

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

DIEGO RAMIREZ GRIGIO SILVA

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A EFETIVIDADE DO
DIREITO FUNDAMENTAL A IGUALDADE**

**VITÓRIA
2008**

DIEGO RAMIREZ GRIGIO SILVA

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A EFETIVIDADE DO
DIREITO FUNDAMENTAL A IGUALDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória-ES, como requisito para a obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientador: Prof^o. Dr. Geovany Cardoso Jeveaux

VITÓRIA

2008

DIEGO RAMIREZ GRIGIO SILVA

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL A IGUALDADE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória-ES, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.

Aprovada em ____ / ____ / ____.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof.º Dr. Geovany Cardoso Jevaux
Orientador

Prof.º Dr.

Prof.º Dr.

A Deus, princípio e fim, Senhor de todas as coisas, aquele a quem confio a guarda dos meus caminhos e das minhas idéias.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador que, com sapiência e dedicação ao ensino, postura ética e comprometida com a temática, ajudou-me a reconhecer quão importante é o papel da Jurisdição Constitucional, especialmente, no que tange à efetividade do direito fundamental a igualdade.

Aos membros da banca examinadora que prontamente aceitaram o convite para participar de minha defesa, enriquecendo meu trabalho e contribuindo sobremaneira para meu crescimento.

Aos meus colegas de turma que com suas experiências de vida (pessoal, profissional e acadêmica), me fizeram amadurecer em todos esses aspectos, colaborando para identificação da minha individualidade.

À FDV que acreditou no meu potencial e possibilitou a realização de um sonho: tornar-me mestre em Direito.

Por fim, mas, não menos importante, à minha família. Minha mãe que sempre apostou no meu potencial e, com todo amor do mundo, apoiou-me nos momentos mais difíceis. Meu pai, professor e jurista de qualidades inquestionáveis, grande oportunizador dessa empreitada acadêmica, não só pelo aspecto financeiro, mas também genético, pois no curso de mestrado percebi meu engajamento docente. À Millena por ter me apoiado e suportado meus momentos de estresse, quando não, de ausência. À Luisa, amor sem palavras para explicar; motivo pelo qual me esforço a cada dia, visando aperfeiçoamento pessoal, profissional e paterno.

“Em todo o mundo [...] Minorias étnicas continuam a ser desproporcionalmente pobres, desproporcionalmente afetadas pelo desemprego e desproporcionalmente menos escolarizadas que os grupos dominantes. Estão sub-representadas nas estruturas políticas e super-representadas nas prisões. Têm menos acesso a serviços de saúde de qualidade e, conseqüentemente, menor expectativa de vida. Estas, e outras formas de injustiça racial, são a cruel realidade do nosso tempo; mas não precisam ser inevitáveis no nosso futuro”

(**Kofi Annan**, ex-Secretário-Geral da ONU, março, 2001).

RESUMO

A presente dissertação tem por escopo analisar o exercício da jurisdição constitucional na perspectiva da efetividade do direito fundamental a igualdade. O método utilizado foi o dialético, específico das ciências sociais e que vê a realidade histórica, não apenas como um fluxo, mas, sobretudo, como a origem de uma explicação. A técnica empregada para a coleta de dados compreendeu consulta a obras nacionais e estrangeiras, além de artigos científicos e decisões judiciais. Adentrando ao tema proposto, identificamos a jurisdição constitucional como instância de poder contramajoritário, cuja finalidade é controlar a constitucionalidade dos atos estatais, evitando o abuso de maiorias irresponsáveis. Como problema central do nosso trabalho, pontuamos o exame sobre a contribuição da jurisdição constitucional na efetivação do direito fundamental a igualdade. Para tanto, colhemos alguns elementos sobre a evolução da Constituição; do Estado e dos direitos fundamentais, enfatizando o atual momento do constitucionalismo e as principais alterações ocorridas no direito constitucional contemporâneo, com destaque para o recrudescimento da força normativa da Constituição; a ascensão dos princípios; a nova interpretação constitucional e o revigoração da jurisdição constitucional. Considerando o recorte metodológico, abordamos alguns aspectos que circundam o estudo da jurisdição constitucional: marco histórico (em especial nos EUA e no Brasil); principais modelos; sistematização da Jurisdição Constitucional brasileira e sua relação com o Estado Democrático e com os direitos fundamentais, onde enfatizamos o direito fundamental a igualdade. Concluímos, ao final que a remodelação política e social encampada pela jurisdição constitucional, recrudescida no 2º pós-guerra e forjada na Constituição brasileira de 1988, somada às relutantes desigualdades sociais e ao déficit de políticas públicas de promoção da igualdade, induzem significativo aumento da contribuição jurisdicional na efetividade do direito fundamental a igualdade.

Palavras-chave: ação afirmativa, direito fundamental, efetividade, igualdade e jurisdição constitucional.

ABSTRACT

The present dissertation has the purpose of analyzing the exercise of the constitutional jurisdiction over the perspective of the fundamental right's effectivity for the equality. The used method will be the dialectic, specific from the social science and which understands the historic reality, not only as a flow, but, mostly, as the Genesis of an explanation. The applied technique for the data collection is going to be the consultation of national and foreign works, plus scientific articles and Law decisions. Getting into the proposed theme, we identify the constitutional jurisdiction as instance of nonmajoritarian power, which the aim is to control and annul the acts of the other functions referred to the State (legislative or executive) opposed to the constitutional rules, avoiding the abuse of irresponsible majorities. As the central problem of our work, we punctuate the exam over the contribution of the constitutional jurisdiction in the effectuation of the fundamental right for equality. Therefore, we chose some elements about the evolution of the Constitution, State, and fundamental rights, emphasizing the present moment of the constitutionalism and the mainly changes made in the contemporary constitutional right, focusing on the aggravation of the Constitution's normative strength, the rising of principles and its new constitutional interpretation and the revigoration of the constitutional jurisdiction as well. Considering the methodologic cutting, we broached some aspects that surround the constitutional jurisdiction study, history landmark, (especially in the USA and in Brazil), principal models, systematization of the Brazilian Constitutional Jurisdiction and its relation with the Democratic State and with the fundamental rights, where we emphasize the fundamental right for the equality. We concluded, in the end, that the political and social reshape of the constitutional jurisdiction, constructed in the 2^o post-war and forged in the Brazilian Constitution of 1988, added to the unwilling social inequality and to the deficit of public politic of the equality's promotion, induce a significant raise of the contribution of the jurisdiction function in the fundamental right's effectivity for the equality.

Key-words: affirmative action, fundamental right, effectivity, equality and constitutional jurisdiction.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

EC – Emenda Constitucional

ES – Espírito Santo

EUA – Estados Unidos da América

IDH – Índice de Desenvolvimento Humano

MPF – Ministério Público Federal

PGR – Procurador Geral da República

PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

PROUNI – Programa Universidade para Todos

STF – Supremo Tribunal Federal

UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro

UFES – Universidade Federal do Espírito Santo

UNB – Universidade de Brasília

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 BREVE ESCORÇO EVOLUTIVO DA CONSTITUIÇÃO, DO ESTADO E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	20
1.1 CONSTITUIÇÃO DEFENSIVA, ESTADO LIBERAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS DE 1ª DIMENSÃO.....	22
1.2 CONSTITUIÇÃO CONSTITUTIVA, ESTADO SOCIAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS DE 2ª DIMENSÃO.....	26
1.3 CONSTITUIÇÃO PARTICIPATIVA, ESTADO DEMOCRÁTICO E DIREITOS FUNDAMENTAIS DE 3ª DIMENSÃO.....	34
1.3.1 Neoconstitucionalismo e características do direito constitucional contemporâneo	41
1.3.1.1 Força normativa da Constituição.....	47
1.3.1.2 Ascensão dos princípios e nova interpretação constitucional.....	49
1.3.1.3 Revigoração da jurisdição constitucional.....	54
2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	57
2.1 MARCO HISTÓRICO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	61
2.2 PRINCIPAIS MODELOS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	67
2.3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL.....	71
2.4 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA.....	77
2.5 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	86
3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL A IGUALDADE	95
3.1 DIREITO FUNDAMENTAL A IGUALDADE.....	96
3.1.1 Igualdade pelo reconhecimento	108
3.1.2 Igualdade pelo terceiro setor	112
3.1.3 Igualdade pelo Poder Judiciário	116
3.1.3.1 Capacitação e aperfeiçoamento dos magistrados.....	134

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....141

5 REFERÊNCIAS.....144

INTRODUÇÃO

O Mundo Contemporâneo vem aprendendo que nenhuma teoria científica pode ser levada a cabo como absoluta ou intangível, inadmitindo-se a existência de um parâmetro único de resolução de conflitos¹. Tal assertiva decorre do fato de que os indivíduos de uma determinada sociedade constroem e garantem seus direitos na medida em que não se conformam com as injustiças perpetradas pelo Estado ou por outros membros da própria sociedade em que vivem, tornando-se necessária a adoção de novas posturas.

A história das instituições públicas constitui um processo de marchas e contramarchas, sendo que as reivindicações sociais impulsionam e contribuem, sobremaneira, para a evolução do Estado e o reconhecimento de novos direitos, demandando-se dos entes estatais uma postura ativa e adequada às necessidades sociais. Tal assertiva decorre de uma conexidade entre ordem social e ordem jurídica.

Assim, o Estado desde sua primária formação moderna, estrutura-se para bem aparelhar a coisa pública, distribuindo bens e direitos. A organização e a divisão dos Poderes são, sem dúvida, um grande avanço daquela época, ainda que funcionalmente divididos de forma estanque e com a tímida participação de alguns deles. Hodiernamente, as funções do Estado (legislativa, executiva e judiciária) apresentam uma modelagem harmônica (um sistema de freios e contrapesos)², tendo em vista a necessidade de se controlarem mutuamente a fim de atingir os mais relevantes escopos constitucionais, dentre os quais destacamos o reconhecimento e a efetivação dos direitos fundamentais.

Tal divisão funcional não constitui um fim em si, mas um instrumento fundamental à efetividade dos direitos fundamentais, formando o pilar estrutural da organização

¹ FREIRE JR., Américo Bedê. **Controle Judicial de Políticas Públicas**, São Paulo: RT, 2005, p. 19.

² Tal afirmação, em âmbito nacional, encontra esteio na CRFB/1988, que em seu artigo 2º diz que: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

política de um Estado. Trata-se de um sistema garantidor de direitos fundamentais assegurados na Constituição, que não coaduna com a comodidade governamental³. Ressalta-se, pois, que no século XX fomos marcados por duas grandes guerras (1914 - 1918/1939 - 1945) que alteraram o cenário mundial, onde pontuamos o desmantelamento dos regimes socialistas com viés totalitário e a ascensão de um discurso em torno da democracia constitucional como sendo o regime de governo mais adequado às circunstâncias globais da época⁴.

É certo que existem diversas concepções acerca da democracia, comportando, o termo, diversos contornos institucionais. Destacamos, no entanto, que democracia não é um mero conceito político, abstrato e estático, mas um processo de afirmação e participação do povo na garantia dos direitos fundamentais historicamente conquistados⁵. Nesse sentido, a afirmação do Estado Democrático incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*⁶, que entremostra além da crise da representatividade política indireta (democracia representativa), a vinculatividade do Estado (em qualquer esfera da organização política, administrativa e institucional) aos escopos perfilhados na Constituição.

Assim, centralizando no tema proposto destacamos, ainda com relação ao século passado e, principalmente nos países tidos como democráticos, a intensificação da jurisdição constitucional como um mecanismo estatal voltado à defesa da Constituição, atuando como “árbitro do jogo democrático e tendo como objetivo assegurar, contra eventuais maiorias, a pauta de direitos fundamentais e a sobrevivência das minorias políticas”⁷. No entanto, a despeito do seu papel

³ MELLO, Cláudio Ari. **Os Direitos Sociais e a Teoria Discursiva do Direito**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 224, abr. 2001, p. 274.

⁴ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**, 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 01.

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª edição, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 126.

⁶ *Idem*, p. 119.

⁷ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**, 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 10

fundamental na organização política do Estado, não faltam vozes para criticar ou até deslegitimar sua atuação.

Como justificativa do trabalho, portanto, apontamos, primeiramente, as resistências impostas quanto à legitimidade da Jurisdição Constitucional, fundadas, especialmente, na aparente contradição existente entre constitucionalismo e democracia; em segundo, a constatação de que são necessárias mudanças no que tange ao cenário social do nosso país, pois a despeito de constituirmos uma sociedade plural e identificada por diferentes culturas, raças, etnias, orientações sexuais etc., poucos são os que encontram igualdade de condições e oportunidades para ascensão social. Destarte, corroborando com a segunda justificativa desse trabalho e reafirmando o déficit de políticas públicas para boa parte da população, destacamos afirmação expendida por Américo Bedê Freire Júnior:

As políticas públicas são tomadas não no interesse da máxima efetividade dos direitos humanos, mas sim de grupos econômicos, pois qual seria o sentido de políticas públicas para os excluídos? Nunca os interesses do Estado foram encontrados (forjados) para beneficiar tão poucos quanto em nossa época de globalização, uma vez que em seu aspecto econômico, a globalização vem produzindo efeitos sociais inversamente proporcionais aos argumentos justificadores de sua implantação”.⁸

Assim, interagindo as justificativas apresentadas nos propomos a analisar a contribuição da jurisdição constitucional para a efetividade⁹ do direito fundamental a igualdade, que embora seja formalmente previsto, é constantemente violado, tanto pelo comportamento discriminatório e não inclusivo da sociedade, como pela insuficiência de políticas públicas e sociais que visam reduzir desigualdades sociais. Ressaltamos, pois, que o nosso trabalho dará ênfase à realidade constitucional brasileira, embora abarque a experiência de outros países.

⁸ FREIRE JR., Américo Bedê. **Controle Judicial de Políticas Públicas**, São Paulo: RT, 2005, p. 31.

⁹ Consideramos a efetividade como sendo a realização prática, a instrumentalização ou materialização de algo no mundo fenomênico.

É preciso existir um vetor em direção contrária à hegemonia econômica e o apego sobrelevado do mercado em detrimento do social¹⁰. Essa diretriz é para nós a garantia efetiva dos direitos fundamentais¹¹, especialmente no que diz respeito à tutela emanada do Poder Público. Não obstante, alguns movimentos dogmáticos e conservadores insistem em embaraçar uma postura mais ativa do Judiciário na efetivação desses direitos, principalmente os de cunho social, lapidando discussões relacionadas à falta de legitimidade democrática da jurisdição constitucional e a conseqüente vedação de sua intervenção em questões de natureza política e social. Argumentos que, por vezes, são utilizados em favor da manutenção do estado atual ou até mesmo como escudos para encobrir a prática de irregularidades.

Não podemos, contudo, deixar de afirmar que essa realidade vem se alterando lenta e gradativamente graças a um movimento mundial de proteção dos direitos humanos e fundamentais¹². Nessa linha, destacamos que a ampliação normativa da Constituição e o recrudescimento da atividade jurisdicional, sobrelevado pela ampliação do rol de legitimados para propositura de ações constitucionais e pelo alargamento das atribuições do Ministério Público, especialmente no que tange à defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis¹³, contribuem para o

¹⁰ Sobre os efeitos sociais da globalização econômica, consultar THERBORN, Göran. **Globalização e desigualdade: questões de conceituação e esclarecimento**. Sociologias, Porto Alegre, n. 6, Dec. 2001 (disponível: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S151745222001000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 Nov. 2008). Cobra relevo destacar que as discriminações impingidas no país não se resumem aos fatores econômicos e sociais. No entanto, tratam-se dos mais intensos e preponderantes fatores da discriminação e da desigualdade social.

¹¹ Sobre o assunto, vale referendar passagem de Norberto Bobbio ao afirmar que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (**A era dos direitos**. 10ª edição, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24).

¹² Podemos citar como exemplo a Organização Internacional do Trabalho (1919); a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); a Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965); a Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979); o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966); etc. Tais indicações não foram escolhidas por acaso e se encontram em consonância com o tema proposto, já que tratam de assuntos ligados direta ou indiretamente ao direito fundamental à igualdade, ora proibindo a discriminação, ora promovendo a igualdade.

¹³ Segundo o artigo 127 da CRFB/1988: “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

discurso de efetivação dos direitos fundamentais. Além disso, a nova postura assumida por alguns juízes diante de questões com grande relevância jurídica e social, são fatores que justificam nossa análise.

Mesmo com os avanços apontados alhures, destacamos sérias insuficiências no que diz respeito à diminuição das desigualdades sociais que, há muito, se protraem no tempo. Essa afirmativa é constatada por dados estatísticos realizados por diversos institutos de pesquisa especializada, onde destacamos o Relatório de Desenvolvimento Humano do PNUD¹⁴, que a despeito de suas nobilíssimas finalidades, demonstra disparidades quanto o acesso aos bens fundamentais da sociedade (saúde, trabalho, educação, moradia, etc.), levando em consideração a idade, a cor e a classe social das pessoas relacionadas. Por essa razão, intensificam-se as discussões quanto a necessidade de ações afirmativas, cujo escopo é possibilitar a igualdade de condições e oportunidades para aqueles que historicamente são estigmatizados¹⁵.

