideias, com o pensamento de que existe uma ordem natural que independe do mundo real, dos fatos e das ações humanas. Contemporâneo a estes últimos, aparece também Sófocles (495-406 a.c.) e sua peça “Antígona”. Nela se dá a conhecida passagem em que a protagonista, em um diálogo com o soberano (Creonte) – após confessar que havia desobedecido a uma das suas ordens – faz uma crítica ao direito estatal com a invocação do direito natural. Em todos eles a compreensão de que, além da existência de um conjunto de direitos em uma ordem natural (que se apresenta imutável ao homem), a aceitação de que este direito natural deva ser a base para a validade do direito posto pelo soberano. Tais ideias evidentemente influenciaram o período subsequente, o que pode ser percebido já com os escritos

Depois, mais à frente, surge o chamado “jusnaturalismo racionalista”, onde se dá o abandono de uma concepção puramente teológica, assumindo a ideia de que o Direito Natural deve ser compreendido como algo que decorre de uma ordem de valores conhecíveis através da razão e, ainda, como um espaço de crítica do direito estatal, privilegiando mais uma vez a ideia de que “*lex injusta non est lex*”.

Hugo Grócio, filósofo e jurista holandês que viveu entre 1583 e 1645, apontado por muitos como o autor que inaugura o Direito Natural racionalista, afirmou que, mesmo que Deus não exista, haverá um Direito Natural fundado em um sistema ético independente da vontade de Deus revelada nas sagradas escrituras. Para ele, isso poderia dar-se mediante a observação do mundo, da natureza das coisas e do homem, de modo a que qualquer pessoa poderia deduzir os princípios de Direito Natural dispensando uma visão religiosa do mundo. Essa concepção foi acompanhada por diversos autores daquele período (Samuel Puffendorf, Cristiano Tomasio e Cristiano Wolf), o que fez com que tais ideias chegassem aos séculos XVII e XVIII com vigor suficiente para embalar as revoluções que viriam a ocorrer e, novamente, mudar os rumos da história ocidental, assim como ocorrera com o cristianismo<sup>21</sup>.

## **1.2. O Direito Positivo.**

É em meados do Século XIX que surge essa nova concepção de Direito que, além de pretender afastar todo e qualquer aporte metafísico de sua essência, se coloca como manifestação da soberania estatal em face do exercício do monopólio de sua produção. Por trás de tudo, a ideia do contrato social defendida por

---

de Cícero (106-43 a.c.), em Roma, especialmente com duas afirmações feitas por ele: 1) o Direito tem sua base e fundamento na natureza, nascendo dela; 2) esse fato faz com que essa lei natural tenha precedência – em todos os aspectos – sobre as normas humanas (FERNÁNDEZ-GALIANO, 1977, p. 218).

<sup>21</sup> Apesar da hegemonia posterior, não se pode negar que houve alguma dificuldade na sedimentação do Positivismo Jurídico, já que as teses que apregoavam o Direito Natural em verdade nunca foram totalmente superadas, tanto que é comum falar-se no “eterno retorno do direito natural”<sup>21</sup>, o que surge com autores Gustav Radbruch, Lon Fuller e John Finnis.

autores como John Locke (1632-1704) e Jean Jacques Rousseau (1712-1778), que sustentam ser o Estado e suas instituições o resultado da vontade dos homens, de forma que Estado e Direito não existem por obra de Deus ou dos costumes, mas sim como produto de seres racionais que atuam guiados por seus interesses.

Seu desenvolvimento e processo de hegemonia abrangeram três momentos bem definidos e localizados: a “Escola Histórica do Direito” na Alemanha, que afirmou ser o direito um fenômeno histórico e produto do “espírito do povo”; a “Escola da Exegese”, surgida na França e que apregoou a identificação do direito com a lei (melhor seria falar em redução) e, por fim, a “Jurisprudência Analítica” na Inglaterra, que afirmou ser o Direito determinações emanadas pelos soberanos em relação aos súditos, sempre respaldadas pela coação<sup>22</sup>.

Passado esse momento inicial, no início do Século XX surgiu Hans Kelsen e a “Teoria Pura do Direito”, o que deu significativa contribuição à compreensão do Juspositivismo. Sustenta ele que o sistema jurídico é do tipo dinâmico, onde as normas tem sua validade determinada pelas sucessivas delegações de poder,

---

<sup>22</sup> Em relação ao primeiro (Escola Histórica do Direito), apresentou-se ele como uma concepção de direito surgida nos séculos XVIII e XIX, auge do romantismo; fornece os principais elementos de crítica ao direito natural, o que se dá a partir da primeira obra que pode efetivamente ser considerada como expressão dessa corrente. Escrita por Gustavo Hugo, em 1798, com o título de “Tratado do direito natural como filosofia do direito positivo”, afirma que o direito natural não é mais entendido como um sistema normativo autossuficiente, como um conjunto de regras distinto e separado do sistema do direito positivo, “mas sim como um conjunto de considerações filosóficas sobre o próprio direito positivo” (BOBBIO, 2006, p. 46). O segundo deles, a Escola da Exegese, foi um movimento surgido na França e sustentava a redução do direito à lei, podendo-se afirmar que, “vitoriosa a revolução francesa, a Burguesia, depois de ascender defendendo o direito natural, foi estrangida a abandoná-lo, para consolidar seu poder. O caráter ‘descobridor’, revolucionário, deste, foi substituído pelo signo da lei, em particular do Código Civil de 1804...” (AZEVEDO, 1999, p. 13). E é justamente pela codificação que se dá a troca do jusnaturalismo racionalista para o positivismo jurídico em sua compreensão mais radical, vez que “identifica o direito com a lei e confia aos tribunais a missão de estabelecer os fatos dos quais decorrerão as consequências jurídicas, em conformidade com o sistema de direito em vigor” (PERELMAN, 1999, p. 32). Por último, o terceiro dos movimentos, a chamada “Jurisprudência Analítica”. Com origem na Inglaterra do século XIX, foi criada por John Austin (1790-1859), aluno de Jeremy Bentham, de quem tomou a concepção de que o Direito é um conjunto de mandatos emanados dos soberanos aos súditos, respaldados pela coação (ATIENZA, 2007, p. 274). Trata-se este último (Jeremy Bentham, 1748-1832) de um autor britânico que influenciou vários países com sua codificação do direito, mas não conseguiu a adoção de suas ideias em seu país de origem, a Inglaterra. Iluminista e utilitarista, defendeu a codificação do direito britânico e sua sistematização, com o objetivo de clarificação e limitação dos poderes dos juízes. Para ele, só o direito positivo poderia ser direito; daí negar a existência do direito natural e, por consequência lógica, a existência de direitos anteriores ao Estado. É o que se extrai de sua produção científica (“A Fragment on Government”, de 1776), que, por ter sido uma das primeiras teorizações sobre o direito positivo e a compreensão de que direito é o direito posto, constitui-se em “antagonista coerente das teorias dos direitos naturais e das abstrações metafísicas relativas à ideia de justiça” (PALOMBELLA, 2005, p. 121).

livrando-as da contaminação dos fatos ao afirmar que de algo que é não poderá decorrer algo que deve ser e, de algo que deve ser, não poderá decorrer algo que é<sup>23</sup>.

Daí que a validade de uma norma não pode decorrer simplesmente do fato de ter emanado de um agente. Há necessidade de que este agente tenha competência conferida por uma norma para que sua validade esteja presente, a qual vincula o agente e o indivíduo que está obrigado a cumpri-la.

Outro ponto fundamental da Teoria Pura do Direito de Kelsen, e que interessa aqui, é a concepção do sistema em sua forma de pirâmide e a noção de hierarquia das fontes do Direito, o que contribuiu decisivamente para que, sob o ponto de vista científico, o raciocínio jurídico fosse organizado<sup>24</sup>.

Depois dele, outro autor de grande importância foi Herbert Hart. Foi ele quem, além de oferecer forte contribuição a respeito do conceito de Direito, foi decisivo para consolidar o Positivismo Jurídico ao promover sua desvinculação da coatividade, até então tida como inerente a ele.

A seu ver, as normas – além de não possuírem a coatividade como elemento identificador – dividem-se em dois tipos: normas primárias, que são as que prescrevem determinados comportamentos e normas secundárias, que poderão ser de reconhecimento, de mudança e de adjudicação.

Para ele, comparados os diversos tipos de leis encontrados em qualquer sistema jurídico moderno, percebe-se a insuficiência da compreensão do

---

<sup>23</sup> Segundo KELSEN, os ordenamentos normativos poderiam ser divididos em dois tipos: 1) os estáticos, em que as normas estão relacionadas umas às outras como as proposições de um sistema dedutivo, eis que derivam umas das outras, partindo de uma ou mais normas originárias de caráter geral – e 2) os dinâmicos, em que “as normas que os compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder, isto é, não através da autoridade que os colocou” (BOBBIO, 1994, p. 71-72). Para ele o ordenamento jurídico é do tipo deste último já que “o enquadramento das normas é julgado com base num critério meramente formal, isto é, independentemente de seu conteúdo” (BOBBIO, 1994, p. 73).

<sup>24</sup> Os pressupostos da teoria pura do direito podem ser sistematizados da seguinte forma: 1) é uma ciência em que o único objeto é o direito positivo, ignorando tudo o que não corresponda a sua definição; 2) o direito é só o direito positivo (teoria pura do direito positivo); 3) o objeto do estudo do direito deve ser apenas o “dever ser jurídico”, e não a finalidade ou o conteúdo da norma (aspectos metafísicos); 4) a norma jurídica é um juízo lógico-hipotético que une um suporte fáctico a uma consequência jurídica; 5) o direito é um sistema coativo de normas escalonadas hierarquicamente, de modo que cada norma terá sua validade determinada pela norma anterior e superior, até chegar à chamada “norma hipotética fundamental”; e, por fim, 6) ao contrário daqueles que dizem que as normas jurídicas decorrem da vontade do Estado, Kelsen aponta que Estado e Direito são uma coisa só (LUÑO, 2009, p. 85).

Direito como ordens coercitivas. Após afirmar que “nem todas as leis ordenam que se façam ou se deixem de fazer determinadas coisas”, aponta:

Há ramos importantes do Direito aos quais essa analogia com as ordens apoiadas em ameaças deixa de se aplicar, já que desempenham uma função social totalmente diferente. As normas jurídicas que definem as formas de se fazer ou celebrar contratos, testamentos ou matrimônios válidos não exigem que as pessoas ajam desta ou daquela maneira independentemente de sua vontade. Essas leis não impõem deveres ou obrigações (HART, 2009, p. 37).