Não se pode deixar à própria sorte aqueles que foram, e ainda são, excluídos das benesses sociais. No Brasil, a CRFB/1988 é um paradigma que marca o processo de redemocratização e consolidação da cidadania no país, descrevendo dentre seus principais fundamentos: a cidadania e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, II e III) e como objetivos fundamentais: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; bem como o

¹⁴ O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) é “a rede global de desenvolvimento da Organização das Nações Unidas, presente em 166 países. Seu mandato central é o combate à pobreza. Trabalhando ao lado de governos, iniciativa privada e sociedade civil, o PNUD conecta países a conhecimentos, experiências e recursos, ajudando pessoas a construir uma vida digna e trabalhando conjuntamente nas soluções traçadas pelos países-membros para fortalecer capacidades locais e proporcionar acesso a seus recursos humanos, técnicos e financeiros, à cooperação externa e à sua ampla rede de parceiros”. Em 2000, líderes mundiais assumiram o compromisso de alcançar os objetivos de desenvolvimento do milênio, que incluem reduzir a pobreza extrema pela metade até 2015. No PNUD Brasil, há um enfoque especial para encontrar e compartilhar soluções em três áreas principais: governança democrática; redução da pobreza; energia e meio ambiente (disponível em: <<http://www.pnud.org.br/pnud/>>. Acesso em 02 dez. 2008).

¹⁵ Sobre a adoção de medidas afirmativas no plano internacional, ressaltamos a importância da Declaração e do Plano de Ação adotados pela Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e a Intolerância Correlata, realizada pelas Nações Unidas na cidade de Durban na África do Sul, em 2001 (disponível em: http://www.inesc.org.br/biblioteca/legislacao/Declaracao_Durban.pdf. Acesso em: 02 dez. 2008).

bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, I, II, III e IV).

Atitudes contrárias a esses desígnios se mostram passíveis de controle, especialmente pelo Poder Judiciário. O Estado, principal agente responsável pela promoção de políticas públicas e sociais não pode se furtar a cumpri-las, transformando-as em meras promessas, diretrizes ou programas a serem realizados ao bel prazer da Administração. Assim, analisando os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, percebemos a imposição quanto ao respeito dos direitos fundamentais, com destaque para aqueles ligados à igualdade de condições para o acesso de bens fundamentais como saúde, educação, trabalho, moradia, etc.¹⁶.

Não é o Judiciário o local mais apropriado para a discussão de questões político-afirmativas, ainda que tenham um viés jurídico. Porém, há um aumento significativo no número de demandas judiciais com essa natureza (judicialização da política), provocando, assim, um redimensionamento da função jurisdicional. Destacamos, pois, que não pretendemos defender o Judiciário como sendo a única ou a melhor solução para os problemas sociais do país, nem tampouco afastar a possibilidade de controlarem-se os próprios atos jurisdicionais, quando contrários aos ditames constitucionais, mas apenas mostrar a sua contribuição para a efetividade do direito fundamental à igualdade.

Vale destacar que o sistema jurídico brasileiro dispõe de instrumentos de controle das omissões estatais, sendo a CRFB/1988 a primeira a expressamente contemplar remédios jurisdicionais específicos para suprir omissões inconstitucionais, como: o mandado de injunção (artigo 5º, LXXI); a Ação Direta de

¹⁶ No que tange ao acesso à educação e ao emprego, destacamos a norma que dispõe sobre a implantação do sistema de cotas em universidades públicas e no serviço público do Brasil. No que tange ao sistema de cotas em universidades públicas nos posicionaremos mais adiante (item 3.1.3); já quanto às cotas no serviço público (ou seja, funcionários públicos e também empregados públicos), ressaltamos o louvável dispositivo constante no artigo 37, inciso VIII da CRFB/88: "a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão". Tal norma vem sendo cumprida em quase todos os certames para concorrer a cargos e empregos públicos, demonstrando a evolução do Estado Democrático de Direito.

Inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, §2º) e a Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (artigo 103, §1º).

No que tange à efetividade do direito fundamental a igualdade, a experiência nos mostrou que à luz do modelo liberal de Estado, a igualdade não passava de simples ficção e, por consequência, o direito constitucional que a consagrava detinha-se numa concepção meramente formal. Assim, mesmo o Brasil sendo um país cuja diversidade é admirável, a propagação do preconceito e da discriminação (ainda que simbólica) resta evidente. Além disso, a insuficiente difusão conservadora da igualdade formal (que se resume numa “tolerância negativa”¹⁷) aumenta as discussões sobre a necessidade de se efetivar a igualdade material¹⁸, instituindo-se ações de cunho afirmativo para determinados grupos ou segmentos da sociedade¹⁹. Com efeito, como bem assinala Carmen Lúcia Antunes Rocha:

(...) em nenhum Estado Democrático, até a década de 60, e em quase nenhum até a última década do século XX se cuidou de promover a igualação e vencerem-se os preconceitos por comportamentos estatais e particulares obrigatórios pelos quais se superassem todas as formas de desigualação injusta. Os negros, os pobres, os marginalizados pela raça, pelo sexo, por opção religiosa, por condições econômicas inferiores, por deficiências físicas ou psíquicas, por idade etc., continuam em estado de desalento jurídico em grande parte do mundo. Inobstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos, da liberdade igual para todos, não são poucos homens e

¹⁷ Norberto Bobbio ao tratar das razões da tolerância, identifica dois significados no termo “tolerância”, um positivo e outro negativo. A tolerância em sentido positivo opõe-se à intolerância (religiosa, política e racial), ou seja, à indevida exclusão do diferente, enquanto que em sentido negativo, expressa o “deixar as coisas como estão”, ou seja, tapar os olhos para os problemas decorrentes das várias formas de preconceito e discriminação (**A era dos direitos**. 10ª edição, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 210-211).

¹⁸ Esse novo enfoque do direito fundamental a igualdade, que visa não somente vedar a discriminação, mas, especialmente, promover a igualdade, nasceu nos EUA e foi utilizada pela primeira vez na ordem executiva federal americana em 1965. Como lembra Carmen Lúcia Antunes Rocha, estas ações tiveram origem num pronunciamento do então Presidente Lyndon B. Johnson, que em 04.06.1965, no Howard University, indagou se todos ali eram livres para competirem com os iguais membros da mesma sociedade em igualdade de condições (**Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. In Revista Trimestral de Direito Público, nº. 15/1996, p. 87).

¹⁹ Vale destacar que, não obstante a necessidade fática de implementação de ações afirmativas no Brasil, tanto os tratados internacionais em que o país é signatário, quanto a nossa atual Constituição da República autorizam, quando não impõem, a utilização de ações afirmativas para promover justiça e igualdade material. Tal afirmativa, no entanto, será demonstrada e exemplificada ao longo do nosso trabalho.

mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e comprometida, deixados que são à margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade política²⁰.

Essas são, portanto, as razões pelas quais sustentamos a relevância de se estudar o presente tema. Já no que tange ao objetivo do trabalho, pretendemos fomentar no pensamento jurídico e social, a consciência de que normas meramente proibitivas de tratamentos discriminatórios não bastam para amainar as desigualdades sociais existentes no país, ensejando maior reflexão sobre a efetivação da igualdade material, inclusive pelo Poder Judiciário.

Para atingir tais desideratos, analisamos, primeiramente, alguns aspectos sobre a evolução da Constituição, do Estado e dos direitos fundamentais, visando melhor compreensão sobre o assunto. Posteriormente, examinamos algumas mudanças ocorridas no direito constitucional contemporâneo como, por exemplo, o fortalecimento da força normativa da Constituição, a ascensão dos princípios, a nova interpretação constitucional, e por fim, o revigoramento da chamada jurisdição constitucional. Por fim, analisamos os principais aspectos que envolvem o estudo da jurisdição constitucional, como: conceito; finalidade; marco histórico (em especial nos EUA e no Brasil); principais modelos; atual sistema brasileiro; relação com a democracia e com os direitos fundamentais, especialmente, com o direito fundamental a igualdade.

Após breve prefácio da presente monografia, passamos a desenvolver seu conteúdo.

²⁰ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, **Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. In Revista Trimestral de Direito Público, nº. 15/1996, p. 86.

1 ESCORÇO EVOLUTIVO DA CONSTITUIÇÃO, DO ESTADO E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de iniciarmos o desenvolvimento do tema central do nosso trabalho, apontamos para a análise, ainda que breve, da evolução de três institutos fundamentais, interdependentes e complementares, que ensejam não apenas uma melhor compreensão sobre assunto, mas também justificam a hipótese. Examinamos, assim, a evolução da Constituição, do Estado e dos direitos fundamentais.

Não há como distanciar esses três componentes fundamentais do cerne desse estudo. Vejamos: o Estado está intimamente ligado à Constituição, pois é esta quem o inaugura (ao menos em sua concepção moderna); a Constituição se imbrica com os direitos fundamentais, uma vez que é ela quem os reconhece e cria a maioria dos instrumentos para sua devida proteção²¹. Não obstante, como o enfoque do presente trabalho é o direito fundamental à igualdade, entendemos como necessária a análise em comento, pois tal direito evoluiu, sobremaneira, durante a referida passagem histórica.

Ao lançarmos um conceito de Constituição²², podemos defini-la como regra estrutural de um Estado²³ (Lei Fundamental), cujo objetivo é regular o exercício e

²¹ Cf., LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**, octava edición, Madrid: Editorial Tecnos, 2004, p. 19 e 26-27. Destaca o autor a existência de um estreito nexo de interdependência (genético e funcional) entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, onde àquele é dirigido a tarefa de realização destes. Ressaltamos, porém, que a noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da idéia de Estado e de Constituição, que tão-somente consagraram a necessidade de esculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito e derivado da soberana vontade popular.

²² Não obstante o termo Constituição representar uma expressão plurívoca (comportando significados sociológicos, jurídicos e políticos), assim como o conceito de Direito, podemos afirmar que a mesma se coloca como objeto central do estudo do Direito Constitucional e pode ser definida como “o corpo, a estrutura de um ser que se convencionou chamar de Estado”. Assim, por ser nela o local onde podemos “localizar as partes componentes do Estado, estamos autorizados a afirmar que somente pelo seu exame é que conheceremos o Estado” (TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 6ª edição, São Paulo: RT, 1989, p. 17). No mesmo sentido, José Afonso da Silva sintetiza o conceito de Constituição afirmando ser “o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado” (**Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª edição, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 38).

²³ Costuma-se definir o Estado como ente político formado por três elementos constitutivos (povo, território e governo soberano), cuja finalidade é o *bonum commune*. Para uma análise detalhada sobre a

os limites do poder; a organização político-administrativa do Estado e os direitos e garantias fundamentais²⁴. É na Constituição que repousa a opção do constituinte pelo modelo de Estado, o que demarca suas características e seus desígnios²⁵. Nesse contexto e, dentro de uma concepção histórica que enfatizamos não ter sido linearmente construída, apontamos o constitucionalismo liberal como sendo o marco inaugural desse estudo²⁶, pois além de consagrar a moderna concepção de Estado, inaugurou a primeira dimensão²⁷ dos direitos fundamentais²⁸, onde

Teoria do Estado, v. JELLINEK, George. **Teoría General del Estado**, Granada, Espanha: Editorial Colmares, 2000; no Brasil, cf., DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999 e REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000. Cabe registrar que o termo “Estado” foi empregado pela primeira vez por Nicolau Maquiavel, em sua obra *O príncipe*, publicada em 1513.

²⁴ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**, 2ª edição, rev. atual. e ampl., São Paulo: RT, 2003, p. 29.

²⁵ *Idem*, p. 29.

²⁶ Destacamos, porém, que “uma Constituição *real e efetiva* a possuíram e a possuirão sempre todos os países, pois é um erro julgarmos que a Constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos” LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**, 6ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 25. Com isso, afirma o referido autor existir Constituição desde a Antigüidade. No entanto, por não ser objeto de nosso estudo e demandar análise profunda e em separado, não iremos desenvolver considerações sobre a possível existência de um constitucionalismo pré-medieval.

²⁷ Tendo em vista a conotação fragmentária do termo “geração” de direitos fundamentais, optamos neste trabalho pela utilização da nomenclatura “dimensão”. Com efeito, o termo geração dá uma falsa impressão de substituição de uma geração por outra, o que não condiz com a complementaridade inerente aos direitos fundamentais, que embora desenvolvam num processo histórico, são, de fato, cumulativos. Mesmo assim, a despeito da escolha, não consideramos o termo “dimensão” infenso a críticas.

²⁸ Numa visão abrangente, não há diferenças significativas entre direitos humanos e direitos fundamentais, havendo enorme variação terminológica no plano internacional e interno. O professor gaúcho Ingo Wolfgang Sarlet, examinando a problemática da utilização das várias expressões em torno dos direitos fundamentais, atenta para a heterogeneidade e ausência de consenso na órbita conceitual e terminológica. Demonstra essa dificuldade, a partir do próprio texto da nossa Constituição de 1988, que menciona as nomenclaturas: “direitos humanos” (artigo 4º, II); “direitos e garantias fundamentais” (epígrafe do título II e artigo 5º, §1º); “direitos e liberdades constitucionais” (artigo 5º, LXXI) e “direitos e garantias individuais” (artigo 60, §4º, IV), razão pela qual prefere o termo “direitos fundamentais” em sua obra, seja pelo seu enfoque dogmático-constitucional, seja pela tendência da doutrina em rechaçar outros termos (**A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 29 e FABRIS, Daury César. **Bioética e Direitos Fundamentais**, Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 187). Ainda sobre o assunto, na esteira do ensinamento de A.E.Pérez Luño, deve-se estabelecer uma distinção entre as expressões, “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, pois as mesmas não se confundem. Para Luño, os *direitos fundamentais* são aqueles direitos dos seres humanos reconhecidos e positivados no direito constitucional positivo de um determinado Estado, enquanto que os *direitos humanos* se relacionam aos direitos naturais positivados em Declarações e Convenções internacionais, onde se reconhece o ser humano como tal, não importando sua vinculação a determinada ordem constitucional, pois desvinculada do tempo e aspirando validade supranacional (**Los Derechos Fundamentales**, 8ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2004, p. 44).

destacamos duas Constituições escritas e rígidas: a dos Estados Unidos da América, de 1787, promulgada após a independência das treze Colônias britânicas, e a da França, de 1791, fruto da Revolução Francesa.

1.1 CONSTITUIÇÃO DEFENSIVA, ESTADO LIBERAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS DE 1ª DIMENSÃO.

A história experimentou diversos modelos de Constituição e, conseqüentemente, de Estado, cada qual com especificações próprias do contexto em que foram forjadas. Tais mutações, no entanto, influenciaram sobremaneira a concepção e o conteúdo dos direitos fundamentais²⁹.

Durante o período Liberal (séc. XVII e XVIII), prevaleceu o ideário constitucional no sentido de que o Estado só existiria, verdadeiramente, se os indivíduos usufríssem de liberdade, segurança e propriedade (plenas), e ainda, se houvesse limitação e distribuição do poder estatal entre diferentes órgãos³⁰. Tal modelo estatal teve sua origem marcada pelo declínio do Estado Absolutista e pela superação do *Anciën Regime*, identificando-se por fomentar uma postura individual e garantista, cujo primado se ancorava na liberdade, na segurança, na propriedade e na resistência à opressão³¹.

²⁹ Cf., CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição, Coimbra: Almedina, 2003, p. 380-388. Destaca o autor as diferentes concepções ideológicas dos direitos fundamentais apontando, dentro de sua história e memória, os principais momentos de “consciencialização” do problema dos direitos do homem e como eles contribuíram para sua construção.

³⁰ Sobre isso, vale destacar o artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, pronunciando que “toda sociedade que não garante os direitos fundamentais e a separação de poderes não tem uma Constituição”. Ainda que à época de sua instituição, tivesse, a separação dos poderes, conteúdo diverso do atualmente empregado, elevada foi a sua importância na consolidação do constitucionalismo moderno.

³¹ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**, 2ª edição, rev. atual. e ampl., São Paulo: RT, 2003, p. 30.

Com algumas de suas bases teóricas lançadas por John Locke³² e Montesquieu³³, o Estado Liberal caracterizou-se, primordialmente, pela luta contra os desmandos do absolutismo monárquico, a difusão dos direitos fundamentais individuais, a separação estanque entre os poderes e o império das leis³⁴. Sua proposta foi resguardar, principalmente, a vida, a liberdade individual e a propriedade privada, como valores absolutos. Assim, podemos afirmar que havia uma pretensão de omissão por parte do Estado, que não deveria intervir nos negócios privados.

Desse modo, dentro da perspectiva liberal a noção de Constituição é a de uma garantia contra o abuso do poderio estatal³⁵. Complementando as afirmações supra, Paulo Bonavides afirma que:

Na doutrina do Liberalismo, o Estado sempre foi o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade³⁶.

Nesse ínterim, o direito constitucional desse período se consubstanciou em normas-garantia (liberdades negativas), razão que nos fez adotar no título deste item a expressão “Constituição Defensiva” utilizada pela professora Flávia Piovesan para designar a característica fundamental do constitucionalismo

³² Cf. LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo civil**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

³³ Cf. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

³⁴ No Estado Liberal a lei, que até o período medieval e absolutista era vista como sagrada e imutável, fruto de um poder divino (expresso pelo monarca), ganha característica humana: passa a ser expressão da vontade geral. Segundo ideais lançados por Jean Jacques Rousseau “todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou por seus representantes, para sua formação” (art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão). Além disso, a lei no Estado Liberal se impunha ao próprio Estado, condicionando os atos administrativos e as sentenças judiciais (vigora a supremacia do parlamento, o que garantiria certa dose de segurança jurídica), SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**, 4ª ed., 5ª tir., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 45.

³⁵ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**, 2ª edição, rev. atual. e ampl., São Paulo: RT, 2003, p. 30.

³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 40.

liberal³⁷. Como corolário desse garantismo-individualista, reconhecem-se os direitos fundamentais de *primeira dimensão* que correspondem aos direitos individuais ou de liberdade (também chamados de direitos civis ou políticos).

Com esse sistema de garantias, vigorava a doutrina do liberalismo³⁸ político e econômico (*Laissez Faire*) e, com ela, a crença na liberdade plena do indivíduo e na igualdade formal onde “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos” (artigo 1º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789). Além disso, o direito de propriedade (até então absoluto) e o absentismo do Estado eram tidos como fatores que superariam a época absolutista. No Brasil, as Constituições que marcaram este modelo estatal foram as de 1824 (Constituição Imperial), e 1891 (1ª Constituição Republicana).

Sob o aspecto subjetivo, os direitos de *primeira dimensão* se consubstanciaram num movimento antropocêntrico, racional e individualista da época, fruto da necessidade de ruptura com o modelo teológico da Idade Média onde o direito e a organização política fundiam-se na religião. Como afirma Bonavides:

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (...) São por igual, direitos que valorizam primeiro o homem singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais atual³⁹.

Nesse diapasão, cada um deveria ser capaz de desenvolver suas habilidades individualmente, adquirindo propriedades e acumulando riquezas, segundo seus

³⁷ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**, 2ª edição, rev. atual. e ampl., São Paulo: RT, 2003, p. 30.

³⁸ Muito embora seja um tanto quanto vago o conteúdo do liberalismo, adotamos o conceito de Bobbio ao afirmar que “o liberalismo é uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas, e como tal se contrapõe tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que hoje chamamos de social” (BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 17).

³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 563-564.

próprios méritos. Entretanto, apenas algumas classes sociais se beneficiavam com essa roupagem organizacional de Estado, fortalecendo seus interesses com as máximas erigidas pela “lei geral e abstrata” e pela “igualdade de todos perante a lei”. Vale lembrar, ainda, que no Estado Liberal, em razão da supremacia do parlamento (Estado “legalista”)⁴⁰ e a separação estanque dos poderes, a Administração e os Juízes tinham papéis reduzidos na organização político-administrativa do Estado. O primeiro só podia fazer o que a lei autorizasse (o que não se difere dos dias atuais) e o segundo se resumia à reprodução mecânica e silogística da lei (era a boca da lei)⁴¹.

Dessa forma podemos afirmar que nesse período ainda não se instrumentalizava a Jurisdição Constitucional⁴², até porque, as Declarações de Direitos inseridas nas Constituições liberais tinham um caráter retórico e dependiam da lei para surtir eficácia. Com relação à concepção moderna de Constituição, assinala o professor Geovany Cardoso Jevaux que a mesma reduzia-se:

A um mero documento de organização política, porque as declarações de direitos no período liberal eram tidas como meras diretrizes, que dependiam de leis infraconstitucionais para sua concretização, ao mesmo tempo em que um dos poderes acabava por predominar sobre os outros⁴³.

Ocorre que este modelo liberal, individualista e legalista de Estado, não resistiu às profundas alterações políticas e sociais ocorridas nos séculos XIX e XX, dentre as

⁴⁰ Nesta época havia uma identificação do Direito com a lei, o que garantia certo grau de segurança jurídica (fetichismo da lei). A democracia da época era identificada com a “soberania popular” onde a lei expressava a vontade geral. Nesta senda, vale referendar o art. 6º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão: “A lei é a expressa da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente, ou pelos seus representantes, à sua formação”.

⁴¹ Tal modelo jurisdicional (apriorístico-dedutivo) foi acentuado pelo chamado “positivismo jurídico” cujo principal idealista foi o jurista Hans Kelsen (a despeito de seu enquadramento como neopositivista lógico), consagrando a compreensão formal do direito como sistema fechado de regras em sua obra “Teoria Pura do Direito”, onde propõe libertar o direito de todos os elementos que lhe são estranhos, baseando-se numa pretensão de objetividade e neutralidade típica das ciências da época (**Teoria Pura do Direito**, 6ª ed., trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1991).

⁴² A despeito da incidência de alguns poucos casos que trataremos mais adiante quando falarmos especificamente do histórico da Jurisdição Constitucional (item 2.1).

⁴³ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 05.

quais destacamos a Revolução Industrial e a Primeira Guerra mundial, desencadeando uma massificação da sociedade e, conseqüentemente, dos conflitos dela decorrentes. Não obstante, a manutenção da igualdade formal e da livre concorrência entre os indivíduos (sem qualquer participação ou regulação por parte do Estado) só serviu para acentuar as desigualdades sociais (onde destacamos a enorme concentração de renda), engendrando, assim, uma necessária remodelação estatal. Dessa forma, se o traço marcante das Constituições Defensivas do Estado Liberal era separar o Estado da sociedade, as Constituições do Estado Social adotaram um perfil diferenciado.

1.2 CONSTITUIÇÃO CONSTITUTIVA, ESTADO SOCIAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS DE 2ª DIMENSÃO

O fenômeno da massificação dos conflitos (conseqüência da Revolução Industrial⁴⁴ e das duas grandes guerras mundiais), somado ao fato de que a consagração meramente formal da igualdade não garante seu efetivo gozo, mas apenas perpetua as desigualdades sociais, produziram, já no decorrer do séc. XIX, amplos movimentos sociais reivindicatórios com vistas a obter um comportamento ativo do Estado na realização da justiça social⁴⁵ (cujo escopo é a redução das desigualdades sociais).

Restando insuficiente o paradigma liberal e individualista, este novo modelo vai além da liberdade perante o Estado, abrangendo também a liberdade por intermédio do Estado⁴⁶. O Estado passa a intervir nas relações sociais e econômicas, a fim de equilibrá-las. Destaca-se, porém, que a transição do modelo

⁴⁴ Como conseqüência da Revolução Industrial, inaugurou-se outra forma de ver o mundo, mais rápida, materialista e estrutural (a relação entre os homens passou a ser mediada por bens de produção, sobrelevando-se o capital em detrimento do trabalhador).

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 49.

⁴⁶ *Idem*, p. 29.

liberal de Estado ocorreu de forma lenta e gradual, como resultado de uma série de fatores (sociais, políticos e econômicos).

Assim, o modelo de Estado teve que se amoldar, adotando, além de uma concepção mais harmônica entre as funções estatais, postura intervencionista e promocional. Nessa perspectiva, o ente estatal não apenas deve proteger direitos individuais, mas também intervir na sociedade para regular as relações econômicas e sociais, promovendo políticas públicas como: saúde, educação, assistência social, habitação, trabalho etc. Tais desideratos constituíram os primeiros sinais de um ideário social e econômico previsto, inicialmente, nas Constituições do México, de 1917, e de Weimar, de 1919. No Brasil, foi a partir da Constituição de 1934 que o Estado passou, realmente, a se preocupar com os direitos sociais⁴⁷. Segundo Raul Machado Horta:

*A Constituição de 16 de julho de 1934 é verdadeiro marco no território constitucional brasileiro. Manteve a República, o Federalismo, o Presidencialismo, a Declaração de Direitos, matérias que exauriam os temas constitucionais da Constituição liberal de 1889. O texto de 1934, entretanto, já contém mudança e desvio da rota constitucional. Buscou inspiração no novo constitucionalismo do pós-guerra de 1914/1918 e nas Constituições representativas do constitucionalismo social do século XX: a Constituição do México, de 1917, a Constituição da Alemanha de 1919, que ficou conhecida como a *Constituição de Weimar*, e a Constituição da República Espanhola de 1931⁴⁸.*

Emerge o Estado de “Bem Estar Social” ou “Estado Providência” (*Welfare State*), aumentando a responsabilidade social dos poderes estatais, especialmente do Executivo. Nessa conjuntura, passa-se a reconhecer uma nova categoria de direitos: os direitos de *segunda dimensão*, ligados a questões sociais, econômicas e culturais, não mais focados na mera liberdade individual, mas na promoção da igualdade e da justiça social. Como observa Paulo Bonavides, esses direitos fundamentais se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal,

⁴⁷ Vale destacar que no rol de direitos fundamentais consagrados pela Constituição de 1824 encontram-se a garantia dos socorros públicos (art. 179, XXXI) e a do ensino primário gratuito (art. 179, XXXII), revelando certa preocupação com o social em plena fase do constitucionalismo liberal. Entretanto, por ser muito tímida a previsão dos aludidos direitos, identifica-se o constitucionalismo social brasileiro com a Carta Constitucional de 1934 (instituída sob a Era Vargas – época que se destaca pela criação da Justiça do Trabalho).

⁴⁸ HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 3ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 55.

pois nascem “abraçados ao princípio da igualdade”⁴⁹. Os direitos dessa dimensão são calcados em prestações positivas por parte do Estado, que assume papel intervencionista e com intuito de diminuir as desigualdades existentes no seio da sociedade. Para Celso Lafer:

A primeira geração de direitos viu-se igualmente complementada historicamente pelo legado do socialismo, vale dizer, pelas reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do “bem-estar social”. [...] os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade⁵⁰.

Assim, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, transita-se de uma pretensão de omissão dos poderes públicos para uma proibição de omissão, onde as Constituições dos Estados se projetam positivamente no cenário social, indicando o comportamento prestacional desejado pelo Constituinte⁵¹. É, portanto, o cunho “positivo” o marco distintivo dessa nova fase do Estado e da evolução dos direitos fundamentais⁵².

Todas as transformações decorrentes da passagem do Estado Liberal ao Estado Social integram, na denominação de Norberto Bobbio, um processo de

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 564. Trata-se, agora, de uma igualdade de condições e oportunidades, como aponta Luiza Cristina Fonseca Frischeisen: “A igualdade de todos os cidadãos só é real se existem igualdades de oportunidades (também denominada igualdade de chances ou igualdade na liberdade), pois que liga com a própria natureza do que seria justo, que só se realiza com as prestações positivas do Estado” (**Políticas Públicas – A Responsabilidade do administrador e o Ministério Público**, São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 71). Nessa toada, o Estado não se limita a garantir a igualdade formal, procura a concessão da igualdade substancial (a igualdade de condições e oportunidades).

⁵⁰ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 127.

⁵¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**, 2 ed., Coimbra, Ed. Coimbra, 2001, p. 365. Destaca o autor que a “*força dirigente e determinante* dos direitos a prestações (económicos, sociais e culturais) inverte, desde logo, o objectivo clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjectivo: de uma *pretensão de omissão* dos poderes públicos (direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma *proibição de omissão* (direito a exigir que o Estado intervenha activamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos)”.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 50. Por isso, nesse período o *status* do indivíduo perante o Estado pode ser classificado como *status positivus*, colocando-se o cidadão como sujeito ativo, exigente de prestações estatais.

“multiplicação de direitos”, que implica não apenas na extensão da titularidade de determinados direitos, como também no aumento da quantidade de bens merecedores de tutela⁵³. Nessa perspectiva, passamos de uma Constituição Defensiva a uma Constituição Constitutiva, identificada com o surgimento do Estado Social⁵⁴. A ordem jurídica adquire um novo perfil, pois se no Estado Liberal o Direito era tido como “um conjunto de regras que detinham função sancionadora e negativa”; na sua nova configuração, agora promocional, “assume papel modificador e criador”⁵⁵.

Com esse novo encarte, amplia-se o rol de direitos, não mais resumidos àqueles típicos do Liberalismo (liberdade, propriedade e igualdade formal), abrangendo também direitos sociais, econômicos e culturais (calcados no direito fundamental à igualdade). Assim, consoante Flávia Piovesan:

A igualdade converte-se, assim, em valor essencial do sistema constitucional, tornando-se critério imperativo para a interpretação constitucional em matéria de direitos sociais. Eleva-se o direito à igualdade a direito-guardião do Estado Social. Transita-se, neste momento, da igualdade jurídica formal do Liberalismo para a igualdade material do Estado Social contemporâneo. Não se trata mais de uma igualdade perante a lei, mas de uma igualdade feita pela lei e através da lei (...). Deste modo, o direito à igualdade surge como elemento essencial de uma Constituição Social. O Estado Social é o Estado produtor da igualdade fática, valor que deve orientar toda hermenêutica constitucional. Neste contexto, no prisma jurídico, surge o dever dos

⁵³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, Trad. Carlos Nelson Coutinho, 10ª ed., Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 68-69. Para o referido jusfilósofo essa multiplicação ocorreu de três modos: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas visto na sua especificidade ou na concreticidade [sic] de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente etc.

⁵⁴ Essa é a afirmação da professora Flávia Piovesan: “movidas pelas idéias de igualdade e planificação social, emergem as Constituições Constitutivas do Estado Social [...]” (**Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**, 2ª edição, rev. atual. e ampl., São Paulo: RT, 2003, p. 31). Vale destacar, ainda, a concepção dada por Canotilho: “Constituição Dirigente”, que representa esse novo ideário social e vinculador das Constituições (**Constituição Dirigente e Vinculação ao Legislador – contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas**, 2. Ed. Coimbra, Ed. Coimbra, 2001).

⁵⁵ Cf. FERRAZ, Tércio Sampaio Jr., em apresentação ao livro de Norberto Bobbio. **A Teoria do Ordenamento Jurídico**, trad. Claudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Pólis e UNB, 1989, p. 15-16.

poderes públicos de realizar as prestações positivas ditadas pelos comandos constitucionais⁵⁶.

Essa mudança de paradigma quanto ao comportamento estatal, produziu um significativo fortalecimento do sistema de freios e contrapesos, intensificando a possibilidade de revisão judicial dos atos dos demais Poderes Públicos (fenômeno consagrado desde 1803 no conhecido caso *Marbury vs. Madison*), cuja finalidade é defender a Constituição contra falhas governamentais e realizar direitos fundamentais. Nesse passo, o Judiciário passa a atuar como órgão qualificado institucionalmente para rever ou anular os atos das demais funções estatais que atentam contra a Constituição. Para Piovesan:

O Poder Judiciário abandonou a posição de passividade, como mero corpo onde se encontrariam aqueles que tão-só seriam as “bocas da lei”. Essa transformação assume nítida pertinência, na medida em que passa a se cobrar, no novo modelo implantado, o cumprimento – por via de ação, e não somente de omissão estatal – da Constituição, quer do Poder Executivo, quer do Legislativo. Assim, nesse novo panorama, não se trata mais de rígida separação, mas antes, verdadeira cooperação entre os poderes⁵⁷.

Essa cooperação entre os Poderes do Estado, legitima-se mediante a concretização de direitos fundamentais, que se faz através da intervenção direta na sociedade, promovendo políticas públicas e sociais⁵⁸, sobrelevando o papel do Poder Executivo (principal agente realizador dessas políticas). No entanto, em razão da ineficiência estatal, constata-se um aumento no número de demandas judiciais pleiteando tais direitos, ampliando a responsabilidade do órgão judicial na materialização desses direitos. Além disso, foi durante o Estado Social que os regimes socialistas de viés totalitário realizaram suas barbáries, fomentando ainda mais a sua crise.

⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**, 2ª edição, rev. atual. e ampl., São Paulo: RT, 2003, p. 36.

⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 32.

⁵⁸ Tais políticas são definidas pela professora Ana Paula Barcellos como “os meios escolhidos pelo Poder Público para realizar as metas constitucionais” (**Neconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. *Revista Diálogo Jurídico*. N. 15 – janeiro/fevereiro/março de 2007, p. 22).