Além disso, o modelo de Direito desenhado – no caso, pelo Positivismo clássico de Austin –, que sustenta a ameaça como seu traço distintivo, merece de Hart objeções em três pontos fundamentais, que dizem respeito: 1) ao conteúdo da lei, já que – como acima demonstrado – algumas normas possuem conteúdos que não se mostram semelhantes ao modelo das normas com ameaças de sanção pelo descumprimento; 2) ao âmbito de aplicação, já que, se o Direito é determinado pela existência da ameaça, resta sem explicação o caráter auto-obrigatório da lei que incide inclusive em relação àqueles que detêm o poder de sancionador (HART, 2009, p. 57); e, por fim, 3) à sua origem, já que existem os costumes (o Direito consuetudinário), aos quais se reconhece juridicidade.

O terceiro e último autor de grande importância foi Norberto Bobbio, que identificou as três formas pelas quais o Positivismo Jurídico se apresentou desde o seu surgimento. Para ele há um Positivismo como abordagem ou modo de se aproximar do direito, um Positivismo como teoria, onde o fenômeno jurídico se identifica com a formação de um poder soberano como capacidade para exercer a coação (O Estado) e, por fim, um Positivismo como ideologia, que é de onde resulta o fetichismo em relação à lei, que é onde se identificam seus adoradores, qualquer que seja ela<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Norberto Bobbio é considerado um dos pioneiros no enfrentamento do positivismo jurídico intencionando a identificação de seus fundamentos. Fez isso em um trabalho publicado em 1961 sob a forma de artigo depois incorporado (em 1965) ao livro “El problema del positivismo jurídico” (BOBBIO, 1992). Nele, Bobbio afirma que o “positivismo jurídico”, apesar de ter sido apresentado historicamente como uma única doutrina, tem-se expressado ao largo de sua história sob três formas básicas, sem que entre elas haja uma necessária conexão conceitual, de modo que ser positivista em uma dessas concepções não implica necessariamente sê-lo em outra.

São três formas independentes entre si (ser positivista em um dos sentidos não importa em sê-lo no outro) e a de maior aceitação é a primeira, que fala do Positivismo Jurídico como enfoque ou modo de aproximação do Direito, até porque é onde as divergências com o Direito Natural ficam mais evidentes e, ainda, onde suas teses centrais podem ser apresentadas em apenas duas: a tese das fontes sociais do direito e a tese da separação entre direito e moral.

Daí um aspecto interessante que merece relevo: em tempos de constitucionalismo forte e com normas que inegavelmente traduzem valores morais, surge uma enorme dificuldade em compatibilizar este quadro com uma concepção de Direito proposta pelo Juspositivismo onde, uma de suas principais teses, é justamente a separação entre direito e moral<sup>26</sup>.

### **1.3. A Superação do Positivismo Jurídico e a Emergência do Paradigma Constitucional.**

E foi justamente a partir da discussão a respeito da separação, ou não, entre Direito e moral, que surgiu o debate a respeito da possível superação do Positivismo Jurídico e o surgimento de uma nova forma de compreender o Direito (um novo paradigma): o constitucional.

A respeito disso, é preciso dizer que não se desconhece a existência de formulações que procuram fugir da polarização gerada pela incorporação e inclusão de valores morais nos textos constitucionais com a intensidade que ocorreu a partir da segunda metade do século passado. Uma dessas foi apresentada por Herbert Hart e a sustentação de que existe um positivismo brando ou includente, com um

---

<sup>26</sup> Em relação a esse tópico, não se pode negar que, mesmo com a adoção de um “positivismo brando ou includente” (Hart e seus “conteúdos mínimos de direito natural”), as bases juspositivistas sofreram forte abalo com a apresentação das teses de Ronald Dworkin, professor britânico que polarizou com Herbert Hart um dos debates mais intensos e produtivos do direito nos últimos anos. Entre seus trabalhos, o livro de maior influência – que interessa diretamente aqui – é “Levando os direitos a sério”. Nele o autor expõe o que chamou de “uma teoria liberal do direito”. É um trabalho marcado pela crítica à teoria por ele chamada de “teoria dominante do direito”, parte dela dominada pelo positivismo jurídico, em que Dworkin reconhece a teoria defendida por H. L. A. Hart como a mais influente de todas as teorias (DWORKIN, 2007, p. XI).

conteúdo mínimo de direito natural em cada sistema normativo. Evidente a contribuição de tais teses, mas não há como desconhecer que o protagonismo social, político e principalmente o jurídico, provocaram abalos na forma de compreender o Direito, o que pode ser facilmente verificado nos conflitos de princípios constitucionais, vale dizer, em conflitos de valores inseridos nas Constituições.

Afinal, a consolidação do Positivismo Jurídico não o deixou livre das transformações políticas e sociais que afetaram o mundo moderno e contemporâneo. Assim foi quando da transformação do Estado Liberal em Estado Social e, mais recentemente, na passagem do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito. Nesse momento, aliás, é que se dá o questionamento principal: o Positivismo Jurídico está superado?

No que se refere a teoria do direito, há respostas contundentes em sentido positivo, e isto por um motivo principal: as teses que sustentam o positivismo jurídico já não cabem mais dentro do constitucionalismo, havendo a necessidade de sua reformulação, especialmente para que se dê conta das normas de conteúdo moral que foram inseridas nas Constituições do século XX.

Assim pensam Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero. Em um texto intitulado “*Dejemos atrás el positivismo jurídico*”, esses autores não contestam a veracidade das duas teses principais do positivismo (fonte social do direito e separação do direito com a moral), mas afirmam sua debilidade, o que ocorre em dois planos: 1) são irrelevantes; e, 2) constituem um obstáculo “que impide el desarrollo de una teoría y una dogmática del Derecho adecuadas a las condiciones del Estado Constitucional” (ATIENZA; MANERO, p. 21).

Quanto ao primeiro plano, o da irrelevância, recordam eles que muitos autores Jusnaturalistas estão de acordo com a tese das fontes sociais do Direito, compreendida como realidade histórica mutável, dos quais Radbruch, Fuller e Finnis são exemplos, o que faz desaparecer a diferença entre os dois grupos e torna semelhantes seus enfoques. O mesmo ocorre com a tese da separação entre direito e moral, especialmente se for considerado o ponto de vista dos positivistas com a concepção de Juspositivismo brando ou inclusivo em que se sustenta a existência de um mínimo de Direito Natural nos ordenamentos positivados (ATIENZA; MANERO, p. 21).

Quanto ao segundo plano – o do obstáculo, ressaltam Atienza e Manero que o problema do Juspositivismo não está tão somente nas teses que o definem, mas também em certas concepções que o acompanharam e que dizem respeito “a la concepción descriptivista de la teoría del Derecho y a la concepción de las normas jurídicas como directivas de conducta que resultan de otros tantos actos de prescribir” (ATIENZA; MANERO, p. 21), as quais foram defendidas por autores como Kelsen, Ross ou Hart.

Nesses dois pontos existe um elemento comum: a compreensão de que a teoria do direito é orientada a uma descrição livre de avaliações do seu objeto. Isso gerou uma incomunicabilidade com o discurso prático em geral e um afastamento daqueles que não eram os cultores dessa teoria do direito, de modo que, se nada podia ser dito ou recomendado em relação ao seu bom desenvolvimento e funcionamento, seria natural um desinteresse daqueles teóricos que não eram seus cultivadores.

Nas palavras de Manoel Atienza e Juan Ruis Manero:

*“no podía interesar a los filósofos de la moral o la política y en cuanto a los dogmáticos, un aparato conceptual que se ve a sí mismo como orientado exclusivamente a la descripción del sistema jurídico ha de verse, necesariamente, como de interés limitado por quien trata, fundamentalmente, de suministrar criterios para la mejor aplicación y desarrollo de ese mismo sistema jurídico”* (ATIENZA; MANERO, p. 22).

E concluem: o Juspositivismo, ao ver as normas como diretivas de conduta, meramente descritivas, e ao dar ênfase a seu elemento de autoridade em detrimento do seu aspecto valorativo, ficou inabilitado para dar conta dos problemas atuais. Sua visão do Direito é como o de um sistema, e não como prática social complexa, característica principal dos ordenamentos atuais em que a Constituição ocupa todos os espaços de regulação normativa (ATIENZA; MANERO, p. 26).

Ora, como se vê, de uma concepção de direito que se sustentava inteiramente na ordem metafísica, chega-se a outra calcada em elementos firmados na realidade, em bases postas pela ação humana exclusiva e totalmente conhecível através de ordenamentos jurídicos organizados.

Denunciado seu esgotamento e estabelecido o debate sobre sua superação, pode-se identificar que a inclusão da moral entre os seus elementos – necessários ou não – acabou por gerar um abalo no Positivismo clássico determinando, ainda, a redefinição dos espaços de poder no Estado, donde surge a necessidade de reexaminar suas bases.

## **2. O Neoconstitucionalismo: Conceito, Estrutura e Conexões com a Racionalização do Direito.**

Junto com as transformações ocorridas na forma de compreender o Direito, e que deságuam na defesa da emergência de um novo paradigma (o constitucional) em substituição ao Positivismo Jurídico, é preciso examinar o processo de criação e sedimentação de um novo constitucionalismo, vale dizer, de uma nova forma de ver e compreender a Constituição, elemento central quando se fala em organização e sistematização do poder. Para tanto, é preciso examinar os conceitos fundamentais da grande estrutura que está por trás desse documento: o Estado de Direito.

### **2.1. O Estado de Direito.**

De início é preciso fixar que a concepção de “Estado de Direito” que se utilizará aqui é aquela apresentada por Luigi Ferrajoli e atribuída a Norberto Bobbio, que se refere a duas situações: governo *sub lege*, ou submetido a leis, e governo *per lege*, ou exercido mediante leis gerais e abstratas (1995, p. 856).

Sua exata compreensão passa pelo reconhecimento de que seu ponto fundamental reside no poder, elemento que une as duas expressões, base de sua origem, o que se evidencia ao se examinar o poder político. Se para os adeptos do direito natural o elemento central do direito era a justiça, para os Juspositivistas será a

coação, manifestação do poder estatal, resultado de sua soberania e decorrente do pacto social<sup>27</sup>.

Afinal, se os homens – ao reconhecer que no estado de natureza a vida organizada é impossível (*homo hominis lupus*) – abrem mão de sua autonomia para reconhecer um estado de sociedade civil com limitações, só a coação basta para justificar o poder do Estado, organizado sob a forma de “Estado de Direito”. Assim, “Estado” e “Direito” se tornam inseparáveis com ênfase especial para a importância que assume o império da lei, já que para que ocorra o Estado de Direito, fundamental será que o poder esteja submetido ao Direito, o que somente poderá ocorrer se houver um Estado onde esse mesmo poder esteja regulado e controlado por lei.