A despeito dos avanços, o Estado Social não cumpre seus compromissos e, mais uma vez, a democracia representativa se mostra insuficiente. Tal afirmação ganhou força com a teoria programática sobre os direitos sociais (saúde, educação, emprego, moradia, saneamento básico etc.), e a afirmação de que os mesmos só poderiam ser efetivados de forma lenta e gradual, o que muitas vezes os convertia em promessas não cumpridas. Nesse prisma, entram em foco duas teorias: a reserva do possível⁵⁹ e a programaticidade das normas constitucionais de cunho social⁶⁰.

Com relação à reserva do possível e a limitação de recursos no âmbito estatal, não negamos que sejam óbices à plena efetivação dos direitos, e não apenas os direitos sociais, pois é sabido que todos os direitos para serem implementados demandam um custo, inclusive os de cunho exclusivamente individual. Entretanto, o que se pretende e se mostra razoável quanto à aplicação dessa teoria é a sua integração com o mínimo existencial⁶¹ (condições básicas para uma vida digna),

⁵⁹ Essa teoria é uma adaptação da jurisprudência constitucional alemã (*Vorbehalt des Möglichen*), segundo a qual, a prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos. Segundo a Corte Constitucional daquele país, esses direitos a prestações positivas “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”. (KRELL, Andreas. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos**. *Revista de informação legislativa*, Brasília, nº. 144, out./dez. 1999, p. 258).

⁶⁰ Tal proposição descreve essas normas como meros programas, tarefas, fins a serem perseguidos pelo Estado, e que, inicialmente, eram desprovidas de judicialidade. Deve-se ao professor José Afonso da Silva a difusão no Brasil da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais (teoria tricotômica). Afirma o autor que toda norma constitucional é dotada de aplicabilidade, porém cada uma possui um grau diferenciado e, em razão disso, classifica-as como de eficácia plena, contida e limitada, sendo que a última se divide em normas de caráter institutivo e programático (**Aplicabilidade das normas constitucionais**, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 88 e seg.). No que tange às normas de eficácia programática, podemos afirmar ser um dos temas mais complexos do direito constitucional atual, consoante afirma Regina Maria Macedo Nery Ferrari: “essas normas são, verdadeiramente, o grande problema a enfrentar quando se quer analisar a aplicabilidade das normas constitucionais e, principalmente, a justiciabilidade das normas programáticas” (**Normas constitucionais programáticas** – normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: RT, 2001, p. 108).

⁶¹ Quando falamos de um mínimo existencial nos referimos a “um direito às condições mínimas de existência humana digna, que não podem ser objeto de intervenção do Estado e ainda exige prestações estatais positivas” (TORRES, Ricardo Lobo. **A cidadania multidimensional da era dos direitos**. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.) **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 262-263). Trata-se de um direito natural ligado à dignidade da pessoa humana, que condiciona a ordem jurídica e o Estado, possibilitando, além de liberdade e autonomia aos indivíduos, maior efetividade aos direitos sociais básicos que possibilitem ao cidadão gozar uma vida digna (ver nota 63).

além da coerência com o princípio da eficiência e com as metas estipuladas pela Constituição. Assim pondera Ana Paula Barcellos⁶²:

A escolha das políticas públicas a serem implementadas ou, em outros termos, dos meios através dos quais as finalidades constitucionais podem ser alcançadas é atividade tipicamente reservada pela Constituição à definição político-majoritária. A Constituição fixa de forma vinculante, fins ou metas que devem ser obrigatoriamente cumpridos pelo Poder Público [...]. Na realidade, a vinculação jurídica dos fins constitucionais não se reduz a um mero pretexto retórico. Ou seja: a capacidade da autoridade pública de associar suas políticas públicas aos fins constitucionais por meio de argumentação retórica não satisfaz a imposição constitucional. As políticas públicas *têm* de contribuir com uma eficiência mínima para a realização das metas estabelecidas na Constituição.

Não é aceitável que um país tão rico quanto o Brasil, seja em virtude das receitas provenientes de recursos naturais (primárias), seja pela via da tributação (secundária), não possua condições para conceder uma vida minimamente digna aos seus cidadãos⁶³. O grande problema do Brasil está na falta de interesse político e vontade em investir na redução das desigualdades sociais. Além disso, a malversação do dinheiro público, emplacada, principalmente, pela corrupção e pelas preferências mercadológicas, engendra um déficit cada vez maior no plano social, traduzido, principalmente, pela enorme concentração de renda.

O Brasil quer crescer em tecnologia, mas se esquece que a maioria de seus cidadãos sequer tem acesso às condições mínimas de saneamento, vivendo em condições subumanas. É preciso priorizar os serviços públicos essenciais, pois estes, sim, são capazes de reduzir a enorme concentração de renda existente no país. Além disso, devem-se aprimorar os instrumentos jurídicos a serem utilizados

⁶² BARCELLOS, Ana Paula. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. Revista Diálogo Jurídico. N. 15 – janeiro/fevereiro/março de 2007, p. 22. É certo que não raro haverá uma complexidade na avaliação interpretativa do que significa a eficiência mínima de uma determinada política pública. Nesse ponto, deverá o jurista se valer de outros ramos do conhecimento, buscando a interdisciplinaridade e o auxílio de *experts* para boa compreensão jurídica.

⁶³ Entendemos como vida digna aquela que atende às necessidades vitais básicas de uma pessoa e de sua família, compreendendo moradia, alimentação, educação, saúde, previdência social, vestuário, transporte (ainda que minimamente), consoante dispõe o artigo 7º, inciso IV da CRFB/1988.

na hipótese de violação dos objetivos fundamentais construídos constitucionalmente.

Quanto à programaticidade das normas constitucionais (em especial as que versam sobre direitos sociais), podemos afirmar que esta teoria contribui para o esvaziamento dos direitos fundamentais de segunda dimensão, uma vez que a omissão na sua efetivação não é satisfatoriamente sancionada⁶⁴, o que atenta contra os objetivos constitucionais e a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais. Entendemos, assim, que os direitos sociais não podem constituir meras projeções futuras sem qualquer vinculatividade⁶⁵.

Não se pode negar caráter jurídico a essas normas, nem tampouco a necessidade de efetivá-las⁶⁶, pois do contrário, retirar-se-ia a normatividade e a vinculatividade inerentes aos direitos fundamentais, frustrando as expectativas da coletividade. No sistema jurídico brasileiro, é a CRFB/1988 que consagra o país como um Estado Democrático “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais” (preâmbulo) e prevê, ainda, dispositivo alusivo à aplicabilidade imediata de todas as normas que versam direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, § 1º), o que ressalta a vinculatividade do Estado em relação a esses direitos.

Entretanto, muito embora as Constituições do Estado Social tenham galgado uma posição de destaque maior do que no período liberal, não devemos acreditar que a previsão constitucional dos direitos fundamentais (sejam eles individuais ou sociais) e a inserção de dispositivo constitucional que prevê a aplicabilidade imediata das normas que definem direitos e garantias fundamentais são suficientes para materializá-los na vida social. É Preciso garantir efetivamente

⁶⁴ FREIRE JR., Américo Bedê. **Controle Judicial de Políticas Públicas**, São Paulo: RT, 2005, p. 26.

⁶⁵ Devemos entender as normas constitucionais, sejam elas consideradas programáticas ou não, como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário (pois são direitos públicos subjetivos). Não foi sem razão que a CRFB/1988 enalteceu os direitos sociais colocando-os dentro do Título II, Capítulo II, com o respectivo enunciado: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, nem tampouco, previu a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, §1º), consoante destacamos no texto acima.

⁶⁶ Sobre a efetividade das normas constitucionais cf., BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**, 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

esses direitos, utilizando os mecanismos que a própria Constituição consagra. Assim, “para que a utopia seja força progressista, é preciso transformar as aspirações em militância e a esperança em decisão política”⁶⁷.

É com base nas promessas não cumpridas pela maioria dos Estados Sociais (não materialização de direitos e desvirtuamento da representatividade), que se almeja a construção de um novo paradigma estatal: o Estado Democrático de Direito⁶⁸, que além de complementar os modelos anteriores, incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*⁶⁹, repousando seus principais valores na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado⁷⁰.

1.3 CONSTITUIÇÃO PARTICIPATIVA, ESTADO DEMOCRÁTICO E DIREITOS FUNDAMENTAIS DE 3ª DIMENSÃO

O colapso vivido em todo o mundo em decorrência das duas grandes guerras, fez com que, ao longo do século XX se redefinisse o papel da Constituição, bem como da influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas, no sentido de buscar a efetivação dos direitos fundamentais. O marco histórico desse processo na Europa Continental evidencia-se após a Segunda Guerra mundial, enquanto que, no Brasil, foi a CRFB/1988 que inaugurou o chamado Estado Democrático⁷¹ de Direito.

⁶⁷ HERKENHOFF, João Baptista. **Direito e utopia**, São Paulo: Acadêmica, 1990, p. 10. Sobre a relação entre constitucionalismo e utopia, ver a tese de doutoramento de Paulo Ferreira da Cunha na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, **Constituição, Direito e Utopia – Do Jurídico-Constitucional nas Utopias Políticas**, Coimbra Editora, 1996.

⁶⁸ FREIRE JR., Américo Bedê. **Controle Judicial de Políticas Públicas**, São Paulo: RT, 2005, p. 26.

⁶⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª edição, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 119.

⁷⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, Coimbra, Ed. Coimbra, 1998, vol. 4, p. 166.

⁷¹ São inúmeras as concepções de democracia, pois se trata de um conceito histórico. Porém, uma compreensão recorrente e que remonta à própria etimologia do vocábulo identifica a democracia como “governo do povo”, ampliado seu acesso à participação e à deliberação nos negócios públicos (é o governo “do povo, pelo povo e para o povo”), cf. KELSEN, Hans. **Democracia**. São Paulo:

Nesse passo, a revitalização de uma consciência constitucional ou de um “sentimento constitucional”⁷² assume importância crucial para a própria sobrevivência do Estado Democrático. Não se justifica a elaboração de uma Constituição que não tenha a pretensão de efetivar-se, sendo do Estado a maior parcela de responsabilidade pelo atendimento desse desiderato. Assim, torna-se necessário o fortalecimento dos mecanismos de defesa e preservação da Constituição, seja contra atos positivos ou omissivos emanados do Poder Público. Como leciona Clèmerson Merlin Clève:

O fazer da Constituição uma ‘fundamental law’ integral pressupõe a construção, pela dogmática constitucional, de categorias suficientes para dar conta não apenas da violação da Constituição por ato normativo, como também do seu descumprimento em virtude de ato omissivo⁷³.

Assim, devem ser contidos todos os comportamentos que de qualquer forma atentam contra a Constituição, seja na prática de uma ação ou em razão de uma omissão do Poder Público, deixando de praticar determinados atos ou tarefas exigidos pela Constituição. Nesse novo modelo estatal, busca-se a efetivação não apenas dos direitos individuais, mas também dos direitos sociais, coletivos e difusos, de modo que para a boa eficácia da supremacia e da normatividade da Constituição, faz-se necessário instrumentalizá-la. Nesse sentido, José Alfredo de Oliveira Baracho afirma que:

A transcendência jurídico-política do princípio da supremacia constitucional não passaria de mera declaração teórica, se a Constituição não encontrasse instrumento para fazê-lo eficaz. Esta supremacia jurídica importa em profundas conseqüências, que tornam inválidas todas as normas que estão em desacordo com o texto maior⁷⁴.

Martins Fontes, 2000, p. 142. Sobre as várias concepções de “povo” existentes nos textos constitucionais cf., MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**, São Paulo: Max Limonad, 1998.

⁷² Esta expressão é utilizada por LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Contitución**, Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1986, e também por VERDÚ, Pablo Lucas. **El Sentimento Constitucional: Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política**, Madrid: Reus, 1985.

⁷³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**, 2ª. ed. revista atualizada e ampliada, São Paulo, RT, 2000, p. 312. Ainda nesse sentido, continua o professor: “trata-se de aceitar, agora, o fato de que a Constituição vincula. A heterovinculação da Constituição vincula todos os poderes públicos”.

⁷⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 158-159.

Como dito, a CRFB/1988 inaugurou formalmente o Estado Democrático de Direito, restando, apenas, sua materialização na vida das pessoas. Nesse contexto, é no Estado Democrático que ganha ênfase o controle de constitucionalidade dos atos estatais⁷⁵, que durante o século XIX encontrava-se quase que restrito ao sistema norte-americano. Dessa forma, podemos afirmar que no século XX inicia-se, juntamente com o desenvolvimento dos Estados Democráticos, a intensificação da Jurisdição Constitucional⁷⁶ como instrumento de efetivação da Constituição.

Nunca na história se preocupou tanto com a efetividade da Constituição e do Estado Democrático que ela consagra⁷⁷. Assim, é no Estado Democrático que se enaltece o dever de concretizar os preceitos constitucionais, o que o transforma num verdadeiro Estado Constitucional. Ademais, vale ressaltar que no Estado Democrático não há apenas o predomínio da maioria, mas também o respeito às minorias e aos direitos fundamentais correspondentes, imbricando os ideais de democracia e constitucionalismo. Dessa forma, além de respeitar os direitos da maioria, volta-se à proteção das minorias, pois consoante Gustavo Binbenojm:

O Estado Democrático de Direito é a síntese histórica de duas idéias originariamente antagônicas: democracia e constitucionalismo. Com efeito, enquanto a idéia de democracia se funda na soberania popular, o constitucionalismo tem sua origem ligada à noção de limitação de poder. A democracia constitucional, conquanto proclamada neste final de século como regime de governo ideal, vive sob o influxo de uma tensão latente entre a vontade majoritária e a vontade superior expressa na Constituição⁷⁸.

Prossegue o referido autor afirmando que:

Nada obstante, entende-se, hodiernamente, que os princípios e direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, são, em verdade, condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio

⁷⁵ Sobre o tema e, numa perspectiva abrangente, histórica e comparativa, cf., CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984.

⁷⁶ Sobre a definição de Jurisdição Constitucional, suas principais características e finalidade, consultar o capítulo 2 deste trabalho.

⁷⁷ FREIRE JR., Américo Bedê. **Controle Judicial de Políticas Públicas**, São Paulo: RT, 2005, p. 27.

⁷⁸ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**, 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 246.

regime democrático; assim, quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, sua intervenção se dá a *favor*, e não contra a democracia⁷⁹.

Dessa forma, é possível concluir que os direitos fundamentais constituem o pilar central do Estado Democrático, sendo a jurisdição constitucional um dos mais importantes mecanismos para salvaguarda desse relacionamento estrutural. Outro ponto marcante do ideário democrático é o fomento pela participação popular no processo de tomada de decisões públicas. Assim, à luz da crise de representatividade enfrentada atualmente na maioria dos países, o Estado Constitucional põe em foco instrumentos de concorrência política direta ou participativa⁸⁰.

A Constituição brasileira de 1988, cujas bases transcorreram sob o manto da luta pela democratização do país e pela conseqüente extensão da cidadania (“Constituição Cidadã”), combina, especialmente nos artigos 1º e 14º, ambos os tipos de democracia (representativa e direta). Vejamos:

Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

Parágrafo único. Todo **o poder emana do povo**, que o **exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente**, nos termos desta Constituição. (sem grifo no original)

Artigo 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos, e, nos termos da lei, mediante:

- I – plebiscito
- II – referendo
- III – iniciativa popular.

⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 246.

⁸⁰ Essa propensão participativa coloca o Judiciário em destaque, principalmente se levarmos em consideração a alteração impingida em alguns mecanismos processuais, como por exemplo, a ampliação da legitimidade para deflagração do processo constitucional contemporâneo (artigo 103 da CRFB/1988); a possibilidade de qualquer juízo ou Tribunal exercer o controle de constitucionalidade das leis ou dos atos normativos pela via difusa; a instrumentalização e a ampliação da legitimidade para deflagração de ações coletivas; além da participação popular ínsita em qualquer processo judicial que assegure a garantia fundamental do contraditório.

Dessa forma, o sistema político-constitucional brasileiro adota um modelo de democracia semi-direta que, embora não afaste a democracia representativa, pugna pela prática de mecanismos de democracia direta, aproximando os cidadãos da vida política do país⁸¹. Acenando para a crise da democracia representativa, Norberto Bobbio, já há algum tempo, propunha questionamento sobre a viabilidade da democracia direta como um caminho “conjunto” para enfrentar a realidade atual das sociedades complexas⁸². Assim, o Estado democrático no afã de complementar o Estado Social, ampliou o conceito de “soberania popular” agregando o elemento *participativo* na tomada de decisões estatais, superando a hegemonia da democracia representativa baseada no *slogan* “votar e ser votado”⁸³.