Vários foram os filósofos que, ainda que por caminhos diferentes, optaram por uma explicação do pacto social e da passagem do estado de natureza para o estado civil com a transformação dos direitos naturais (vida, liberdade, etc.) em direitos civis, a partir do reconhecimento de que o Direito é inseparável do Estado<sup>28</sup>. E é justamente daí que resulta o “Estado de Direito” como categoria própria, onde “Direito” e “Estado” se apresentam como dois aspectos da mesma realidade: se, por um lado, o Direito se mostra como direito estatal (Direito do Estado), por outro, o Estado também se apresenta a partir do Direito, já que seu poder só será legítimo se submetido ao Direito (ATIENZA, 2007, p. 127).

Dessa forma, pode-se definir o Estado de Direito como o Estado de Direito racional, isto é, o Estado que realiza os princípios da razão em e para a vida em comum dos homens, e apresenta como características principais: 1) a renúncia a toda e qualquer ideia de um objetivo pessoal do Estado, já que seu objetivo é o

---

<sup>27</sup> Isso, porém, não significa afirmar que os jusnaturalistas não entendessem a coatividade como elemento característico do Direito, apenas não lhe conferiam o mesmo peso. Consideravam a justiça como elemento central do Direito, característica minimizada pelos juspositivistas clássicos que, como já visto, o compreendiam mais como coação e menos como o que é (ou deveria ser) o justo. Mas, apesar dessa diferença entre o caráter valorativo e o caráter de autoridade, em um ponto concordavam: tanto para uns como para outros, a coação (o poder) tinha papel instrumental de grande importância na realização dos fins do Direito (ATIENZA, 2007, p. 116).

<sup>28</sup> Dentre eles pode-se citar Hobbes, Locke, Rousseau e Kant, filósofo alemão que aderiu ao pensamento deste último no que se refere ao pacto social como origem do poder político, com uma diferença, porém: para ele, trata-se de um “todo racional” e não de um fato histórico, dando-se um processo de racionalização com sua transferência da esfera sociológica para a esfera normativa. Nas palavras de Norberto Bobbio: “o contrato social para Kant não é um fato histórico, mas um ideal da razão. Que significa esta transformação da doutrina tradicional? Significa que o Estado não é de fato fundamentado no consenso, mas deve estar fundamentado no consenso, ainda que de fato tenha-se originado da força. Significa em outras palavras que o consenso é um ideal a que o Estado deve visar, é uma exigência na qual qualquer Estado deve inspirar-se. Não é um acontecimento empírico, mas um ideal racional que, enquanto tal, vale independentemente da experiência” (1997, p. 125).

interesse de todos os indivíduos; 2) a limitação das tarefas do Estado à liberdade e à segurança da pessoa e da propriedade; e, 3) a organização do Estado e a regulação de sua atividade segundo princípios racionais que giram em torno do reconhecimento de direitos básicos de cidadania (liberdades em geral), igualdade jurídica, garantia da propriedade, independência dos juízes, governo responsável e império da lei elaborada com participação da representação popular (BÖKENFÖRDE, 2000, p. 20).

Sem desconsiderar a importância da impessoalidade e da limitação das tarefas do Estado sustentada pelos liberais, a verdade é que – dos três aspectos mencionados – o último deles merece uma atenção especial, já que – para a existência de um verdadeiro Estado de Direito – é fundamental que o poder esteja submetido ao Direito, o que somente ocorrerá se houver um Estado em que ele, o poder, e a sua atividade, estiverem regulados e controlados pela lei. Daí o acerto em se afirmar que *“El Estado de Derecho consiste así fundamentalmente en el ‘imperio de la ley’: Derecho y ley entendidos en este contexto como expresión de la voluntad general”* (DÍAS, 1998, p. 29).

E foi a partir daí que a positivação tornou-se regra, abrindo caminho para que, anos mais tarde, já no século XX, Hans Kelsen apresentasse o que é considerado como sua grande contribuição ao assunto: colocar de lado uma compreensão do Estado a partir de um ponto de vista sociológico – em que ele era visto como uma forma de organização social – e privilegiar o ponto de vista jurídico, vale dizer, o Estado como órgão de produção jurídica. Foi com Kelsen que o Estado ficou definitiva e totalmente resolvido no ordenamento jurídico, desaparecendo a compreensão que o via como entidade diversa do Direito, já que será ele, o Estado, quem promoverá toda atividade dedicada a produção e a execução de normas jurídicas.

## **2.2. O Estado de Direito Liberal.**

Ainda que se possa identificar elementos comuns entre as diversas formas pelas quais se apresentou o Estado de Direito, é necessário estabelecer as diferenças entre o Estado de Direito, surgido no Século XIII, quando se deu o processo de organização dos territórios europeus, e o Estado de Direito Liberal

decorrente do processo revolucionário ocorrido ao final da idade média, e que inaugura a modernidade.

Frise-se que a relação entre essas duas categorias é de gênero e espécie<sup>29</sup>, afinal o liberalismo, conjunto de ideias que sustentou este Estado de Direito Liberal, adotou com todas as suas forças a ideia de império da lei, introduzindo uma nova compreensão de Constituição. Emmanuel Syeiés, um dos seus principais teóricos, foi quem apresentou a ideia de que sem Constituição não há Estado, ou seja, para a existência do Estado, há a necessidade de elaboração de um documento onde ele esteja organizado, pelo menos em dois aspectos: declaração de direitos e separação de poderes<sup>30</sup>.

Será esse o documento que expressará o império da lei, já que tudo estará submetido à Constituição, lei maior do Estado, elemento que afasta qualquer dúvida de que, de todas as características desse período, o surgimento das Constituições é o que merece maior destaque, posto que é a partir daí que se tem um documento que se torna a “Lei” principal na estrutura do Estado de Direito.

Com isso, o controle do poder político ocorre por seu intermédio, expressão maior do “império da lei”, sendo ainda por meio da Constituição que se evidencia a conexão entre Direito e poder. E isso ocorre porque: 1) o poder do Estado se exerce através do esquema estabelecido na Constituição; e 2) o poder social se faz estatal segundo os caminhos estabelecidos também pela Constituição, cabendo ainda ressaltar que as funções do Estado adquirem um significado especial, já que são exercício de poder, *“no de mero poder, sino de poder ejercido con arreglo a normas jurídicas, que está organizado por normas jurídicas y que actúa según y en virtud de normas jurídicas”* (GARCÍA-PELAYO, 1984, p. 109).

---

<sup>29</sup> há uma tendência a identificar “Estado de Direito” com “Estado Liberal”, o que pode ser explicado não só porque os fatos históricos que dão origem a um e a outro são os mesmos, mas também porque ambos têm como pano de fundo a limitação do poder do governante. Assim, apesar das tentativas de se localizarem as origens do primeiro em tempos mais remotos, não há dúvida de que o Estado de Direito se vincula, em sua origem e desenvolvimento, ao Estado Liberal, mas sem esgotar-se neste último, já que as formulações feitas para o Estado de Direito têm a possibilidade de ser utilizadas com relação a diferentes contextos socioeconômicos e ideológicos, como é o caso do Estado de Direito Social, o que se verá mais adiante (CONDE, 1999, p. 93).

<sup>30</sup> Como disse Emmanuel Sieyès poucos meses antes da Revolução Francesa em um documento intitulado “O que é o Terceiro Estado?": “É impossível criar um corpo para um determinado fim sem dar-lhe uma organização, formas e leis próprias para que se preencham as funções às quais quisemos destiná-lo. Isso é que chamamos de Constituição desse corpo. É evidente que não pode existir sem ela” (SIEYÈS, 2001, p. 48).

Contudo, e apesar a forte base teórica desses postulados, ocorreu que o Estado de Direito Liberal levado a extremos deu origem a graves problemas, com especial ênfase para os de ordem social. Embora o individualismo associado a uma base de apoio sustentada por uma sociedade burguesa-capitalista tenha possibilitado ao Estado Liberal sustentar um dos seus pontos fortes, a defesa intransigente da propriedade e sua colocação como “direito inviolável e sagrado” (art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), de todas as suas insuficiências, não há dúvida de que esse fator desencadeou a maior delas. Isso porque, uma proclamação desse porte em um contexto capitalista gerou uma deficiente proteção aos direitos e liberdades daqueles que não eram proprietários, que nem mesmo direito a voto tinham, de modo que, a lei – que teoricamente era para ser vontade geral e expressão da soberania popular – tornou-se vontade de um pequeno grupo e expressão da “soberania nacional” (DÍAS, 1998, p. 42).

A partir daí surgiram outros problemas relacionados ao esvaziamento produzido pela influência Juspositivista presente no Estado Liberal desde a sua formação. Foi através dele que se produziu a ideia de redução de Direito à lei, o que contribuiu para a construção do novo modelo político dotado de um instrumento materializado e não metafísico. Em troca disso, o Direito positivo recebeu o espaço necessário para o desenvolvimento de seus postulados.

O resultado foi uma grande perda de substância do Estado, que se converteu em uma mera fórmula política vazia que poderia ser aplicada a todo e qualquer tipo de organização política. Preparado que foi pelo Jusnaturalismo com a redução do Direito a pura razão independente da vontade, sofreu a retirada de seu conteúdo, o que se concluiu com Kelsen e sua sustentação de que, sob o ponto de vista Juspositivista – incompatível com toda espécie de Direito Natural – todo Estado tem que ser Estado de Direito em sentido formal<sup>31</sup>.

A verdade é que – em função do distanciamento e da opção por ser uma fórmula vazia sem substância – o Estado de Direito Liberal chega ao final do Século XIX, com um quadro social dos mais desagradáveis em relação aos

---

<sup>31</sup> Isso porque “[...] puesto que todo Estado tiene que construir un orden, un orden coactivo de la conducta humana, y este orden coactivo, sea cualquiera el método – autocrático o democrático – de sua creación, y cualquiera que sea su contenido tiene que ser un orden jurídico que se va concretando gradualmente desde la norma fundamental hipotética hasta los actos jurídicos individuales, a través de las normas generales. Éste es el concepto del Estado de Derecho, que se identifica tanto con el concepto del Derecho como con el del Estado (KELSEN, 2002, p. 153).

níveis de miséria e fome, indicando claramente o esgotamento desse modelo como postura política, econômica e social<sup>32</sup>.

Tal situação havia sido bem compreendida por Marx e Engels, sendo precisa a afirmação feita por Bonavides quando diz que o Manifesto do Partido Comunista de 1848 “poderia ter começado com as mesmas palavras do Contrato Social. Na verdade, o que levou Marx àquela profunda e sombria reflexão crítica foi a perplexidade da mesma dor: ver o Homem escravizado” (BONAVIDES, 1996, p. 172), concluindo mais adiante: “Rousseau queria a libertação política do Homem; Marx, a liberdade econômica” (BONAVIDES, 1996, p. 173).

Se, antes, quando da Revolução Francesa – fato histórico que mundializou o ideário liberal – o problema era a opressão pela questão política, para Marx o problema tornou-se econômico, pois era através do dinheiro que as pessoas eram cerceadas em sua liberdade.

### **2.3. O Estado de Direito Social.**

Com o objetivo de superar as dificuldades apresentadas pelo Estado de Direito Liberal, surge como alternativa o modelo do Estado de Direito Social, formulação que intenta adaptar as bases do primeiro para nele incluir os direitos sociais revisando os dois pontos principais sobre os quais se assentava o liberalismo: o individualismo e o abstencionismo do Estado. Para tanto, sustentou-se que um Estado deveria ser intervencionista e ativo, com um poder executivo forte, bem administrado tecnicamente, tudo com o objetivo de bem controlar a atividade econômica e social e construir um estado de bem estar social (*welfare state*).

De todas as suas características, a principal era o firme propósito de compatibilizar em um mesmo sistema dois elementos: 1) o capitalismo como forma de produção e 2) a concretização de um bem-estar geral. A crença de que

---

<sup>32</sup> A esse respeito: “Eram três as possibilidades abertas aos pobres que se encontravam à margem da sociedade burguesa e não mais efetivamente protegidos nas regiões ainda inacessíveis da sociedade tradicional. Eles podiam lutar para se tornarem burgueses, poderiam permitir que fossem oprimidos ou então poderiam se rebelar” (HOBBSAWM, 2000).

isso era possível constituía “*el elemento psicológico, y al mismo tiempo ideológico, que sirve de base al neocapitalismo típico del Welfare State*” (DÍAS, 1998, p. 111).

Com isso, novas funções viriam a ser reservadas aos Estados, deixando eles de apenas declarar direitos e separar poderes como na visão meramente liberal. Passariam a incorporar e declarar direitos sociais, prestações impostas ao Estado, que deveriam ser realizadas em favor dos mais desfavorecidos, o que representa, sem dúvida alguma, uma grande transformação na estrutura do antigo Estado Liberal.

Contudo, isso não foi suficiente, já que – passados alguns anos de sua implementação – duas reações foram mortais para essa forma de manifestação do Estado de Direito: de um lado a reação marxista, a qual proclamou ser o Estado um instrumento de dominação e a necessidade de uma ditadura do proletariado; de outro, o Estados Totalitários, que transporta o poder para uma elite que se sobrepõe à massa, e não mais uma classe social<sup>33</sup>.

Com isso, evidencia-se a fraqueza teórica de suas bases, deixando claro que o Estado Social não era superação alguma do Estado Liberal, mas sim um ideário onde os defeitos deste último ficaram apenas disfarçados, o que se atribuiu principalmente à fungibilidade ideológica própria e típica do Estado de Direito decorrente de sua adesão ao Positivismo Jurídico com a redução do Direito à lei. Em uma frase: o Estado de Direito torna-se, a partir daí, em uma fórmula vazia, aplicável a todo e qualquer Estado<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> A primeira delas foi a reação marxista. Como acima colocado, o Estado Social é uma teoria crítica ao Estado Liberal burguês e a todos os seus fundamentos, o que é feito através da demonstração das contradições internas do liberalismo e do vazio de suas promessas. Usando esse discurso, os marxistas sustentam que o Estado é um instrumento de dominação e que a verdadeira transformação só se dará por meio de um processo revolucionário e de uma ditadura do proletariado (CONDE, 1999, p. 104). Foi exatamente isso que se tentou implantar com a Revolução Russa de 1917, à qual historiadores como Eric Hobsbawm dão igual importância à conferida à Revolução Francesa no século XVIII (HOBSBAWM, 1995, p. 62). Uma segunda reação ocorreu com os chamados “Estados Totalitários” implantados no período compreendido entre as duas Guerras Mundiais do século XX. Apesar de ser um fato histórico e político de menor importância e de curta duração, merece atenção por partir de uma concepção substantiva de poder que o localiza não em uma classe social, como é o caso do liberalismo ou do marxismo. Coloca o poder em uma elite, o que justifica pela ideia de superioridade de um indivíduo sobre a massa, além da valorização de princípios como personalidade, autoridade, ortodoxia e exclusividade (CONDE, 1999, p. 106).

<sup>34</sup> Elias Díaz acrescenta: “a pesar de todas sus protestas demogógicas y ‘revolucionárias’, la verdad es que el facismo continúa siendo capitalismo. Su crítica al individualismo y al abstencionismo liberal no alcanza y no pretende alcanzar el centro de esos mecanismos, que no es outro que ese capitalismo y esa burguesía. Al contrario, lo que hace es eliminar el obstáculo que para éste había llegado a representar el liberalismo a causa de la posible evolución y apertura de los sistemas liberales hacia la democracia y el

Assiste-se então ao esgotamento do Estado de Direito, o que dá espaço para o surgimento de uma nova concepção onde, além da vinculação formal, o Estado de Direito poderia oferecer uma vinculação substancial ao exercício do poder.

Ou seja, a mesma insuficiência sentida com o Positivismo Jurídico chega ao Estado de Direito, independentemente de sua conformação (se liberal ou social), o que dá impulso à modificações que almejam a colocação da Constituição no centro e no topo da estrutura do Estado, a exemplo do que ocorreu na filosofia e na teoria do Direito.

#### **2.4. O Estado Constitucional de Direito.**

Pois bem. E é com ideia de que é necessária uma vinculação formal e material das normas com a Constituição, que constrói-se a ideia de que é possível compreender-se duas formas de “Estado de Direito”: uma em sentido fraco (apenas formal) e outra em sentido forte (também substancial). Na primeira ele será apenas e tão somente um poder conferido pela lei e exercido na forma e procedimento previstos, ao passo que na segunda (sentido forte ou substancial), ele será entendido no sentido de que qualquer poder deve ser limitado pela lei, não só quanto a sua forma, mas também em relação a seu conteúdo (FERRAJOLI, 1995, p. 856)<sup>35</sup>.

A partir dessa separação se torna possível buscar a transformação necessária para a superação da anterior ideia de Estado de Direito e, com isso, encontrar uma fórmula política adequada para dar conta do momento, já que essa divisão (a par das alterações na Teoria do Estado e na Teoria do Direito) importa na definição de dois modelos normativos distintos: de um lado, o modelo paleopositivista

---

socialismo. Evolución y apertura, en gran parte, impuesta por las exigencias de la nueva clase, el proletariado” (1998, p. 57).

<sup>35</sup> Nas palavras de FERRAJOLI, no caso do primeiro (formal), designa ele “cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos” (FERRAJOLI, 2005, p. 13), ao passo que, no caso do segundo (substancial), significa “sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto), limitados o vinculados por ella, no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos” (FERRAJOLI, 2005, p. 13).

do Estado Legislativo de Direito (Estado legal) formado fundamentalmente por regras e, de outro, o modelo neojuspositivista do Estado Constitucional de Direito (ou Estado Constitucional), marcado pela existência de princípios e regras, com constituições rígidas e mecanismos de controle de constitucionalidade (FERRAJOLI, 2005, p. 14).

Importante registrar que, na visão de Ferrajoli, Estado de Direito em sentido forte ou substancial não é o mesmo que Estado Constitucional de Direito, já que a existência do primeiro não exige a presença de uma Constituição formal. Requer sim a submissão da lei a princípios normativos ligados às liberdades fundamentais e à separação de poderes, o que pode ocorrer sem a presença de uma Constituição. Contudo, de qualquer sorte, o que se tem é que mudam, em consequência, as condições de validade das leis, já que se tornam “*dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales*”, e também o estatuto epistemológico da ciência jurídica, “*a la que la posible divergencia entre Constitución y legislación confiere un papel ya no sólo exclusivamente explicativo, sino crítico y proyectivo en relación con su propio objeto*” (FERRAJOLI, 2005, p. 18).

Quanto à jurisdição, também se opera uma mudança, já que sua função passa a ser aplicar a lei somente se ela for constitucionalmente válida e cuja interpretação e aplicação são sempre, por isso mesmo, “*un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad*” (FERRAJOLI, 2005, p. 18).

Subjacente a tudo isso, há uma outra transformação que decorre diretamente do constitucionalismo rígido: a subordinação da lei aos princípios constitucionais equivale a introduzir uma dimensão substancial não só em relação às condições de validade da norma, mas também em relação à natureza da democracia, já que esta passa a garantir também os direitos da minoria em relação aos poderes da maioria, que agora ficam limitados.

Desse movimento, surge o chamado “novo constitucionalismo” (ou neoconstitucionalismo), teoria que tem como objetivo principal proporcionar cobertura teórica, conceitual e normativa a esse processo de crescente importância do texto constitucional e das normas nele inseridas. É bem verdade que a palavra “neoconstitucionalismo” tem sido empregada em variados sentidos e aplicada

de modo um tanto confuso, apesar do claro objetivo de indicar distintos aspectos de uma possível nova cultura jurídica (SANCHÍS, 2005, p. 123).

Mas, apesar disso, pode-se dizer que são três as designações principais para o termo: 1) constitucionalismo como um certo tipo de Estado de Direito; 2) constitucionalismo como Teoria do Direito que serve para explicar esse novo modelo; e 3) constitucionalismo como ideologia que irá justificar ou defender a fórmula política assim designada (SANCHÍS, 2005, p. 123).

Das três, merece destaque neste momento a primeira das concepções apresentadas, qual seja, constitucionalismo compreendido como um modelo de Estado de Direito em sentido forte ou substancial (para usar as palavras de Luigi Ferrajoli). Nele se evidencia a inegável centralidade da Constituição como resultado da convergência de duas tradições jurídicas. De um lado, como regra do jogo da competência social e política, guarda o acordo de mínimos que permitem assegurar a autonomia dos indivíduos como sujeitos privados e agentes políticos a fim de que sejam eles, em um espaço democrático e igualitário, *“quienes desarrollen libremente su plan de vida personal y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertinentes en cada momento histórico”* (SANCHÍS, 2005, p. 124). De outro, a compreensão da Constituição como a encarnação de um projeto político bem articulado, geralmente como o programa diretivo de uma empreitada que visa à transformação social e política (SANCHÍS, 2005, p. 125).