O Estado Democrático não nasce pronto e acabado. É um processo em constante construção e aperfeiçoamento, e que demanda esforço coletivo e continuado. Além disso, se afirma pela proposta de efetivação da Constituição e evolução da compreensão hermenêutica dos direitos fundamentais, abrangendo a tutela não

⁸¹ Não obstante a previsão constitucional, tais instrumentos democráticos tiveram uma tímida utilização até os dias atuais. É preciso fomentar o emprego desses mecanismos viabilizadores da democracia direta ou participativa, em especial, nos assuntos de maior destaque social e político, uma vez que a democracia representativa não anda muito bem. Tais mecanismos consagram que os cidadãos devem participar da vida pública não apenas como destinatários, mas como principais artífices.

⁸² BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo**, 6ª ed., tradução de Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 52. Afirma o autor que “entre a forma extrema de democracia representativa e a forma extrema de democracia direta existe um *continuum* de formas intermediárias, um sistema de democracia integral que pode conter todas, cada uma delas em conformidade com as diversas situações e as diversas exigências, e isto porque são perfeitamente compatíveis entre si posto que apropriadas a diversas situações e a diversas exigências. Isto implica que, de fato, democracia representativa e democracia direta não são dois sistemas alternativos (no sentido de que onde existe uma não pode existir a outra), mas são dois sistemas que se podem integrar reciprocamente”. Vale consultar, ainda, sua obra sobre a democracia representativa e a democracia direta em _____. **Estado, Governo e Sociedade: Para uma teoria geral da política**, 2. ed., tradução Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 152-155.

⁸³ Nesse sentido ensina Joaquim José Gomes Canotilho “só encarando as várias dimensões do princípio democrático se conseguirá explicar a relevância de vários elementos que as teorias clássicas procuravam unilateralmente transformar em *ratio* e *ethos* da democracia. Em primeiro lugar, o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da *teoria democrática representativa* – órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes. Em segundo lugar, o princípio democrático implica *democracia participativa*, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* democráticos” (**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 288).

só dos direitos fundamentais de *primeira dimensão* (liberdades negativas – garantia de direitos civis e políticos) e de *segunda dimensão* (liberdades positivas – calcado na promoção de direitos sociais e no primado da igualdade material), mas também dos chamados direitos fundamentais de *terceira dimensão* (direito de fraternidade ou solidariedade), caracterizados não mais pela figura do homem-indivíduo, mas do homem como ser universal, configurando direitos de titularidade difusa ou coletiva (metaindividual)⁸⁴. Quanto aos direitos fundamentais de *terceira dimensão*, por terem natureza ampla e transcendental às fronteiras dos Estados exigem proteção internacional⁸⁵. Razão pela qual, tais direitos vêm sendo consagrados em documentos internacionais, dentre os quais destacamos a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948⁸⁶, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, e a Convenção relativa à proteção do patrimônio mundial, cultural e natural de 1972.

Há ainda uma tendência em reconhecer a existência de direitos fundamentais de *quarta dimensão*. No âmbito do direito pátrio, destacamos os argumentos do professor Paulo Bonavides sobre a existência de uma *quarta dimensão* dos direitos fundamentais, fruto da globalização dos direitos e correspondendo à derradeira fase de institucionalização do Estado Social, representados pelo direito à democracia (direta), à informação e ao pluralismo⁸⁷. No Brasil, a CRFB/1988 prevê normas que se enquadram nessa *quarta dimensão* dos direitos

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 50-51; no mesmo sentido, LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**, São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1991, p. 131; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 569-570 e LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite (Coord.). **Direitos Metaindividuais**. São Paulo, LTr, 2004. A CRFB/1988 engloba bem essa dimensão quando reconhece a defesa da paz, o direito do idoso, da criança e do adolescente, do consumidor, do meio ambiente etc.

⁸⁵ LOZER, Juliana Carlesso. **Direitos Humanos e Interesses Metaindividuais**. (Coord.) LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Metaindividuais**. São Paulo: LTr, 2004, p. 14-15 e SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 51.

⁸⁶ Segundo Fábio Konder Comparato, este documento internacional inaugurou um “direito da humanidade”, que tem por objetivo a constituição de uma ordem internacional respeitadora da dignidade humana (**A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 5ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 234).

⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p.571-572.

fundamentais (como por exemplo, o preâmbulo, o artigo 1º, inciso V e o artigo 5º, IX, XIV, XXXIII).

É certo que os direitos fundamentais têm aspecto dinâmico, e constituem categoria aberta e mutável⁸⁸, fruto de reivindicações geradas por injustiças ou agressões a bens fundamentais e elementares do ser humano⁸⁹. Entretanto, é possível observar certa uniformidade neste campo, decorrente da fundamentalidade desses direitos, pois em todos os casos aparecem como uma revitalização dos direitos já declarados, de modo especial em face das novas formas de agressão aos valores tradicionais e consensualmente incorporados ao patrimônio jurídico da humanidade, nomeadamente a vida, a liberdade e a igualdade⁹⁰.

Assim, devemos nos atentar para o risco de banalização dos direitos, gerado, principalmente, pela inflação legislativa e a conseqüente diminuição da eficácia de seus comandos, uma vez que não consolidamos nem mesmo os direitos de *primeira dimensão* e já apontamos para o reconhecimento de novos direitos ou *dimensões* de direitos. Não que o reconhecimento de novos direitos seja algo ruim, mas o apego ao mero reconhecimento não coaduna com as necessidades atuais. Neste contexto, afirmamos que a evolução dos direitos se processa não tanto pela positivação de novos direitos fundamentais, mas principalmente por uma “transmutação hermenêutica e da criação jurisprudencial, no sentido de reconhecer outros conteúdos e funções de alguns direitos já tradicionais”⁹¹, até porque seria impossível ao legislador, seja no âmbito constitucional ou infraconstitucional acompanhar a velocidade e a complexidade das transformações sociais.

⁸⁸ Cf., BELLO FILHO, Ney Barros. **Sistema Constitucional Aberto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 54.

⁹⁰ *Idem, ibidem*, p. 54.

⁹¹ *Idem*. p. 54. Destacamos ser na interpretação jurídica que se coloca em relevo a separação entre dispositivo (enunciado) e norma, sendo que desta última extrai-se ou pode-se extrair diversos sentidos ou significados, todos variáveis histórica e contextualmente.

Dessa forma, mais importante do que declarar ou justificar a existência de novos direitos é efetivar aqueles já existentes e que informam a base da vida social. Assim, o direito constitucional hodierno aponta como suas principais características: a supremacia da Constituição; a ampliação normativa de seus comandos e o recrudescimento da Jurisdição Constitucional como instância de poder instituída para realização desses escopos. Todas essas transformações marcam um novo período do constitucionalismo mundial: o *neoconstitucionalismo*, cujas principais características serão expostas a seguir.

1.3.1 Neoconstitucionalismo e características do direito constitucional contemporâneo

Do fim do século XX ao início do século XXI o mundo sofreu significativas alterações. A vida em sociedade se tornou cada vez mais complexa e a insegurança tomou conta das pessoas. As incertezas geradas pela multiplicação das novidades e pela velocidade das informações transformam tudo em novo (“neo”)⁹². Tentando uma explicação para a utilização do referido prefixo, Luis Roberto Barroso aduz que:

Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para *jingles* e não sinfonias. [...]. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos *pós* e *neo*: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus⁹³.

É a velocidade da vida contemporânea que enseja aceleração quanto à compreensão hermenêutica dos direitos fundamentais e da Constituição que os consagra. Assim, essa nova roupagem constitucional se abre à interpretação jurídica

⁹² BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 28 abr. 2008. Sobre a história e a redefinição do conceito de neoconstitucionalismo, ver BARBERIS, Mauro. **Neoconstitucionalismo**. (In) Revista Brasileira de Direito Constitucional: Revista do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional. Escola Superior de Direito Constitucional, São Paulo: ESDC, 2006, v. I, n. 07, p. 19-24.

⁹³ *Idem, ibidem*.

e às peculiaridades da realidade social (cada vez mais dinâmica e complexa). Não obstante a amplitude e a ambigüidade dessa alcunha: *neoconstitucionalismo* (e até mesmo as críticas quanto à sua utilização), tal fenômeno se liga a um estado do constitucionalismo contemporâneo que apresenta características específicas.

Conforme Ana Paula Barcellos, é possível ordenar as características do neoconstitucionalismo em dois grupos: um contendo elementos metodológico-formais e outro contendo elementos materiais⁹⁴. O primeiro grupo opera sobre três premissas fundamentais: (1) a normatividade da Constituição, que se traduz no reconhecimento das normas constitucionais como normas jurídicas (e, por isso, imperativas); (2) a superioridade da Constituição sobre o resto do sistema jurídico (supremacia e rigidez constitucional) e (3) a centralização constitucional, ou seja, todos os demais ramos do direito devem ser interpretados e compreendidos a partir do que dispõe a Constituição⁹⁵. Todas essas premissas teóricas resultam de um processo histórico que concedeu “status” jurídico à Constituição, antes meramente política e sem imperatividade. Com isso, destacam-se nesse novo ambiente constitucional as técnicas jurídicas utilizáveis para realização destas premissas.

Já o segundo grupo com conteúdo material caracteriza-se por, ao menos, dois elementos: (i) a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que tange à promoção da dignidade humana e à redução das desigualdades sociais; e (ii) a expansão dos conflitos entre opções normativas e filosóficas dentro do próprio texto constitucional⁹⁶.

Vários são os enfoques que podem ser dados para caracterizar o novo constitucionalismo. Dentre eles, podemos destacar a constitucionalização do direito infraconstitucional, especialmente do direito processual que sistematiza o exercício da função jurisdicional (importante mecanismo da tutela dos direitos). Assim, numa interação entre a Constituição e o Processo, Eduardo Cambi

⁹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. Revista Diálogo Jurídico, nº. 15, jan/fev/mar de 2007, p. 01.

⁹⁵ *Idem, ibidem*. p. 02-03.

⁹⁶ *Idem, ibidem*. p. 04.

identifica dois fenômenos com grande relevância para a ciência jurídica e para a prática judicial, sobretudo no que tange à hermenêutica: o *neoconstitucionalismo* e o *neoprocessualismo*, apontando para uma necessária reformulação da relação supracitada. Vejamos:

A relação entre a Constituição e o processo pode ser feita de maneira *direta*, quando a lei fundamental estabelece quais são os direitos e as garantias processuais fundamentais, quando estrutura as instituições essenciais à realização da justiça ou, ainda, ao estabelecer mecanismos formais de controle constitucional. Por outro lado, tal relação pode ser *indireta*, quando, tutelando diversamente determinado bem jurídico (por exemplo, os direitos da personalidade ou os direitos coletivos ou difusos) ou determinada categoria de sujeitos (crianças, adolescentes, idosos, consumidores, etc.), dá ensejo a que o legislador infraconstitucional preveja regras processuais específicas e para que o juiz concretize a norma jurídica no caso concreto⁹⁷.

Prossegue o referido autor apontando que:

O termo “neo” (novo) permite chamar a atenção do operador do direito para mudanças paradigmáticas. Pretende colocar a crise entre dois modos de operar a Constituição e o Processo, para, de forma crítica, construir “deveres-seres” que sintonizem os fatos sempre cambiantes da realidade ao direito que, para não se tornar dissociado da vida, tem de se ajustar – sobretudo pela hermenêutica – às novas situações ou, ainda, atualizar-se para apresentar melhores soluções aos velhos problemas. O direito não pode ficar engessado aos métodos arcaicos, engendrados pelo pensamento iluminista do século XVIII [...]. O novo, contudo, dentro das múltiplas e complexas relações sociais está posto, antes, para ser compreendido. Por isto, é marcado pela insegurança, pela instabilidade e pelo incerto. É, por essa razão, um desafio que os estudiosos têm enfrentado para, combatendo o imobilismo conceitual, buscar práticas mais adequadas àquilo que a Constituição coloca como objetivo fundamental, que é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I da CF)⁹⁸.

Segundo Cambi, no marco que identifica essa fase do constitucionalismo, estão contidas as idéias e as mudanças de paradigma que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência desse período, criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral⁹⁹. Assim, todos esses elementos

⁹⁷ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. (Org.) Fux, Luiz, Júnior, Nelson Nery e Wambier, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**, São Paulo: RT, 2006, p. 662.

⁹⁸ *Idem, ibidem*.

⁹⁹ *Idem, ibidem*.

constituem uma reformulação da Teoria do Direito, especialmente do direito constitucional.

Estudando as causas e os efeitos das transformações ocorridas no direito constitucional contemporâneo, aponta o professor Luis Roberto Barroso que, a trajetória percorrida pelo direito constitucional nas últimas décadas, especialmente na Europa e no Brasil, leva em conta três marcos fundamentais: um histórico; um filosófico e um teórico¹⁰⁰. Não obstante tecermos pequenas considerações a respeito dos marcos históricos e filosóficos apontados acima, nosso trabalho dará ênfase ao marco teórico.

Assim, na linha de estudo do professor Barroso, apontamos como marco histórico do novo direito constitucional na Europa Continental, especialmente na Alemanha e na Itália, o movimento constitucionalista erigido após a Segunda Guerra Mundial (onde pontuamos a ocorrência notória das barbáries nazi-fascistas), enquanto que no Brasil, a baliza histórica desse momento constitucional foi a promulgação da Constituição de 1988, documento que marca o processo de redemocratização instituído no país¹⁰¹.

Já como relação ao marco filosófico desse novo constitucionalismo, destaca o referido autor o surgimento de uma compreensão pós-positivista do direito, erigida, especialmente após o marco histórico acima aduzido e, cuja pretensão é fundir duas correntes de pensamentos que oferecem fundamentos distintos: o jusnaturalismo e o positivismo¹⁰². Afirma o autor que:

O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anti-

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 28 abr. 2008.

¹⁰¹ *Idem*. Importa destacar que a CRFB/1988 encampa o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do nosso país.

¹⁰² *Idem, ibidem*.

científico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2^a. Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito¹⁰³.

Apontando para a origem do termo, Suzanna Pazzolo afirma que:

O termo 'neoconstitucionalismo' foi originariamente criado para identificar uma perspectiva jusfilosófica que se coloca como intermediária entre positivismo jurídico e jusnaturalismo: doutrinas das quais o neoconstitucionalismo teria, por assim dizer, eliminado os efeitos e reunidos os méritos¹⁰⁴.

Nesse novo constitucionalismo, a Constituição vai além da legalidade estrita e, sem desprezar o direito posto, os une numa relação de conexidade e complementaridade. Consoante destaca Mauro Cappelletti:

A Constituição pretende ser, no Direito moderno, uma forma legalista de superar o legalismo, um retorno ao jusnaturalismo com os instrumentos do positivismo jurídico. Um retorno, porém, que é também consciência da superação dos velhos esquemas jusnaturalistas: de um direito natural entendido como absoluto e eterno (e, portanto, imóvel) valor, a um jusnaturalismo histórico, direito natural vigente; um fenômeno, como cada um vê, perfeitamente paralelo ao da passagem da metodologia apriorístico-dedutiva de um abstrato universalismo, à superação das últimas fases nacionais do positivismo, através dos instrumentos realísticos-indutivos do método comparativo¹⁰⁵.

Busca-se com essa nova compreensão do direito a superação dessas duas correntes jurídicas, galgando uma reaproximação com a justiça e com os valores éticos da comunidade, empreendendo, em cada caso concreto, uma "leitura

¹⁰³ *Idem*.

¹⁰⁴ PAZZOLO, Suzana. **Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da Constituição**. (In) Revista Brasileira de Direito Constitucional: Revista do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional. Escola Superior de Direito Constitucional, São Paulo: ESDC, 2006, v. I, n. 07, p. 232.

¹⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 129-130.

moral”¹⁰⁶ da Constituição. Assim, a interpretação e a aplicação das normas constantes do ordenamento jurídico hão de se inspirar numa teoria da justiça, sem, contudo, comportar voluntarismos ou casuísmos (sobretudo os judiciais)¹⁰⁷. Consoante Barroso “a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação”¹⁰⁸. Ademais, com a introdução normativa dos valores e das opções políticas fundamentais nas Constituições democráticas, surge a necessidade de se desenvolver uma dogmática específica (interdisciplinar) para conferir eficácia jurídica aos seus elementos normativos¹⁰⁹.

Por fim, quanto ao marco teórico do direito constitucional contemporâneo destacam-se três grandes transformações que subverteram o conhecimento convencional relativo à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma nova dogmática na interpretação constitucional e c) a expansão da jurisdição constitucional¹¹⁰. Dada a relevância destas variantes para o presente trabalho, analisamos separadamente cada uma delas.

1.3.1.1 Força normativa da constituição

Uma das grandes mudanças ocorridas no século XX foi a atribuição (ou reafirmação) às normas constitucionais de um *status* de norma jurídica e,

¹⁰⁶ Cf., DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 28 abr. 2008.

¹⁰⁸ *Idem, ibidem.*

¹⁰⁹ BARCELLOS, Ana Paula. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. *Revista Diálogo Jurídico*. N. 15 – janeiro/fevereiro/março de 2007, p. 05.