Essas duas concepções refletem os dois grandes momentos de construção do constitucionalismo ocidental e agora aparecem juntas, podendo-se afirmar que, se é correto que, no primeiro caso, o objetivo da Constituição seja determinar quem manda, como manda e até onde vai seu poder – em outras palavras, se o objetivo é o controle absoluto do poder –, no segundo caso, é condicionar o que deve ser objeto do exercício do poder de mando, ou seja, qual é a orientação política para as matérias nela previstas<sup>36</sup>.

O resultado disso será um constitucionalismo voltado à superação da debilidade estrutural do âmbito jurídico presente no Estado Legislativo de

---

<sup>36</sup> Segundo as palavras de Luis Prieto Sanchís: “sí es cierto que en el primer caso la Constitución pretende determinar fundamentalmente quién manda, cómo manda y, en parte también, hasta donde puede mandar; mientras que en el segundo caso la Constitución quiere condicionar también en gran medida qué debe mandarse, es decir, cuál ha de ser la orientación de la acción política en numerosas materias” (2005, p. 126).

Direito. Para tanto, afirmará o caráter jurídico e vinculante dos textos constitucionais, a rigidez das Constituições e a qualificação de determinados referentes jurídicos, tais como os direitos fundamentais, signos desse processo (CADEMARTORI, 2006, p. 20), processo que – ao seu final – se apresentará como um autêntico “câmbio genético” do antigo Estado de Direito, transformando-se definitivamente em Estado Constitucional de Direito (ZAGREBELSKY, 2002, p. 33).

### **3. As Mudanças na Atividade Jurisdicional e os Problemas que Delas Decorrem.**

Como se viu, no plano geral, várias foram as mudanças ocorridas. De um lado as que introduziram novas formas de compreender e de entender o Direito. De outro, aquelas relacionadas a compreensão das funções do Estado Moderno. Em todas elas, um ponto comum: a colocação da Constituição como elemento central do sistema jurídico e político, servindo como a síntese dessas categorias.

Disso, resultam evidentes as mudanças na atividade jurisdicional, parcela fundamental do exercício da atividade estatal e do poder a ela inerente e que podem ser assim sintetizadas: 1) Mudam os fundamentos da atividade jurisdicional, já que não há mais condições para uma atuação judicial dentro do modelo proposto pelo liberalismo em que o juiz era a boca que pronunciava as palavras da lei e tinha sua atividade limitada pelo dogma retratado pela expressão “*dura lex sed lex*”. Agora, sua atividade deverá estar focada nos critérios de justiça plasmados na Constituição, o que dá espaço para o surgimento de um novo tipo de juiz, cuja função principal agora é garantir direitos fundamentais. Se antes era um mediador de conflitos, agora é instrumento a serviço da garantia de direitos fundamentais; 2) Muda a forma de atuação, já que, se antes o juiz era neutro, distante, mediador e só exercia sua atividade quando chamado pelas partes, no Estado Constitucional de Direito essa figura desaparece, já que o sistema impõe uma tomada de posição, um abandono da neutralidade e a tomada de partido na busca da concretização constitucional, o que acarretará manifestações mais contundentes em relação a determinados assuntos e, por fim, 3) mudam os espaços da atuação judicial, já que com a redefinição dos espaços do político e do jurídico ou, em outras palavras, das questões consideradas exclusivamente

políticas e das questões consideradas exclusivamente jurídicas, o que se assiste são manifestações mais identificadas como políticas do que efetivamente como jurídicas.

Desse quadro evidentemente surgem dificuldades, até porque o pano de fundo de tudo é o poder estatal e, qualquer readequação a ele relacionada, faz sentir seus reflexos nos outros setores do espaço coletivo, público ou privado. E, dentre eles, o principal reflexo se dá na questão dos limites da atividade jurisdicional, campo onde tem se apresentado inúmeras dificuldades.

Na tentativa de traçar um caminho para o enfrentamento dessa questão, necessárias duas constatações, a saber: 1) Entre os juízes, já se pode falar na natural incorporação dessa mudança, consolidando-se a ideia de que há uma nova forma de atuar no Estado Democrático de Direito com perfil social<sup>37</sup> e, 2) Parcela significativa dos juízes brasileiros já internalizou a preocupação com o embate travado entre a garantia para o exercício dos direitos sociais e a exequibilidade das decisões judiciais, confronto que é o ponto central da questão dos limites da decisão judicial, onde também se percebe a falta de uniformidade na delimitação da atuação judicial quando a questão está relacionada a direitos fundamentais. A análise de decisões judiciais envolvendo direitos sociais tem mostrado que há um elevado grau de pessoalidade na análise dessa matéria<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Em pesquisa coordenada pela professora Maria Tereza Sadek (2006), indagados os juízes sobre as motivações das decisões judiciais, 86,5% deles responderam que as decisões judiciais devem orientar-se preponderantemente por parâmetros legais, 78,5% julgam que se deve ter compromisso com as consequências sociais, ao passo que apenas 36,5% dos entrevistados afirmaram pensar nas consequências econômicas da decisão. Ou seja, além do respeito a lei, a preocupação social também se faz presente.

<sup>38</sup> Um dos exemplos mais claros desta nova forma de atuar pode ser visualizado na decisão lançada no Recurso Especial n. 889.852, publicado no DJU de 10 de agosto de 2010, relator Ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, que trata da questão da adoção de crianças por casal em união homoafetiva. A decisão foi pelo acolhimento da pretensão, ao passo que a tese vencida afirmava a impossibilidade em face da vedação legal, já que o artigo 1622 do Código Civil, à época do julgamento afirmava: “Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável” (tal dispositivo foi revogado pela recente Lei de Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009, que, ao alterar a redação do artigo 42, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, acrescentou a necessidade de comprovação da estabilidade da família, preconizando: “Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”. União entre casais homossexuais não é união estável. Contudo, e apesar disso, na decisão acima referida há o reconhecimento de que, mesmo não sendo união estável, lhe é devido o mesmo tratamento, com base neste entendimento: Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se rapidamente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal<sup>38</sup>. Em outro trecho desse mesmo recurso, afirma ainda: O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da “realidade”, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade.

Afinal, não se pode esquecer que a atividade jurisdicional é – *ultima ratio* – um ato administrativo e, como todos os demais atos, deve ter a impessoalidade como uma de suas marcas (art. 37, caput, CF).

#### 4. O Garantismo como Resposta.

Colocadas essas questões, cuidadoso exame merecem as ideias de Luigi Ferrajoli, expostas inicialmente em **Diritto e Ragione**, obra publicada na Itália em 1989 e traduzida para o espanhol em 1995, mas que segue em debate em uma série de outros trabalhos, todos fundamentais para a construção de uma “Teoria Geral do Garantismo”.

No cerne de seu pensamento, a identificação de três aspectos de uma crise profunda e crescente vivida pelo Direito na atualidade.

A primeira crise é a chamada “crise da legalidade”, ou seja, do valor vinculante da norma e que se expressa pela ausência ou pela ineficácia dos instrumentos de controle. A seu ver, resultado mais imediato é a ilegalidade do poder e um reflexo disso pode ser encontrado em vários Estados – europeus ou não – em que há uma espécie de Estado paralelo que funciona baseado na corrupção e se estende por todas as áreas, como a política, a economia, a administração pública, etc (FERRAJOLI, 2001, p. 15).

A segunda está ligada à inadequação das estruturas do Estado de Direito para dar conta das novas funções a ele atribuídas no chamado *Welfare State*. Se antes a marca fundamental do modelo na sua versão liberal era a de protetor de uma esfera de individualidade, cuja atuação não exigia apenas a imposição de limites e proibições, agora tudo muda. Exige-se do Estado de Direito Social uma atuação positiva, atuante, pró-ativa, de que resulta uma inflação legislativa que é provocada pelos mais diversos setores sociais com leis cada vez mais específicas, parecendo meros atos administrativos. Há dificuldade para a consolidação de um sistema de garantias tão eficiente como foram aqueles criados para proteger os postulados do liberalismo,

situação agravada pela acentuação do caráter incompleto, seletivo e desigual que se manifesta na crise pela qual este modelo de Estado passou no início dos anos setenta.

A terceira crise está relacionada ao debilitamento do Estado Nacional e se manifesta no deslocamento dos lugares da soberania, já que as questões relacionadas, por exemplo, às questões militares, de política monetária e políticas sociais escapam de suas fronteiras, passando a depender mais de questões externas do que de questões internas. Além disso, há um enfraquecimento do constitucionalismo, ante a inexistência de suporte teórico em Direito Internacional que resolva a inserção desses novos espaços decisórios externos no sistema das fontes de Direito.

No raciocínio de Ferrajoli, o problema central está em que essas três crises podem colocar em colapso a própria Democracia, já que a primeira delas exsurge com maior vitalidade (e risco) comprometendo aquilo que o princípio da legalidade tem na sua versão mais pura e de mais precioso: a vinculação de todos às normas legais.

E seu comprometimento leva à ilegalidade do poder e à formas neoabsolutistas de exercício do poder público de modo que, então, o Garantismo se opõe de modo veemente “*al autoritarismo en política y al decisionismo en derecho, propugnando, frente al primero, la Democracia sustancial y, frente al segundo, El principio de legalidad; en definitiva, El gobierno sub leges (mera legalidad) y per leges (estricta legalidad)*” (ABELLÁN, 2005, p. 22).

Como se vê, trata-se de uma teoria que se desenvolve no ambiente do Estado Constitucional de Direito e é própria dele<sup>39</sup>. E não traz consigo a simples defesa de um mero legalismo, até porque o Garantismo é incompatível com a falta de limitação jurídica do poder legislativo, já que a mera sujeição do juiz à lei possibilitaria a convivência com as políticas mais autoritárias e antigarantistas. Sustenta sim, a partir de uma concepção negativa do exercício do poder (vez que reconhece que

---

<sup>39</sup> Nesse passo, Garantismo e Estado Constitucional de Direito são expressões que se identificam, podendo até mesmo afirmar-se que o segundo expressa a fórmula política do primeiro, de modo que, apenas por meio desse, aquele consegue realizar seu programa, até porque “solo este modelo político incorpora um riguroso ‘principio de estricta legalidad’, que supone el sometimiento del poder no únicamente a límites formales, sino también a los límites sustanciales impuestos por los principios y derechos fundamentales” (SANCHÍS, 2005 p. 41).

há sempre presente um potencial abuso) que sua neutralização somente ocorrerá de modo eficaz com a sustentação de uma visão instrumental do Direito e do Estado.

E para atingir essa finalidade é preciso aproveitar em grau máximo a complexidade específica dos ordenamentos de constituição rígida, marcados pela dupla artificialidade que resulta não só do caráter positivo das normas produzidas – marca fundamental do positivismo jurídico –, mas também pela sujeição destas ao Direito – marca fundamental do Estado Constitucional de Direito.

Afinal, agora a produção jurídica está disciplinada por normas, tanto formais como substanciais, e nessa construção as Constituições são fundamentais, já que é na sua primazia como sistema de limites e vínculos para a maioria que deve ser reconhecida a dimensão substancial da Democracia, em contraposição à dimensão meramente formal, constituída precisamente pelo princípio da maioria e que ignora o principal fundamento do Estado Constitucional de Direito: a extensão do princípio da legalidade também ao poder da maioria (FERRAJOLI, 1995, p. 11).

## **5. Considerações Finais.**

Retomando as questões até aqui suscitadas, tem-se que as inovações detalhadas apontam semelhanças em vários níveis, a começar pelas concepções e compreensões do Direito, com o questionamento do Positivismo Jurídico, passando pelas novas conceituações propostas para o Estado com o advento das Constituições e a revisão das suas funções.

No caso do Brasil, todas essas mudanças são perceptíveis ao se fazer uma análise cuidadosa da Constituição da República de 1988, podendo-se resumir que, em relação à atividade jurisdicional – foco aqui privilegiado – as mudanças se manifestaram em vários planos e podem ser analisadas dentro da separação tradicional que é feita por FERRAJOLI quando trata da dupla artificialidade típica do neoconstitucionalismo: ao lado das vinculações formais, as vinculações substanciais, o

que faz surgir um ambiente de tensão, onde o exercício da atividade jurisdicional acaba por romper como limites tradicionalmente a ele impostos.

Exemplo disso é o movimento que se vê no direito processual constitucional, ambiente onde são estudados os instrumentos processuais que garantem o cumprimento das normas constitucionais, seja através do controle de constitucionalidade, seja através da proteção das liberdades constitucionais com os chamados “remédios constitucionais”. O estudo de um de seus mais notáveis princípios, o devido processo legal, mostra com clareza a tentativa de romper as limitações formais com o objetivo de oferecer proteção também às questões materiais.

Com isso, mais instrumentos são colocados à disposição do juiz no desenvolvimento de sua atividade, levando-o ao abandono de sua passividade tradicional – e típica do estado liberal – para se colocar como protagonista na defesa dos direitos e garantias fundamentais. Há então um novo espaço de atuação jurisdicional, onde surgem novas dificuldades em torno dos limites dessa atuação, tornando-se comum a indagação: até onde vai o poder do juiz na proteção e na garantia dos direitos fundamentais?

Uma das respostas possíveis caminha na direção do reconhecimento de que esta nova missão já está incorporada pelos juízes brasileiros, até porque boa parte deles vê a necessidade de que as consequências sociais devem estar entre suas preocupações, além da observância dos parâmetros legais e consequências econômicas das decisões proferidas.

Dessa constatação, é possível concluir que o resgate do princípio da legalidade, como proposto por Ferrajoli através da chamada “dupla artificialidade”, é um dos caminhos mais seguros para enfrentar essa difícil questão, a exemplo do que ocorreu com o direito penal, onde o princípio da legalidade (formal e material) tem sido utilizado com sucesso para evitar a permanente tentativa de endurecimento do sistema penal como resposta à criminalidade. Igual prática deveria e poderia ser adotada como os direitos sociais, onde há ainda um campo fértil para a busca de tais limites, a fim de que ajudem a justiça brasileira a encontrar parâmetros mais claros em relação à satisfação dessa modalidade de direitos.

Exemplo disso foi o que ocorreu com o direito à saúde e o direito da criança e do adolescente. Ambos foram objetos de legislações que buscaram

especificar critérios de atendimento das demandas que chegam ao Poder Judiciário. Seu objetivo é claro: diminuir os espaços entregues à livre discricionariedade do juiz, tornando-a mais democrática e menos pessoal, privilegiando a compreensão de que o fato de ser instrumento para a garantia de direitos fundamentais, não autoriza qualquer agente do Estado a se arvorar em detentor de uma legitimidade inexistente em nosso sistema político, cuja marca fundamental é o equilíbrio no exercício do poder.

Evidentemente que haverá casos em que a estrita legalidade não será suficiente para tanto. Contudo, não se pode esquecer que há um sistema de controle de constitucionalidade bem desenhado e que impõe o respeito aos limites formais e materiais ditados pela Constituição, o que por certo contribuirá para impedir abusos legislativos ou, ainda e também, abusos nas decisões judiciais.

Trata-se de um equilíbrio necessário para o funcionamento democrático do sistema, já que a atuação isolada do Poder Judiciário, em lugar otimizar a concretização dos direitos fundamentais, tem sim alimentado discursos de supressão dos mesmos. É bem verdade que isso ocorreu pela falta de atuação dos demais setores do Estado, em especial o Poder Legislativo, que deixou largo espaço para a atuação judicial.

Além disso, não há como negar que a possibilidade de injustiças e tratamentos desiguais é muito maior na ausência de regulamentação, sendo esta fundamentalmente a principal das vantagens que o princípio da legalidade oferece, redescoberto em meio a estrita legalidade proclamada por LUIGI FERRAJOLI. Com ele opera-se a uniformização das situações em que o direito poderá ser atendido, especialmente aqueles que exigem prestações positivas.

É bem verdade que nem todas as hipóteses para exercício dos mesmos serão alcançadas. Trata-se de uma impossibilidade técnica insuperável. Mas isso ainda será melhor do que deixar à livre escolha do Juiz. Afinal, não se pode esquecer que o longo caminho entre a previsão abstrata e a realidade do Direito é, e sempre será, marcado por uma série de detalhes que, caso não observados atentamente, poderão resultar na criação de situações onde poderá ocorrer a concessão em casos inadequados ou, ainda, a negativa em casos merecedores.

## Referências:

ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo** – Estudios sobre el pensamiento jurídico. Edição de Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Madrid: Trotta, 2005. p. 21-39.

ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 3ª ed. Barcelona: Ariel Derecho, 2007.

ATIENZA, Manoel; MANERO Juan Ruis. Dejemos el positivismo para trás. In **ISONOMIA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 27 (octubre 2007). México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, [s.a.]. Disponível em: <[www.cervantesvirtual.com/portal/doxa/isonomia](http://www.cervantesvirtual.com/portal/doxa/isonomia)>. Acesso em: 01.02.2010, p. 7-28.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de SANTOS, Maria Celeste Leite dos. 5ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

\_\_\_\_\_. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 4ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de PUGLIES, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Ícone, 2006.

\_\_\_\_\_. **El problema del positivismo jurídico**. Tradução de VALDES, Ernesto Garzón. 2ª ed. México: Fontamara, 1992.

BÖKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia**. Tradução de SERRANO, Rafael de Agapito. Madrid: Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 4ª ed. Brasília: OAB Editora, 2002.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**. 2ª ed. Campinas: Millennium Editora, 2006.

CONDE, Enrique Álvarez. **Curso de derecho constitucional**. 3ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999. v. I

DÍAS, Elias. **Estado de derecho y sociedad democrática**. 3ª ed. Madrid: Taurus, 1998.  
DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de BOEIRA, Nelson. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio. **Derecho Natural: Introducción filosófica al derecho**. Madrid: Universidade Complutense, Facultad de Derecho, 1977.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. de CARBONELL, Miguel (org.). 2ª ed. Madrid: Ed. Trotta, 2005.

\_\_\_\_\_. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Tradução de IBÁÑES, Andrés Perfecto y GREPPI, Andrea. 2ª ed. Madrid, Espanha: Editorial Trotta, 2001.

\_\_\_\_\_. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 1995.

\_\_\_\_\_. Los derechos fundamentales en la teoría del derecho. In: CABO, Antonio de & PISARELLO, Gerardo (Edición). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. CARBONELL, Miguel Editorial (Edición). Madrid: Trotta, 2002.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado. Madrid: Alianza Editorial, 1984.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por BULLOCH, Penelope A. e RAZ, Joseph. *H. L. A. Hart*. Tradução de SETTE-CÂMARA, Antonio de Oliveira. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HOBBSAWM, Eric J. **Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991**. Tradução de Marcos Santarrita. Revisão técnica Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de MACHADO, João Batista. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN Hans. **Teoria general del estado**. Tradução LACAMBRA, Luis Legaz. Granada, Espanha: Editorial Comares, 2002.

LUÑO, Antonio-Enrique Perez. **Teoria del derecho** – una concepción de la experiencia jurídica. Colaboração de CABRERA, Carlos Alarcón; GONZÁLEZ-TABLAS, Rafael y CUESTA, Antonio Ruiz de la, 8ª ed. Madrid, Espanha: Editorial Tecnos, 2009.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito**. Tradução de BENEDETTI, Ivone C. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Apuntes de teoría del derecho**. 2ª ed. Madrid, Espanha: Trotta, 2005.

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la filosofía del derecho**. 1948. Tradução de ROCES, Wenceslao. México: Fondo de Cultura Econômica, 1951.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. BASTOS Aurélio Wander (org.). 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

SADEK, Maria Tereza. **Magistrados**: uma imagem em movimento. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Ley, derechos, justicia. 4ª ed. Trad. de GASCÓN, Marina. Madrid: Trotta, 2002.

## O JUIZ COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Resumo:

A Constituição de 1988 representa um marco fundamental no reconhecimento dos direitos fundamentais, o que se dá não só no aspecto formal, mas também material, posto que uma série de mecanismos de concretização foram ali inseridos. Mas, apesar de todo esse novo “desenho constitucional”, ainda se reconhece a existência de uma “baixa constitucionalidade”, o que se percebeu em dois momentos marcantes: de um lado a tentativa de descaracterizar o texto original com a inserção de uma série de emendas e, de outro, a ineficácia atribuída a vários dispositivos. Justamente aí é que se insere o novo perfil do juiz: de mediador de conflitos, passa a ser instrumento na garantia de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Constituição. Garantia.

### Introdução

Qualquer que seja o Estado, não há dúvida de que a substituição de uma Constituição é um momento importante e que acaba por encerrar definitivamente o passado – por vezes amargo – e lançar as bases para o desenvolvimento futuro, trazendo consigo toda a expectativa do novo.

Com o Brasil não foi diferente. Em 1988 demos um passo fundamental no desenvolvimento de nossa sociedade e, com a nova Constituição, procuramos sedimentar nosso caminho em busca de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I) deixando para trás anos e anos de opressão política e social.

Para atender a esses objetivos, foram declarados vários direitos que até então não frequentavam nossas cartas constitucionais e, ao lado deles, uma série de instrumentos para sua implementação, situação que levou a uma necessária readequação do Estado e, evidentemente, do Poder Judiciário, especialmente no que diz respeito ao seu modo de atuar.