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 28 abr. 2008.

conseqüentemente, de caráter vinculativo. Com isso, quebra-se um paradigma que vigorava até meados do séc. XIX na Europa, e que induzia à não vinculatividade das ordenações constitucionais, em razão de sua natureza essencialmente política. No Brasil, essa compreensão normativa só ganha força a partir da década de 80 (quando se intensificam os estudos sobre o acesso à justiça), encontrando na CRFB/1988 uma forte aliada¹¹¹.

Não se concebe mais a Constituição como mero “pedaço de papel”, vista sob um prisma puramente sociológico ou político, sem conteúdo jurídico-normativo. Sendo norma e assumindo uma pretensão jurídica, a Constituição passa a possuir todos os atributos que o sistema confere às normas jurídicas comuns (em especial, a imperatividade e a coercibilidade). Nesse sentido, vale destacar a obra de Konrad Hesse: *A Força Normativa da Constituição*, traduzida em português por Gilmar Ferreira Mendes, onde preceitua que “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”¹¹². Não se faz uma norma sem o intuito de realizá-la. Ainda nessa linha, aponta Hesse que:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força viva se estas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar esta ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral – particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.¹¹³

Assim, uma Constituição só se tornará viva quando houver um esforço conjunto visando conferir-lhe materialização, seja por parte do Poder Público ou da própria sociedade. Trata-se de uma ordem normativa com pretensão de realização,

¹¹¹ *Idem*.

¹¹² HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Fabris, 1991, p. 14.

¹¹³ *Idem, ibidem*, p. 19.

sempre correspondente aos anseios sociais incorporados às normas. Consoante ensina Flávia Piovesan:

A Constituição só se torna viva, só permanece viva, quando há o esforço em conferir-lhe realização, que não se coaduna com a omissão inconstitucional, inviabilizadora de sua eficácia. A tarefa de realização das normas constitucionais deve, ademais, estar em consonância com o sentido essencial dos princípios consagrados pela Constituição, refletindo, assim, a consciência da necessidade e do valor específico de uma ordem normativa, bem como a convicção de que se trata de uma ordem a realizar, através de atos de vontade dos implicados no processo constitucional¹¹⁴.

Como norma superior do escalonamento normativo estatal, a Constituição deve operar uma força, não apenas sociológica, mas antes de tudo, jurídico-normativa. Verifica-se, assim, que a partir da força normativa e vinculante da Constituição, bem como da aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, podemos falar em um direito constitucional à efetividade da Constituição¹¹⁵. Deve o aplicador do direito tomar essa consciência, buscando sempre extrair a maior eficácia possível das normas constitucionais, a fim de transformá-las em força viva.

Com efeito, o reconhecimento ou recrudescimento da força normativa da Constituição marca a ruptura com o modelo constitucional anterior, calcado sobre uma concepção meramente política ou sociológica da Constituição, e ainda, a revisitação das normas programáticas que não podem se converter em meras declarações políticas, exortações morais ou promessas inseqüentes e destituídas de vinculatividade. Na medida em que a Constituição se transforma em força ativa, devem seus desígnios ser realizados e estarem presentes na consciência geral, especialmente dos agentes públicos (principais partícipes da vida constitucional)¹¹⁶.

¹¹⁴ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**, 2ª edição, rev. atual. e ampl., São Paulo: RT, 2003, p. 18.

¹¹⁵ Cf. CUNHA JR., Dirley. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**, São Paulo: Saraiva, 2004.

¹¹⁶ Não obstante, vale ressaltar que o art. 64 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias prevê a edição, pela Imprensa Nacional e demais gráficas da União, do texto integral da Constituição a fim de colocá-lo “à disposição das escolas, dos cartórios, dos sindicatos, dos quartéis, das igrejas e outras instituições representativas da comunidade, gratuitamente, de modo que cada cidadão

Deve haver, portanto, uma conexão entre norma e realidade, pois de nada adianta a previsão normativa sem realização prática. A esse respeito, afirma Konrad Hesse que:

A íntima conexão, na Constituição, entre a normatividade e a vinculação do direito com a realidade obriga que, se não quiser faltar com seu objeto, o Direito Constitucional se conscientize desse condicionamento da normatividade¹¹⁷.

Como conseqüência desta compreensão normativa da Constituição, desponta no cenário jurídico uma ascensão de normas com conteúdo aberto e indeterminado, que a exemplo dos princípios, largueiam a interpretação jurídica, direcionando-a para o futuro e adequando-a as novas realidades.

1.3.1.2 Ascensão dos princípios e nova interpretação constitucional

A ascensão dos princípios decorre basicamente de duas constatações erigidas ao longo do século XX: (i) a crise do positivismo jurídico e (ii) a incorporação expressa de direitos fundamentais (com caráter de princípios) na maior parte dos sistemas jurídicos. Assim, consoante Eduardo Cambi, “a falência do positivismo jurídico, marcada pela diferenciação da norma e do preceito normativo, rompeu o método silogístico, abrindo espaço para o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional”¹¹⁸. Tais constatações aditam-se ao reconhecimento da força normativa da Constituição e da conseqüente constitucionalização dos direitos, alterando, profundamente, o núcleo hermenêutico do intérprete, e conduzindo a doutrina e a jurisprudência à

brasileiro possa receber do Estado um exemplar da Constituição do Brasil”. Tal previsão demonstra o intuito do constituinte em difundir a cultura jurídico-constitucional, democratizando o acesso à informação sobre os direitos fundamentais. No entanto, para que esta força atinja a consciência das pessoas e passe a ser concretizada, será preciso um trabalho conjunto entre a sociedade e o Estado.

¹¹⁷ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Fabris, 1991, p. 26.

¹¹⁸ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. (Org.) Fux, Luiz, Júnior, Nelson Nery e Wambier, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**, São Paulo: RT, 2006, p. 670.

sistematização de um elenco de princípios aplicáveis à nova interpretação constitucional¹¹⁹. Para Barroso:

Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade¹²⁰.

Não se trata de abandonar a interpretação jurídica tradicional, calcada nos clássicos elementos gramaticais, históricos, sistemáticos e teleológicos, nem tampouco suprimir os métodos de solução de eventuais conflitos normativos (hierárquico, cronológico e especial). Pelo contrário, muitas questões jurídicas ainda se resolvem neste âmbito; porém, nos últimos tempos, tais categorias vêm se mostrando insuficientes para solucionar os complexos problemas ligados à realização da vontade constitucional¹²¹. Daí a necessidade do surgimento de novos métodos interpretativos, apontando Barroso a relação entre o método tradicional e o contemporâneo:

(i) quanto ao *papel da norma*, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao *papel do juiz*, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção. Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao *papel da norma*, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao *papel do juiz*, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para

¹¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 28 abr. 2008. Sobre a nova interpretação constitucional, cf., BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004.

¹²⁰ *Idem, ibidem*.

¹²¹ *Idem, ibidem*.

revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis¹²².

A partir daí enuncia o autor diferentes categorias com as quais trabalha a nova interpretação constitucional, enfatizando as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação jurídica.

Com relação aos princípios¹²³, estes se distinguem das regras, pois enquanto estas possuem comandos imediatamente descritivos de condutas específicas (ex. é proibido desmatar), aqueles consagram valores e ideais básicos de uma sociedade, indicando fins públicos a serem perseguidos (ex. é garantida a duração razoável do processo)¹²⁴. Nessa linha, como os princípios possuem menor densidade normativa (o que impossibilita extrair-se em abstrato seu conteúdo).

Assim, tais normas transferem para o intérprete certa dose de discricionariedade¹²⁵ na sua definição e alcance. Nesse ponto, aumenta-se a

¹²² *Idem, ibidem.*

¹²³ Consoante afirmação de Miguel Reale: “Nosso estudo deve começar pela observação fundamental de que toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de *princípios*, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber” (**Lições Preliminares do Direito**. 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 305). Os princípios sempre existiram e continuarão a existir no campo do saber e da vida, porém, destacamos que, no atual estágio do constitucionalismo, os princípios ganharam força e destaque sobrelevados, concedendo caráter aberto e dinâmico às Constituições.

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 28 abr. 2008.

¹²⁵ *Idem*. Tal discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, devendo calcar-se no direito constitucional vigente que impõe os limites e as possibilidades ao aplicador, pois toda interpretação é uma reconstrução, ou seja, interpretar é construir a partir de algo (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 33). Não queremos afirmar, contudo, que o intérprete e aplicador do direito, só sofrerá influência do sistema jurídico-constitucional pré-existente, pois seria impossível exigir tal abstenção. O homem como ser histórico, temporal e marcado pelas suas tradições culturais, tem concepções prévias, por vezes manifestadas involuntariamente ou de maneira irracional, que condicionam e influenciam a sua interpretação (cf., HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**, trad. Márcia de Sá Cavalcante. Parte I. 9. ed. Petrópolis, 2000). Entendemos, porém, que essa pré-concepção humana não se transforma em óbice à legítima atuação do intérprete e aplicador do direito no atual Estado Democrático e Constitucional, desde que demonstre objetividade e clareza nas suas bases argumentativas (*ratio decidendi*), expondo o seu ponto de vista sobre o objeto da interpretação e a racionalidade com que realizou a adequação entre a ordem jurídica vigente e o caso concreto. A Constituição é o pólo metodológico de toda interpretação jurídica, só se considerando válida a interpretação constitucionalmente adequada e à luz do caso concreto. O humor dos juízes

responsabilidade do hermenauta no que tange à interpretação e aplicação desses princípios. No caso de colisões entre os princípios, resta necessária a técnica da ponderação (no caso concreto), dos bens ou interesses que estão “em jogo” (método destinado a atribuir peso a elementos que se entrelaçam), restando insuficiente a mera subsunção lógica e os critérios tradicionais de solução de conflitos (hierárquico, cronológico ou especial). Pontua Barroso que neste imbróglio intensifica-se a argumentação jurídica, destacando-se a fundamentação ou motivação das decisões judiciais. Portanto, quando uma decisão envolve a análise de normas com caráter de princípios, concede uma atividade criativa (ou construtiva) para o juiz, potencializando seu dever de fundamentação (especialmente nos casos difíceis)¹²⁶.

Destacamos, pois, que esta fase estabelece uma “revolução copernicana” no sistema jurídico, pois supera a era das codificações e passa para a era das Constituições, com a conseqüente ascensão dos princípios e dos valores que elas consagram. O sistema jurídico não é apenas um sistema fechado de regras, comportando, também, os princípios que lhe dão abertura e projeção para o futuro. No dizer de J. J. Gomes Canotilho, as Constituições são concebidas como um “sistema aberto de regras e princípios”¹²⁷. A teoria principiológica teve importante contribuição com estudos elaborados por Ronald Dworkin, na década de setenta contra o positivismo. Afirma o referido autor que:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. [...] As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Os princípios possuem uma

não pode ser elemento influenciador nas suas decisões. O que se sobreleva no atual momento constitucional não é mais *quem* aplica o Direito, mas *como* se aplica o mesmo.

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 28 abr. 2008. Destacamos que os juízes terão com a mudança metodológica do neoconstitucionalismo, um dever de mostrar em suas fundamentações as premissas que escolheram, pois premissas diferentes levam a conclusões diferentes. Assim, deverão reduzir o subjetivismo hermenêutico, fundamentando exaustivamente e coerentemente sua decisão, a fim de convencer que a prestação jurisdicional fora adequada.

¹²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.159.

dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um¹²⁸.

Assim, destaca Dworkin a calibragem existente entre os princípios, de modo que na hipótese de colisão prevalece o de maior peso, sem, contudo, excluir o outro. Já no âmbito das regras o fenômeno se resolve no “tudo ou nada”, ou seja, apenas uma regra subsistirá no caso de eventual conflito (segue-se o critério cronológico, da especialidade ou da hierarquia)¹²⁹.

Outro autor que se destaca no plano da diferenciação entre regras e princípios é Robert Alexy que, acrescentando o pensamento de Dworkin, defende que os princípios (como normas jurídicas), não ordenam que algo seja realizado de forma direta ou precisa, mas numa “medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas”. Segundo Alexy, “princípios são, portanto, *mandamentos de otimização*. Como tais, eles podem ser preenchidos em graus distintos”¹³⁰. Com isso afirma Alexy que, “a discussão sobre a teoria dos princípios, é, com isso, essencialmente, uma discussão sobre a ponderação”¹³¹.

Ainda na linha tracejada por Robert Alexy, bem diferente é a definição das regras, “que, sempre, ou só podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra vale, é ordenado fazer exatamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. [...] regras são, portanto, *mandamentos definitivos*”¹³². Sendo a subsunção (e não ponderação) a forma de aplicação das regras.

¹²⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, trad. De Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39 e 42.

¹²⁹ *Idem, ibidem*, p. 35 seg.

¹³⁰ ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, jul/set. 1999, p. 74-75.

¹³¹ *Idem, ibidem*, p. 75. Sobre o princípio da ponderação, cf., BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005 e SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

¹³² *Idem, ibidem*. p. 75.

Além de regras e princípios, o ordenamento jurídico ainda comporta mais uma categoria normativa: os postulados normativos aplicativos. Tais espécies normativas estabelecem como deverão ser estruturadas e aplicadas as demais normas do sistema. Para o professor Humberto Ávila os postulados “são deveres estruturantes da aplicação de outras normas”, dos quais extraímos a razoabilidade, proporcionalidade, eficiência, concordância prática, proibição de excesso etc.¹³³. Assim, com o fortalecimento da força normativa da Constituição e a ascensão dos princípios e dos postulados normativos no sistema jurídico, a interpretação constitucional ganha novos contornos, sobrelevando o momento de sua aplicação e contribuindo para recrudescimento da Jurisdição Constitucional.

1.3.1.3 O revigoramento da jurisdição constitucional

O estudo da Jurisdição Constitucional nunca esteve tão em voga quanto atualmente. Tal fenômeno decorre da imbricação de diversos fatores, dentre os quais destacamos: (1) a afirmação da supremacia e da normatividade constitucional; (2) o aumento da litigiosidade, gerado especialmente pela massificação da sociedade e pela ampliação da informação quanto à existência dos direitos fundamentais (com destaque para TV JUSTIÇA); (3) a ampliação do acesso à justiça¹³⁴; (4) o desenvolvimento de instrumentos de proteção coletiva dos direitos, engendrando maior número de pretensões no Judiciário (ainda que

¹³³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 6ª edição, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 121-166.

¹³⁴ Cf., CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Fabris, 1988. A obra, que a despeito de constituir apenas uma parte dos trabalhos, há alguns anos vem servindo de paradigma para a construção de teorias acerca da abertura e do acesso efetivo à justiça, destacando três ondas renovatórias básicas e que merecem consideração: a primeira “onda” desse movimento foi a *assistência judiciária* que, em síntese, visa proporcionar serviços jurídicos aos pobres (economicamente hipossuficientes), a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar *representação jurídica para os interesses difusos ou coletivos*, nesta fase, torna-se necessária uma revolução no processo civil e no papel a ser desenvolvido pelos Tribunais, até então acostumados a litígios de natureza estritamente individuais (destaca-se aqui a questão da representatividade dos direitos coletivos); por fim, mas não menos importante, destacam um *enfoque de acesso à justiça*, que além de reforçar os sistemas anteriores, ataca barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo, centrando sua atenção no conjunto geral de instituições, mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas.

numa só ação coletiva). Todos esses fatores contribuem para uma atuação mais ativa por parte do Poder Judiciário na defesa da Constituição. Sobre o tema, detalha Luis Roberto Barroso que:

Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais¹³⁵.

Assim, a partir desse período é que boa parte dos países da Europa Continental passam a permitir que ações legislativas e/ou governamentais sejam contestadas perante o Poder Judiciário (judicialização da política¹³⁶), que assume papel de destaque nas sociedades contemporâneas, especialmente no que tange à guarda e efetivação da Constituição. No Brasil, a CRFB/1988 deu importante passo para essa revitalização judicial adotando um modelo híbrido de jurisdição constitucional.

Assim, podemos concluir que a conversão dos direitos fundamentais em parâmetro referencial e vinculante dos Poderes Públicos, instaurou um momento de reavaliação da discricionariedade dos demais Poderes Constituídos que, por vezes, inviabiliza a efetividade constitucional¹³⁷. A partir de então, concebe-se uma vertiginosa expansão da Jurisdição Constitucional como um instrumento de proteção da Constituição e dos direitos fundamentais que ela consagra.

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 28 abr. 2008

¹³⁶ Cf., FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A Constituição de 1988 e a Judicialização da política.** (in) Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Rio Grande do Sul, v. 12, 1996.

¹³⁷ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**, 2ª edição, rev. atual. e ampl., São Paulo: RT, 2003, p. 109.