No cerne desta mudança, a perda de centralidade do direito privado, a assunção do direito público como parâmetro de atuação fundamental

do Juiz e, por fim, um novo lugar a ele (Juiz) destinado, com novas possibilidades de atuação e novos limites.

Eis o debate que pretendo enfrentar: Qual a legitimidade e o limite da atuação jurisdicional em torno dos direitos previstos na Constituição?

## **1. A Constituição de 1988.**

Como já dito, fato incontroverso é que com a Constituição de 1988 estabeleceu-se um novo e importante momento no direito constitucional brasileiro.

Novo porque foi este documento que consolidou um longo período de desenvolvimento constitucional que, salvo as conhecidas exceções autoritárias com as Cartas de 1824, 1937, 1967 e 1969<sup>40</sup>, foi marcado por significativos avanços com as Constituições de 1891, 1934 e 1946, as quais seguiam as linhas do vários constitucionalismos que se instavam nas nações ocidentais.

Aliás, a esse respeito J. J. Gomes CANOTILHO é claro ao apontar que “O movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados. Em termos rigorosos, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). Será preferível dizer que existem diversos movimentos constitucionais com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma completa tessitura histórico-cultural”, completando mais adiante que, diante dessa constatação, 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” (in “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003).

---

<sup>40</sup> Conhecida é a posição de Luis Roberto Barroso em sua obra “O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira”, 4ª ed., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2000, onde afirma que este texto “materialmente, era uma nova Constituição”.

Este processo chegou ao seu ponto maior com a Constituição de 1988, preocupada não só com a declaração de direitos (a mais extensa da história brasileira), mas também com o oferecimento de mecanismos com o objetivo de efetivar esses direitos declarados.

Dentre eles temos, por exemplo, o reconhecimento da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, parágrafo 1º), a previsão do mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI), da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, parágrafo 2º), das novas ações para o controle de constitucionalidade (art. 102, parágrafo 1º), do mandado de segurança coletivo (art. 5º, inciso LXX), a constitucionalização da ação civil pública como mecanismo a assegurar a realização de políticas públicas (art. 129, inciso III) e, por fim, a ampliação da legitimação ativa para controle de constitucionalidade (art. 103).

Além disso, no preâmbulo da Constituição se disse que todos estão submetidos a um “Estado Democrático de Direito”, expressão que se apresenta como uma superação do antigo “Estado de Direito” e determina, dentre outras situações, que todas as ações praticadas em nome do Estado tenham sua legitimidade calcada não mais unicamente na lei e no Poder Legislativo, mas sim em um grau de juridicidade superior, qual seja, a própria Constituição.

Nessa linha é que se aponta que a crise da lei e do Poder Legislativo “acabou por questionar a capacidade dos mesmos de regular adequadamente a vida social e política, supondo assim a definitiva superação do Estado Legislativo de Direito enquanto modelo de ordenação social e a necessidade de restaurar a eficácia do direito como limite ao poder. O *déficit* de indisponibilidade dos valores essenciais do ordenamento, afetados pelos processos políticos ordinários, criará a necessidade de um nível de juridicidade superior e vinculante. O resultado será a afirmação do caráter plenamente normativo das Constituições como forma de assegurar a máxima vinculação de todos os poderes do Estado e da sua produção normativa” (Sérgio CADEMARTORI, “Estado de Direito e Legitimidade”, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 26).

Inegável neste contexto a mudança do lugar até então reservado à Constituição, ganhando ela um novo espaço de atuação, já que, de documento que assegurava as pretensões da burguesia ao separar poderes e declarar direitos de oposição diante do Estado com a finalidade maior de fugir do absolutismo, passou a reconhecer as pretensões da população em relação a este mesmo Estado,

superando inclusive a ideia de poder da maioria, na medida em subtrai da decisão dela (maioria) determinados direitos reconhecidos em seu texto.

É de J. J. Gomes CANOTILHO (ob. cit., p. 100) a afirmação de que “O Estado Constitucional é ‘mais’ do que o Estado de Direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder (*to check de power*); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (*to legitimize State power*)”.

Seguindo esta linha, Luigi FERRAJOLI observa que a democracia sempre foi compreendida e confundida com a vontade da maioria, visão que ignora “*la que es la máxima adquisicion y al mismo tiempo el fundamento del estado constitucional de derecho: la extensión del principio de legalidad también al poder de la mayoría y, por conseguinte, la rígida sujeción a la ley de todos los poderes públicos, incluindo el legislativo, y su funcionalización a la tutela de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados*” (in “*Derecho y razón*”, Madrid: Trotta, 1995, p. 11).

Quanto à afirmada importância do momento, está ligada ao fato de que, de tais alterações, nasceram inúmeras possibilidades para uma forte atuação no sentido de concretizar o Estado democrático e social colocado na Constituição de 1988. Como já dito, a fase atual não é mais de apenas declarar direitos, mas sim de torná-los efetivos, concretizá-los, como bem apontou Paulo BONAVIDES ao afirmar que “o verdadeiro problema do Direito Constitucional de nossa época está, a nosso ver, em como juridicizar o Estado social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos. Por este aspecto, muito avançou o Estado Social da Carta de 1988” (in “Curso de Direito Constitucional”, 17ª ed., atualizada, São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 373).

A Constituição agora está no centro de uma estrutura de poder de onde irradia sua força normativa. É dotada de supremacia formal e material, determina a vigência e a validade das normas abaixo dela e fixa-lhes o modo de interpretação e compreensão. É, ainda, rígida, o que faz suprimir da vontade da maioria o poder de decisão quanto ao seu conteúdo, se não o todo, pelo menos a parte referente aos direitos fundamentais e à estrutura básica do Estado.

A esse respeito, Antonio Manoel PENÃ FREIRE afirma que “*La rigidez constitucional supone que cualquier reforma de la constitución sólo será posible si se realiza a través de algún procedimiento agravado em relación com el dispuesto para la aprobación, modificación ou derogación de las leys*”, sendo que, mais à frente, enfatiza que “*Al asegurar el carácter normativo de las constituciones se garantiza la vinculación a las cláusulas constitucionales de los poderes públicos y los ciudadanos em los momentos de política ordinaria*” (in “*Constitucionalismo Garantista y Democracia*”, publicado na “*Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de política, filosofía y derecho*”, n. 22, Curitiba: UNIBRASIL, 2004).

Registre-se, ainda, que bem compreendida é entre nós a ideia de que uma completa interpretação não pode dispensar os fatos<sup>41</sup>, a realidade, ou seja, nenhuma norma é inteira sem a existência da realidade e, nesse ponto, o quadro encontrado foi amplamente favorável à total implantação de um estado democrático e social.

Aguardava-se um documento em que os postulados da liberdade, da igualdade e da fraternidade (para fazer um paralelo com os postulados da Revolução Francesa em que um grupo confiava na possibilidade de um documento libertador para realizar suas utopias) fossem implementados e dessem possibilidades a uma estrutura estatal que se encarregaria de fazer a nação ali projetada e, como disse à época Paulo BONAVIDES, “O destino da nova Constituição do Brasil vai depender em larga parte da adequação do novo instrumento às enormes exigências de uma sociedade em busca de governos estáveis e legítimos, dos quais possa a nação esperar a solução de seus problemas cruciais de natureza política e estrutural” (ob. cit., p. 381).

## **2. A Ineficácia.**

Mas, apesar de tudo isso, ou seja, da mais extensa declaração de direitos da história e de uma série de mecanismos de concretização, ainda

---

<sup>41</sup> Neste sentido Luis Roberto Barroso, in “Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora”, 4ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 144, e Eros Roberto Grau, “Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito”, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

não nos afastamos do que pode ser chamado de um período de “baixa constitucionalidade”<sup>42</sup>, situação que pode ser explicada por dois aspectos que penso fundamentais.

O primeiro deles diz respeito ao fato de que, no decorrer do desenvolvimento de nosso novo momento constitucional, tivemos a tentativa de implementação de um ideário neoliberal por meio de uma série de reformas constitucionais, as quais alteraram substancialmente o modelo do Estado brasileiro<sup>43</sup>.

Da análise das alterações, percebemos que boa parte delas (cerca de oito), ou trataram da saída do Estado de setores até então entendidos como prioritários, como o setor elétrico, o setor de telefonia e o setor de recursos naturais (gás, petróleo e recursos minerais), ou então da internacionalização de espaços que não eram oferecidos aos estrangeiros ou que tinham maior limitação como, por exemplo, a navegação, o transporte e as empresas de mídia.

É bem verdade que tal quadro não desconfigurou a Constituição no que ela tem de fundamental, até porque a rigidez que protege as cláusulas pétreas não tinha como ser rompida e funcionou como barreira na proteção dos direitos ali colocados, dentre eles os direitos e garantias fundamentais.

Entretanto, penso que grande foi sua contribuição para o baixo apego da população em geral à Constituição, já que, para promover as alterações constitucionais ditas “necessárias para o desenvolvimento do país”, foi criado um ambiente de desvalorização da Constituição, incutindo-se a ideia de que ela (a Constituição) é que tinha que se adaptar ao governante, e não o contrário.

Evidente que, ao se perceber que a Constituição poderia ser alterada com facilidade, bastando para tanto a construção de uma maioria parlamentar qualificada, todo o discurso político foi nela centrado, promovendo a desvalorização do documento e a criação de um ambiente político apto a reformá-la com frequência.

---

<sup>42</sup> Neste sentido, Lênio Luiz Streck, in “Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito”, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

<sup>43</sup> A esse respeito, remeto a trabalho que publiquei na obra “Constitucionalizando Direitos: 15 anos da constituição brasileira”, org. por Fernando Facury Scaff, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, intitulado “O Poder Judiciário na Concretização do Estado Democrático de Direito após 1988”.

A Constituição continuou sendo uma carta de estado democrático e de perfil social mas, lamentavelmente, com sua credibilidade abalada<sup>44</sup>.

Quanto ao segundo aspecto, deu-se pela ausência de atuação do Poder Judiciário em questões umbilicalmente ligadas aos direitos fundamentais, especialmente os de natureza social, imperando (e em parte isso ainda ocorre) o entendimento de que muito do que está colocado na Constituição Federal, ou depende de manifestação parlamentar para que produza efeito, ou consiste em normas não dotadas de imperatividade e força vinculante<sup>45</sup>.

Tal comportamento possibilita a constatação de que, quando assim age, o Poder Judiciário assume uma postura neutra – típica da que lhe era exigida no modelo liberal – mas que não se coaduna com a situação atual, especialmente se observada a mais contundente das afirmações do constitucionalismo contemporâneo: todos, sem qualquer exceção, estão vinculados às normas constitucionais.

É bem verdade, e justiça seja feita, que este não foi um quadro único, já que ao lado delas, e apesar delas, várias foram as decisões judiciais determinando a implementação de direitos assegurados na Constituição, não se constituindo em exagero afirmar que, em alguns casos, somente com a pressão exercida por meio de demandas judiciais é que se resolveram de forma adequada alguns problemas sociais.

Assim se deu, apenas para dar um exemplo, no caso da Lei n. 9313/96 que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS. Primeiro foram as decisões judiciais buscando implementar o direito à saúde dos portadores, utilizando-se fundamentalmente do texto constitucional como base de argumentação. Depois, a obrigação decorrendo diretamente da lei, a qual reconhece a obrigatoriedade do fornecimento.

---

<sup>44</sup> Esta situação pode ser percebida se analisada a questão dos juros que estavam previstos na CF. Quando do julgamento da ADI 004, em 07 de março de 1991, rel. Min. Sydney Sanches, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a norma constitucional que tratava do assunto não era auto-aplicável, dependendo, assim, de norma complementadora. Tal ato legislativo nunca aconteceu. Em 29 de maio de 2003, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 40, a qual retirou da Constituição Federal o parágrafo 3º, do art. 192, que tratava da taxa de juros. Em meio a esse julgamento, chegou-se a afirmar que tal norma não poderia ser implementada pelo fato de que juros não era assunto para ser tratado na Constituição.

<sup>45</sup> “Ao Poder Judiciário falece competência para interferir na política educacional implementada pelo Poder Executivo, quando esta é derivada de norma programática e não imperativa” (TJSC, ACMS n.º 2002.006812-3).

### 3. O Juiz: de Mediador de Conflitos a Instrumento na Garantia dos Direitos.

Feitas essas considerações e retornando especificamente à questão da atuação judicial, penso que a reestruturação referida na introdução, e que foi provocada fundamentalmente pela promulgação de uma constituição com novos direitos e instrumentos aptos a lhe dar concretização, atingiu de modo muito forte o espaço da atuação judicial, podendo-se até mesmo afirmar que atualmente o Juiz não encontra mais condições de agir dentro do modelo típico do Estado Liberal, onde era ele reduzido à figura de um “escravo da lei”, com sua atividade totalmente limitada pelo dogma maior e que é retratado na expressão “**dura lex sed lex**”.

Naquele sistema “A redução do juiz à condição de funcionário decorreu da concentração do poder de julgar e de legislar do estado centralizador, desde o advento da Revolução Francesa. Esta limitação retirou da função jurisdicional parte do seu tradicional significado de dizer o direito, como ocorria na época romana e como ocorre até hoje no sistema anglo-saxônico. A capacidade criativa do magistrado de elaborar e aplicar os princípios de direito (*uis*) passou a ser vinculada ao império da lei codificada (*lex*), elaborada muitas vezes para satisfazer interesses particulares, não gerais” (Luiz Flávio Gomes, “A questão do controle externo do Poder Judiciário – Natureza e Limites da independência judicial no estado democrático de direito”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 61).

A esse respeito Chain PERELMAN afirmou: “Essa concepção fiel à doutrina da separação dos poderes, identifica o direito com a lei e confia aos tribunais a missão de estabelecer os fatos dos quais decorrerão as consequências jurídicas, em conformidade com o sistema de direito em vigor. A doutrina da separação dos poderes é ligada à uma psicologia das faculdades, em que vontade e razão constituem faculdades separadas. Com efeito, a separação dos poderes significa que há um poder, o poder legislativo, que por sua vontade fixa o direito que deve reger certa sociedade; o direito é a expressão da vontade do povo, tal como ela se manifesta nas decisões do poder legislativo. Por outro lado, o poder judiciário diz o direito, mas não o elabora” (*in* “Lógica Jurídica: nova retórica”, p. 32, tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira, São Paulo, Martins Fontes, 1999).

Hoje a situação é outra. Estamos em um estado democrático de direito e, se antes o Juiz ficava limitado à busca de soluções para os conflitos que se desenrolavam no espaço privado e onde o uso da lei era privilegiado, confundida que era ela (a lei) com o conceito maior de justiça, agora (com o Estado Democrático de Direito) sua atuação é outra, passando ele a julgar conforme os critérios de justiça plasmados na Constituição.

Este quadro justifica a necessidade de se cunhar um novo modelo de juiz e, conseqüentemente, de um novo Poder Judiciário, que necessita se posicionar de modo diferente daquele até então adotado, já que todo o seu fundamento de atuação passa a ser justificado não mais pela separação de poderes, mas sim pela proteção dos direitos fundamentais previstos no texto maior.

Luigi FERRAJOLI bem sintetiza isso ao recordar a expressão “Há juízes em Berim”, afirmando que, na situação atual, *“deve haber un juez independiente que intervenga para reparar las injusticias sufridas, para tutelar los derechos de un individuo, aunque la mayoria o incluso los demás em su totalidad se unieran contra él; dispuesto a absolver por falta de pruebas aun cuando la opinión general quisiera la condena, o a condenar, si existen pruebas, aun cuando esa misma opinión demandase la absolución. Esta legitimación no tiene nada que ver con la de la democracia política, ligada a la representación. No se deriva de la voluntad de la mayoría, de la que asimismo la ley es expresión. Su fundamento es unicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales”* (in *“Derechos y garantías. La ley del más débil”*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2001).

Eis o ponto fundamental.

Se no Estado Liberal – e no modelo decorrente do tipo de Constituição que lhe dava sustentação – o que se tinha era um juiz neutro, distante e que só exercia seu papel mediador quando chamado pelas partes, no Estado Democrático de Direito desaparece essa figura, que passa a apresentar outras características, com mais poderes e com a obrigação de usá-los na busca da concretização constitucional.

Evidentemente que neste quadro haverá um juiz com maior intervenção e os casos de ativismo judicial serão mais frequentes. Contudo, além de ser este o preço a se pagar pelos ganhos obtidos na outra ponta, em lugar de simplesmente negar esta possibilidade, penso que devemos é aceitar esta situação como

natural no novo papel a ser exercido no estado democrático de direito com perfil social<sup>46</sup> e, a partir daí, buscar formas de solução para os casos de atuação inadequada e que venham a violar o compromisso democrático que deve permear a atividade jurisdicional, sem esquecer, contudo, que esta atuação será sempre necessária, indispensável<sup>47</sup>.

Aliás, em pesquisa realizada sob a coordenação da prof. Maria Tereza SADEK<sup>48</sup>, ao se indagar sobre as motivações das decisões judiciais, a maioria (86,5%) considera que as decisões judiciais devem orientar-se preponderantemente por parâmetros legais, mais de 3/4 (78,5%) julgam que se deve ter compromisso com as consequências sociais e, por fim, 36,5% dos entrevistados pensam nas consequências econômicas da decisão.

Estes números demonstram que parcela significativa dos juízes brasileiros já internalizou a preocupação com o embate travado entre a garantia para o exercício dos direitos sociais e a exequibilidade das decisões judiciais, confronto que é, sem dúvida alguma, um dos maiores problemas da atualidade nesta matéria e que está fortemente ligado a questão dos limites da decisão judicial, cuja falta leva, e ainda levará por algum tempo, a excessos.

Mas, de qualquer sorte e apesar disso, não podemos nos esquecer de duas questões aqui fundamentais, a saber:

1) não se trata de um quadro isolado, já isso ocorre até mesmo em países com mais tempo de convivência com o modelo constitucional que hoje temos<sup>49</sup>;

2) não se pode usar isso como justificativa para negar a atuação do Poder Judiciário, mas sim buscar mecanismos para reparar os eventuais excessos quando venham eles a ocorrer.

---

<sup>46</sup> A esse respeito ver Lênio Luiz Streck, “A hermenêutica filosófica e a teoria da argumentação da ambiência do debate positivismo (neo) constitucionalismo”, in “Diálogos Constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos”, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 285.

<sup>47</sup> Nesse sentido Antônio Manuel Peña Freire, ob. cit., p. 63, quando diz: “*Em suma, quizá no sea razonable que el órgano tenga la última palabra sobre el alcance y los limites de nuestros derechos, pero, desde luego, lo que sí que parece conveniente es que tenga la palabra*”.

<sup>48</sup> Sadek, Maria Tereza, in “Magistrados: uma imagem em movimento” – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

<sup>49</sup> Ingborg Maus, in “O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisdicional da ‘sociedade orfã’”, traduzido por Martônio M. Barreto Lima e Paulo A. de M. Albuquerque, publicado no “Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito”, UFPE, n. 11, 2000.

Em outras palavras: se esse é o preço a se pagar para que o Estado Democrático seja implementado, é fundamental que tenhamos mecanismos aptos a corrigir os eventuais excessos e que recolorem as coisas no seu devido lugar.

Tais mecanismos poderiam consistir em, por exemplo, uso do poder de regulamentação do Estado em relação aos direitos sociais sem, evidentemente, restringi-los indevidamente, o que reduziria os espaços decisórios, e, ainda, a constante adoção, em grau máximo, do juízo de proporcionalidade e razoabilidade permanente nas decisões judiciais, o que levaria à compreensão de que a decisão judicial sempre será lançada em uma realidade, em um conjunto de fatos e, o que é óbvio, que tal realidade, não pode ser desconsiderada ou esquecida.

Só assim, penso, é que conseguiremos atingir a sociedade tão sonhada com a Constituição de 1988, rumo que não podemos abandonar.

#### **Referências:**

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** 4ª ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** 4ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª ed., 2ª tiragem, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CARBONELL (org), Miguel. **Neoconstitucionalismo(s).** 2ª ed. Madrid: Trotta. 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil.** 2ª ed. Madrid: Trotta, 2001.

\_\_\_\_\_. **Derecho y razón.** Madrid: Trotta, 1995.

\_\_\_\_\_. *Los fundamentos de dos derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

FREIRE, Antonio Manuel Peña. *Constitucionalismo Garantista y Democracia*, publicado na *Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de política, filosofía y derecho*, n. 22, Curitiba: UNIBRASIL, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **A questão do controle externo do Poder Judiciário – Natureza e Limites da independência judicial no estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

PERELMAN, Chäim. **Lógica Jurídica: nova retórica**. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAUS, Ingborg. **O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial da ‘sociedade orfã’**. Tradução de Martônio M. Barreto Lima e Paulo A. de M. Albuquerque. In “Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito”, Recife: UFPE, n. 11, 2000.

SCAFF, Fernando Facury (org). **Constitucionalizando Direitos: 15 anos da constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. **A hermenêutica filosófica e a teoria da argumentação da ambiência do debate ‘positivismo (neo) constitucionalismo’**, in “Diálogos Constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos”. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.