2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Antes de analisarmos a jurisdição constitucional é preciso destacar alguns aspectos sobre a própria função jurisdicional. Em primeiro lugar, é importante frisar que não há na doutrina um consenso sobre o conceito de jurisdição, merecendo destaque o conceito atribuído por Giuseppe Chiovenda, no qual define a jurisdição como:

função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva¹³⁸.

Outra concepção a ser pontuada sobre o conceito de jurisdição é a desenvolvida por Francesco Carnelutti, que definia a jurisdição pela busca da “justa composição da lide”¹³⁹. Assim, podemos definir a jurisdição (*iuris dictio*) como uma faceta do poder estatal (uno e indivisível¹⁴⁰) que, substituindo¹⁴¹ a vontade das partes, objetiva declarar e efetivar os direitos, solucionando, com justiça, os conflitos de interesses e as pretensões que emanam da sociedade e são a ela submetidas. É

¹³⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. Brasileira de J. Guimarães Menegale, v. II, São Paulo: Saraiva, 3^o ed., 1969, p. 03. Para Chiovenda a norma abstrata e genérica é capaz de regular todas as situações da vida, devendo o Estado, no exercício da jurisdição, limitar-se à atuação da vontade concreta do direito objetivo.

¹³⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Estudios de Derecho Procesal**. Trad. de Santiago Sentis Melendo, v. II, Buenos Aires: EJEJA, 1952, p. 05.

¹⁴⁰ Sendo uno o poder soberano do Estado, una também deve ser a jurisdição, que embora não fragmentável é multioperacional. Consoante destaca o magistrado e brilhante professor William Couto Gonçalves: “A sua multioperacionalidade está em todos os casos para os quais é chamada (pelo exercício do direito de ação ou de petição) a operar, mantendo a noção de poder-dever-função estatal. Tem-se, então, a jurisdição tripartida do seguinte modo: 1. Etapa Genérica e Abstrata; 2. Etapa Restrita e Materializada; 3. Etapa Específica e Eficaz. Todas as etapas agasalhadas pelo abrangente sentido de efetividade”. Com isso, sustenta o autor a existência de três fases distintas ligadas ao funcionalismo da jurisdição, sendo a 1^a (genérica e abstrata) a que se dá num momento anterior à sua provocação, quando, embora inerte, já se apresenta à disposição dos indivíduos (cidadãos); a 2^a (restrita e materializada), que se desenvolve no curso do processo, após sua provocação pela parte (excepcionalmente de ofício) e a 3^a (específica e eficaz), a que atua na situação de fato, ou seja, os efeitos que ela projeta fora do processo (os seus resultados). **(Garantismo, Finalismo e Segurança Jurídica no Processo Judicial de Solução de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 40-52).

¹⁴¹ Importa destacar que a característica da substitutividade (sobrelevada por Chiovenda), sempre lembrada na jurisdição comum, adapta-se mal ao controle abstrato de constitucionalidade (pois se trata de processo objetivo e sem partes).

atividade do Estado de extrema relevância para o alcance de seus escopos, sendo considerada peça fundamental do sistema de separação de poderes.

Jurisdição é poder, ou parcela do poder estatal que expressa sua soberania e se realiza segundo o processamento informado pelo Direito, balizando-se por parâmetros equidade e justiça, não sendo, entretanto, atividade exclusiva do Poder Judiciário¹⁴². Não obstante, ressaltamos que nosso trabalho gira em torno da atividade jurisdicional perfilhada pelo Poder Judiciário que, atualmente, equivale a um “direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”¹⁴³.

Com o advento do Estado Constitucional e o fenômeno da constitucionalização dos direitos, não há interpretação (válida) de norma jurídica desvinculada da Constituição, pois esta assume posição de destaque no ápice do ordenamento jurídico e passa a ser o centro de convergência de todas as demais normas, irradiando seus comandos para o resto do sistema¹⁴⁴. Nesse passo, toda interpretação de norma jurídica é uma interpretação constitucional, conseqüentemente, toda jurisdição é (ou deveria ser) constitucional¹⁴⁵.

¹⁴² Tanto o executivo quanto o legislativo exercem tal desiderato, seja na realização de um julgamento (o Senado Federal quando julga autores de crimes de responsabilidade ou a administração pública quando julga seus agentes por infrações disciplinares administrativas), seja aferindo a constitucionalidade de uma norma (o Executivo na utilização do poder de veto à projeto de lei aprovado pelo Congresso por vício de inconstitucionalidade - art. 66, § 1º da CRFB/88 ou o Legislativo no exercício das Comissões de Constituição e Justiça – CCJ). Nenhum poder possui o monopólio de determinada função estatal, exercendo cada um deles funções típicas e atípicas.

¹⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**, 2ª ed., São Paulo: RT, 2007, p. 118. Para o autor, “o direito fundamental à tutela jurisdicional incide sobre o legislador e o juiz, ou seja, sobre a estruturação legal do processo e sobre a conformação dessa estrutura pela jurisdição”. Dessa forma, para que alcancemos uma tutela jurisdicional efetiva ou eficaz, idéia ligada à noção de acesso à justiça (já referendada neste trabalho), é preciso uma harmônica conexão entre os instrumentos e as técnicas processuais postas pelo legislador segundo as necessidades do direito material e a racionalidade da utilização dessas técnicas pelo juiz para tutela efetiva e adequada dos direitos.

¹⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 370-371.

¹⁴⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional Processual**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 207. Com o que afirmamos no texto e, à luz do que ensina Marcelo Cattoni, adotamos no presente trabalho o conceito amplo de jurisdição constitucional. Salientamos, no entanto, que a jurisdição constitucional enfocada em nossa monografia, é aquela exercida pelo Poder Judiciário.

A Constituição atua como um “filtro”¹⁴⁶ da hermenêutica jurídica atual e da compreensão do Direito como um todo. A ordem jurídica é um sistema, e como tal pressupõe unidade, equilíbrio e harmonia¹⁴⁷, aspectos que homenageiam a prevalência da supremacia constitucional e, conseqüentemente, a unidade do ordenamento jurídico. Assim, com o fortalecimento da idéia de supremacia da Constituição¹⁴⁸, surgiram embates teóricos para saber quem seria o seu melhor guardião¹⁴⁹, prevalecendo, na maioria dos países que adotam algum tipo de controle de constitucionalidade de leis ou de atos normativos, a tese de que tal

¹⁴⁶ Sobre “filtragem constitucional” Cf., CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e os Direitos – elementos para uma crítica do direito contemporâneo**. São Paulo: Acadêmica, 1988 e SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

¹⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**, 6ª edição, rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 372. Ainda sobre o tema, afirma Paulo Bonavides “a idéia de sistema inculca imediatamente outras, tais como as de unidade, totalidade e complexidade. A Constituição é basicamente unidade, unidade que repousa sobre princípios: os princípios constitucionais. Esses não só exprimem determinados valores essenciais – valores políticos ou ideológicos – senão que informam e perpassam toda ordem constitucional, imprimindo assim ao sistema sua feição particular, identificável, inconfundível, sem a qual a Constituição seria um corpo sem vida, de reconhecimento duvidoso, se não impossível!” (**Curso de Direito Constitucional**, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 110).

¹⁴⁸ A supremacia da Constituição decorre de uma concepção escalonada da ordem jurídica (hierarquia normativa), cujas raízes remontam a antiguidade (sendo, porém, o conceito de Constituição forjado apenas no período Moderno). Tal espectro, na visão de Hans Kelsen, “decorre do fato de existir uma relação entre uma norma reguladora e outra regulada, sendo que a norma que regula a produção é a norma superior, e a norma produzida segundo as determinações daquela, é a norma inferior”. Destaca o referido jurista que “a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas”. No entanto, vale destacar que o principal objetivo da Teoria Pura do Direito não foi estabelecer a supremacia da Constituição, mas a sua base de legitimidade formal (jurídica) que repousa no argumento “a priori” da norma fundamental (**Teoria Pura do Direito**, trad. João Baptista Machado, 6ª ed. Martins Fontes, 1998, p. 247). A idéia de supremacia surge com a 1ª Constituição escrita, mais precisamente a americana, de 1787. Nesse sentido, vale destacar o, um pouco rebuscado, artigo VI, item 2 da Constituição norte-americana, conhecido como “cláusula de supremacia” (*supremacy clause*) que proclama a superioridade hierárquica da Constituição, declarando em seu texto que “Esta Constituição e as leis dos Estados Unidos elaboradas de acordo com ela, bem como os tratados celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos, constituirão a suprema lei do país; os juizes de todos os Estados ficam sujeitos a ela, não devendo prevalecer qualquer disposição em contrário na Constituição de qualquer dos Estados ou nas suas leis”.

¹⁴⁹ Sobre o tema, merece destaque a obra de KELSEN, Hans. **Quien debe ser el defensor de la Constitución?**. Madrid: Tecnos, 1931. Ver comentários em TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. Celso Bastos Editor, 1998, p. 30. Neste embate, diverge Hans Kelsen e Carl Schmidt sobre quem deveria ser o guardião da Constituição, sendo que para Schmidt somente o presidente do *Reich* poderia desempenhar tal função, pois o povo quem o escolhera. Ao contrário de Kelsen que defendia a criação de um Tribunal Constitucional específico para este desiderato, pois somente assim se alcançaria uma democracia moderna e o respeito às minorias. Ainda sobre o assunto, vale destacar a terminologia utilizada por André Ramos Tavares para identificar a entidade incumbida de proteger a Constituição contra eventuais ataques: “Curador da Constituição”, preferindo-a ao termo “Defensor” da Constituição.

escopo melhor se desenvolve pela atuação de Tribunais especializados, em geral pertencentes ao Poder Judiciário.

Assim, delimitamos nosso trabalho sobre a análise da Jurisdição Constitucional, como exercício, pelo Poder Judiciário, do controle de constitucionalidade dos atos das demais funções estatais, seja num caso concreto (realizada por qualquer juízo ou Tribunal) seja numa análise em tese (realizada por Tribunais específicos). Trata-se da atuação exercida por um corpo de profissionais do direito que não são investidos em suas funções pelo voto popular, nem estão sujeitos a sufrágios periódicos, constituindo o que a doutrina chama de instância de poder “contramajoritário” ou “antimajoritário”, no sentido de que sua função é controlar atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos, aferindo sua compatibilidade ou não com a Constituição do país¹⁵⁰.

Segundo Barroso, trata-se de “um mecanismo de proteção da Constituição, conhecido na sua matriz norte-americana como *judicial review*, batizado entre nós de ‘controle de constitucionalidade’”¹⁵¹. A jurisdição constitucional é, portanto, um instrumento controlador (concreta ou abstratamente) da boa aplicação das regras e dos princípios constitucionais. Consoante lição de Oswaldo Luiz Palu:

A jurisdição constitucional é a atividade que visa garantir a aplicação dos princípios e normas da Constituição às controvérsias e dúvidas surgidas, concreta ou abstratamente, atividade advinda de órgão que atua com a independência em relação aos órgãos ou poderes elaboradores do texto normativo objeto da fiscalização, ou do Executivo, de modo definitivo e imparcial. A jurisdição constitucional exerce, primordial e institucionalizadamente, a *fiscalização da constitucionalidade*¹⁵².

¹⁵⁰ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**, 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 246. Vale destacar que em alguns países a jurisdição constitucional não se realiza apenas por juízes, sendo que o órgão que a instrumentaliza pode ter caráter político (a exemplo da França, cujo controle é exercido pelo “Conselho Constitucional”). Contudo, nosso trabalho dará ênfase ao controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário.

¹⁵¹ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 164.

¹⁵² PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**, 2ª edição, São Paulo: RT, 2001, p. 94.

Visando compreender a origem do tema, analisamos a seguir o marco histórico da Jurisdição Constitucional, enfatizando a experiência do direito constitucional norte-americano (em razão do seu pioneirismo) e do direito constitucional brasileiro.

2.1 HISTÓRICO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Um estudo histórico da Jurisdição Constitucional passa, necessariamente, pelo surgimento do movimento constitucionalista, fenômeno que coincide com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII e com o advento do Estado Liberal (constitucionalismo moderno), pois é nesta época que o absolutismo monárquico entra em declínio, surgindo os primeiros sinais de um novo regime visando proteger a liberdade dos indivíduos diante do arbítrio estatal¹⁵³.

Nesse contexto, a burguesia, já detentora do poder econômico e buscando poder político, exige a elaboração de um documento limitador do arbítrio soberano (até então irrestrito - submisso apenas ao poder divino, que não raras vezes correspondia aos interesses pessoais do monarca), dando azo à noção moderna de Constituição¹⁵⁴. Tal documento político constitui-se no instrumento que formava a estrutura funcional e orgânica do Estado, abarcando direitos e deveres individuais, assim como, limitações ao poder governamental¹⁵⁵.

Há nesse período um fenômeno de positivação dos direitos naturais (primeiramente nas Declarações de Direitos e só depois nas Constituições), representando um dos fatores fundamentais que caracterizavam o pensamento e

¹⁵³ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**, 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 16. Porém, destaca o autor que: “não seria equivocado dizer que as origens remotas do constitucionalismo são anteriores ao liberalismo”. Concordamos com o autor, e pontuamos a Magna Carta inglesa, de 1215, como um bom exemplo de documento limitador do Poder Político já na Idade Média.

¹⁵⁴ *Idem, ibidem*. p. 16.

¹⁵⁵ *Idem, ibidem*. p. 55. Ressalta Gustavo Binenbojm que “as modernas Constituições escritas representam a consagração, em uma norma de direito positivo, dos ideais do liberalismo político: governo limitado e respeito aos direitos individuais”.

a realidade jurídica da época¹⁵⁶. Costuma-se atribuir a Emmanuel J. Sieyès a formulação da idéia encampada nos Estados Unidos, da denominada jurisdição constitucional¹⁵⁷, tida como instituição política essencial para a garantia da supremacia da Constituição, como assinala Binjenbojm:

Deve-se [...] a Sieyès a formulação da idéia – já antes concebida por Edward Coke e que ganharia corpo nos Estados Unidos – da jurisdição constitucional como instituição política essencial à garantia da supremacia da Constituição. [...]. A este tribunal caberia conter os excessos cometidos por maiorias legislativas irresponsáveis, cuja vontade não poderia sobrepor à vontade superior do povo expressa na Constituição¹⁵⁸.

Tal instituto, ao lado da forma federativa de Estado, foi a mais importante criação do constitucionalismo norte-americano que, sobrepujando a tradição inglesa (com o primado da supremacia do parlamento¹⁵⁹¹⁶⁰), instituiu o *judicial review of legislation*, cujo significado corresponde à supremacia da Constituição sobre a lei e a possibilidade de controlá-la pela via judiciária¹⁶¹.

¹⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial da Constitucionalidade das Leis**, 2ª edição, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 56.

¹⁵⁷ Vale destacar aqui, após as experiências constitucionais fracassadas na França, em 1791 e 1793, as duas propostas de Sieyès: a do “Jury Constitutionnaire”, órgão que seria encarregado do controle de constitucionalidade que, porém, não vingou, graças às desconfianças tidas contra o Judiciário e a do “Sénat Conservateur”, que tinha a mesma função controladora da constitucionalidade, mas também não perseverou diante da servidão do órgão a Napoleão Bonaparte e do fato de a própria Constituição ter instituído uma espécie de ditadura do executivo (JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 83-87).

¹⁵⁸ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**, 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 24.

¹⁵⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 164-165.

¹⁶⁰ Há na doutrina uma parcela que identifica as raízes históricas do controle de constitucionalidade com a doutrina inglesa do Sir Edward Coke (século XVII – 1608 a 1610), que estabelecia a superioridade da *Common Law* em relação ao *Statutory Law*, e a autoridade dos juizes para mantê-la (ex. *Doctor Bonham case* – embora na época sua tese não tenha sido aceita), cf. TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 50. Esclarece o autor que tal posição foi definitivamente afastada após a Revolução Gloriosa de 1688, prevalecendo, assim, supremacia do Parlamento. Ver ainda, SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 58, para o qual a doutrina de Sir Coke é considerada ponto de partida da idéia de jurisdição constitucional e Mauro Cappelletti. **O Controle Judicial da Constitucionalidade das Leis**, 2ª edição, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 60.

¹⁶¹ A Jurisdição Constitucional, nesse contexto, atua como mecanismo que visa assegurar a supremacia dos direitos do homem sobre as criações da vontade geral, pela aplicação das leis de forma contrastante aos preceitos constitucionais (SOUZA e BRITO, José de. **Jurisdição**

Nesse passo, destacamos a Constituição norte-americana de 1787 como a pioneira do constitucionalismo moderno, ou seja, a primeira a ordenar sistematicamente e racionalmente a sociedade através de um documento escrito, garantindo a adequação dos atos do poder e dos atos particulares ao que está no texto constitucional, sendo considerada um produto de pressões político-sociais historicamente desencadeadas¹⁶². Com efeito, no sistema norte-americano de controle de constitucionalidade qualquer juiz ou tribunal tem competência para, no curso de uma demanda, declarar nulo quaisquer atos administrativos ou leis contrárias à Constituição (modelo difuso).

É na experiência estadunidense que podemos encontrar as mais importantes passagens da Jurisdição Constitucional, seja para o bem ou para o mal do processo político democrático¹⁶³. Enfatizamos, pois, que o exercício desse mecanismo desenvolvido para atuação da supremacia constitucional não decorreu de previsão expressa da Constituição de 1787, mas de construção jurisprudencial¹⁶⁴, identificando-se como marco desse sistema a decisão *Marbury v. Madison*, proferida pela Suprema Corte norte-americana em 1803 que, sob a

Constitucional e Princípio Democrático, in Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio do 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra Editora, 1995, p. 39).

¹⁶² Nesse sentido, a proclamação do jurista norte-americano Hugo Lafayette Black: “É, para mim, da maior importância que o nosso país tenha uma Constituição escrita (...). A Constituição americana não é nenhum acidente histórico; mas, produto evolutivo da luta do homem, através de eras passadas, para proteger-se contra reis, potentados e governantes tirânicos (...)” (**Crença na Constituição**, Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 24).

¹⁶³ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 17-18. O autor explica sua afirmação dizendo que, de fato, na experiência constitucional norte-americana, podemos colher lições do melhor e do pior que pode ser apresentado pela Jurisdição Constitucional, citando como exemplo a comparação entre os casos *Brown v. Board of Education*, de 1954, no qual a Suprema Corte invalidou a política de segregação racial existente em boa parte das escolas públicas norte-americanas, com o caso *Dred Scott v. Sandford*, de 1857, no qual ela invalidou lei federal que proibia a escravidão nos territórios federais por violar o devido processo legal, negando aos negros a condição de pessoas diante da Constituição Federal.

¹⁶⁴ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**, 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 27 e BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, Editora Saraiva, 1996, p. 165. Não obstante a origem jurisprudencial da jurisdição constitucional norte-americana vale destacar a *supremacy clause*, prevista no artigo VI, (2) da Constituição americana, que indica a supremacia constitucional sobre as leis e decisões judiciais, bem como as idéias difundidas por Alexander Hamilton, no *Federalista* n. 78, produzidas em debates que antecederam a entrada em vigor da referida Constituição e que influenciaram a afirmação da supremacia constitucional, antecipando, assim, a idéia de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário norte-americano.

presidência de John Marshall, inaugurou o mecanismo da jurisdição constitucional norte-americana (*judicial review*)¹⁶⁵. Transcrevemos, assim, a síntese do referido julgado: Marshall (Secretário de Estado) foi indicado presidente da Suprema Corte norte-americana por John Adams (então Presidente dos E.U.A.) em janeiro de 1801. Adams, federalista, havia sido derrotado por Thomas Jefferson, republicano e antifederalista, nas eleições de 1800, cuja posse estava marcada para 04.03.1801. Em fevereiro, o Congresso, então dominado pelos federalistas, aprovou o Judiciary Act de 1801, espécie normativa que dobrou o número de juízes federais e autorizou a nomeação de 42 juízes de paz para o Distrito de Columbia. John Adams, em final de mandato (às vésperas da posse de Jefferson), indicou vários federalistas para os cargos [um dos beneficiários foi o próprio Marshall, nomeado Presidente da Suprema Corte (*Chief Justice*)¹⁶⁶], sendo as nomeações confirmadas pelo Senado Federal em 03.03.1801¹⁶⁷.

Marshall, incumbido de entregar os títulos de nomeação aos demais beneficiários, não conseguiu tal intento, pois neste interregno iniciou-se o mandato de Thomas Jefferson, que ordenara a seu Secretário de Estado, James Madison, que deixasse de entregar os documentos para tal. Um dos títulos não entregue foi o de William Marbury, indicado para o cargo de juiz de paz e que, no final de 1801, ingressou com *writ of mandamus* na Suprema Corte para que ela ordenasse Madison a empossá-lo (o que fez com base na seção 13 do Judiciary Act de 1789), que conferia à Corte competência originária em mandados contra autoridades federais¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Essa decisão proferida no início do séc. XIX assentou que os atos do Executivo e do Legislativo podem ser controlados em face da Constituição e invalidados se com ela incompatíveis, postura, esta, consubstanciada na rigidez e na supremacia constitucional. Ver a descrição do caso em BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 2-10 e MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 20-24.

¹⁶⁶ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**, 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 29.

¹⁶⁷ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 22.

¹⁶⁸ *Idem*.

Em 1802, ainda antes do julgamento, o Congresso, agora majoritariamente republicano, aprovou lei que revogara o Judiciary Act de 1801. Assim, se a Suprema Corte concedesse o mandado a Marbury, corria o risco de não ter sua decisão cumprida, em vista da oposição do Executivo. Marshall, invertendo a boa técnica processual, analisou o mérito antes da preliminar e, amparado pelas circunstâncias do caso, estabeleceu no julgamento que Marbury tinha o direito de ser empossado, pois a nomeação não seria revogável¹⁶⁹.

Entretanto, negou que a Suprema Corte teria competência para julgar o caso, reputando inconstitucional a seção 13 do Judiciary Act de 1789, por ter indevidamente ampliado a competência da Suprema Corte (registrando, assim, em sua fundamentação – na *ratio decidendi* - que o Judiciário teria o poder de invalidar atos legislativos contrários à Constituição)¹⁷⁰. Dessa forma, restou “consignada perante a opinião pública a posição da Suprema Corte acerca da ilegalidade da conduta do Presidente Jefferson e seu Secretário de Estado”¹⁷¹. No entanto, a ordem não foi concedida em razão de uma preliminar de incompetência da Corte¹⁷².

Com efeito, vale destacar que o referido julgamento não se deu de forma desvinculada do tempo e do espaço, pois o direito norte-americano recepcionara, desde os tempos coloniais, as teses desenvolvidas durante o século XVII, na Inglaterra, por Edward Coke (nota de rodapé 162), nas quais os juízes exerciam controle sobre as leis votadas pelo parlamento, negando aplicação àquelas contrárias à *common law*¹⁷³. Tal mecanismo, após incorporar-se à experiência constitucional norte-americana, se alastrou por diversos países¹⁷⁴.

¹⁶⁹ *Idem*.

¹⁷⁰ *Idem*. p. 22-23. Sobre o referido julgado, ver também a transcrição feita por BARROSO, Luís Roberto. **Conceitos Fundamentais sobre o Controle de Constitucionalidade e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. In SARMENTO, Daniel (org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 233-268.

¹⁷¹ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**, 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 31.

¹⁷² *Idem*. p. 31.

¹⁷³ *Idem*, p. 26. No mesmo sentido, CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial da Constitucionalidade das Leis**, 2ª edição, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 60.

Não obstante, durante o século XX, em especial na Europa continental, o modelo norte-americano (difuso) de controle de constitucionalidade cedeu espaço para o sistema de controle concentrado, onde a fiscalização da constitucionalidade de leis ou atos administrativos é confiada, exclusivamente, a um ou vários órgãos jurisdicionais específicos (os Tribunais Constitucionais), situados ou não na cúpula do Judiciário¹⁷⁵. Tal modelo surge no período entre guerras com a promulgação da Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920, introduzido na referida Carta por obra de Hans Kelsen, foi incorporado em diversas Constituições em diversos países, sobretudo na Europa Continental¹⁷⁶. Nesse sentido e, com relação ao século passado, afirma Barroso que:

A recepção, na Europa, do sistema de jurisdição constitucional criado nos Estados Unidos não se deu senão após o primeiro pós-guerra, já neste século. Obra pessoal de Hans Kelsen, ele foi introduzido na Constituição austríaca de 1920 e aperfeiçoado em sua reforma de 1929. O mecanismo adotado na Áustria e, posteriormente, na maior parte dos países da Europa Continental foi o do controle concentrado, atribuído a um único órgão (o Tribunal Constitucional), em oposição ao método difuso norte-americano, em que qualquer juiz pode recusar aplicação de lei inconstitucional¹⁷⁷.

No Brasil, a Jurisdição Constitucional tem como marco histórico a Constituição de 1891 (1ª Constituição Republicana)¹⁷⁸, onde foi recepcionado o modelo norte-

¹⁷⁴ O sistema norte-americano de *judicial review* encontra-se, sobretudo, em muitas das ex-colônias inglesas, como o Canadá, a Austrália e a Índia (CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial da Constitucionalidade das Leis**, 2ª edição, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 68). Outros países também adotam esse modelo de controle de constitucionalidade como Brasil, Argentina, Japão, Portugal, Noruega, Dinamarca, Suécia, Alemanha (na época da Constituição de Weimar, 1919) e Itália (entre 1948 e 1956): Gustavo Binbenjy, ob. cit., p. 35.

¹⁷⁵ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**, 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 35.

¹⁷⁶ *Idem*.

¹⁷⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 168.

¹⁷⁸ Na Constituição de 1824 (Constituição Imperial), a primeira após a independência do Brasil, não havia controle judicial de constitucionalidade das leis, contemplando a supremacia do Parlamento, v. BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**, 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 122.

americano de controle de constitucionalidade¹⁷⁹. Cabe esclarecer que, diferentemente do que ocorrera nos EUA, o sistema de controle de constitucionalidade foi incorporado no Direito brasileiro pelo poder constituinte originário. Foi a Constituição de 1981 que adotou, desde a sua promulgação, o controle incidental de constitucionalidade das leis pelos órgãos do Poder Judiciário¹⁸⁰, que desde então, sofre diversas modificações. Apesar do modelo inicialmente adotado, o sistema jurídico brasileiro incorporou ainda o modelo austríaco (já citado), formando um sistema eclético ou misto¹⁸¹.

2.2 PRINCIPAIS MODELOS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Podemos afirmar que os principais modelos de controle de constitucionalidade que se desenvolveram na história constitucional da maioria dos países foram: o modelo difuso ou incidental (norte-americano) e o modelo concentrado ou principal (austríaco)¹⁸². Ambos apresentando uma série de peculiaridades¹⁸³.

¹⁷⁹ Tal modelo de controle de constitucionalidade reconhece a competência a todos os órgãos do Poder Judiciário para decretação da inconstitucionalidade de leis ou atos normativos contrários à Constituição, desde que provocados por qualquer pessoa e num caso concreto.

¹⁸⁰ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**, 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 123.

¹⁸¹ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 169.

¹⁸² Não obstante a primazia desses modelos convém destacar a fiscalização exercida na França pelo Conselho Constitucional, conhecida pelo seu caráter preventivo (exercido anteriormente à promulgação da lei) e político (órgão não judiciário). Para uma análise mais detalhada do controle de constitucionalidade na França, cf., GOMES, Joaquim B. Barbosa. **A Quebra de Mais um Tabu no Mundo Jurídico**. Implantação e evolução da jurisdição constitucional na França. Revista *In Verbis*. Caderno de Estudos, n. 25, ano 8.

¹⁸³ Cf., BARROSO, Luís Roberto. **Conceitos Fundamentais sobre o Controle de Constitucionalidade e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. In SARMENTO, Daniel (org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 233-268. No presente artigo o autor trata, além das modalidades de controle (difuso ou concentrado) acima referendadas, das espécies de inconstitucionalidade: formal ou material; e por ação ou omissão. A inconstitucionalidade formal resulta da inobservância do processo legislativo (de elaboração de uma lei), ou seja, o desrespeito ao procedimento (à forma) previsto na Constituição para a criação de espécie normativa; já a inconstitucionalidade material se apresenta quando há conflito entre o conteúdo de uma norma infraconstitucional e a Constituição (trata-se de um confronto de matéria ou substância). A inconstitucionalidade por ação resulta de violação decorrente da prática de um ato proibido pela Constituição, desrespeitando uma vedação contida no texto constitucional; já a inconstitucionalidade por omissão ocorre quando o poder público deixa de praticar um ato que a

Seguindo a esteira de Mauro Cappelletti, no que concerne ao aspecto subjetivo ou orgânico¹⁸⁴, existem dois grandes tipos de controle judicial da legitimidade constitucional das leis: “a) o ‘sistema difuso’, no qual o poder de controle pertence *a todos os órgãos judiciários* de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência; e b) o ‘sistema concentrado’ em que o poder de controle se concentra, ao contrário, *em um único órgão judiciário*”¹⁸⁵.

Podemos descrever como principais fundamentos teóricos do modelo norte-americano (ou difuso) de controle de constitucionalidade: a rigidez e a supremacia constitucional; a possibilidade de todo e qualquer juiz ou tribunal deixar de aplicar norma infraconstitucional quando esta se mostrar incompatível com a Constituição; a harmonia do ordenamento jurídico assegurada pela força vinculante dos precedentes (*stare decisis*) advindos da Suprema Corte e, por fim, a nulidade da lei reconhecida como inconstitucional, é considerada como inválida desde seu nascedouro (efeitos *ex tunc*), cabendo ao Judiciário, apenas, declarar tal vício¹⁸⁶. Tal modelo é chamado pela doutrina de difuso e incidental, pelo fato de poder ser exercido por qualquer juiz ou tribunal e em razão de casos concretos.

Como assinalado alhures, o referido modelo cedeu espaço, ao longo do século XX e, sobretudo na Europa Continental, para o sistema de controle de

Constituição determina que seja praticado, onde a inércia do poder público compromete a operatividade da Constituição. Tratando, ainda, das espécies de controle de constitucionalidade: o político e o judicial. O controle político, segundo assinala o autor, é aquele tipo de controle atribuído a órgãos de natureza política, normalmente ligados ao Parlamento (ex. controle exercido na França); já o controle jurisdicional, como o próprio nome sugere, é exercido por um ou vários órgãos do Poder Judiciário.

¹⁸⁴ Para alguns doutrinadores tal divisão sistêmica do controle de constitucionalidade leva em conta o critério da “competência”, cf. JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 137 ou da “modalidade” consoante BARROSO, Luís Roberto. **Conceitos Fundamentais sobre o Controle de Constitucionalidade e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. In: SARMENTO, Daniel (org.) **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 244.

¹⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial da Constitucionalidade das Leis**, 2ª edição, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 67. Não obstante, vale ressaltar que o autor não afasta a existência de sistema híbridos (mistos ou intermediários), como, por exemplo, os adotados no México, na Irlanda e no Brasil.

¹⁸⁶ BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**, 2ª edição rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 34.

constitucionalidade concentrado, cujo surgimento se deu no período compreendido entre as duas grandes guerras mundiais (Constituição austríaca de 1º outubro de 1920), e confiado a um órgão jurisdicional independente (Tribunal Constitucional) ¹⁸⁷. A criação de Tribunais Constitucionais na Europa ocorreu após a constatação de crise na democracia representativa e do consequente distanciamento entre a vontade popular e as emanações dos órgãos legislativos ou administrativos, duramente sentida durante o período nazi-fascista.

O sistema de controle de constitucionalidade concentrado se difere do difuso, fundamentalmente, por atribuir a fiscalização das leis a um só órgão jurisdicional, criado, especialmente, para esse fim¹⁸⁸. Segundo Hans Kelsen: “tão somente a um Tribunal especial – pode ser conferida competência para decidir a questão da constitucionalidade de uma lei” ¹⁸⁹. Ainda na concepção do referido jurista, vale destacar que o referido controle de constitucionalidade considera irretroativos os efeitos da decisão, ou seja, tais efeitos se projetam *ex nunc* (são prospectivos), não se tratando de mero reconhecimento de nulidade preexistente (*ab initio* – que induz sentença meramente declaratória). Assim, para Kelsen:

Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito. Uma tal lei pode permanecer em vigor e ser aplicada durante muitos anos antes que seja anulada pelo tribunal competente como “inconstitucional”. Isto significa, porém, que os preceitos constitucionais relativos à anulação das leis que não correspondam às determinações da Constituição que diretamente regulam a legiferação têm o sentido de que também essas leis devem valer na medida e pelo tempo em que não forem anuladas pela forma constitucionalmente prevista ¹⁹⁰.

Assim, na teoria supra, o controle concentrado de constitucionalidade enseja a anulação da norma em vigor, que até então era considerada válida (presunção de

¹⁸⁷ *Idem*, p. 35.

¹⁸⁸ *Idem*. p. 36.

¹⁸⁹ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 301.

¹⁹⁰ *Idem*. p. 303.

constitucionalidade), sendo que a invalidação prospectiva gera eficácia contra todos (*erga omnes*), pois consoante assinala Hans Kelsen:

Se o controle de constitucionalidade das leis é reservado a único tribunal este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como “inconstitucional” não só em relação a um caso concreto, mas em relação a todos os casos a que a lei se refira¹⁹¹.

Ressalta-se, ainda, que pelo fato de se aferir em abstrato a constitucionalidade da norma (atuando como um legislador negativo), dispensando um caso concreto para sua deflagração, é que, tal controle, se dará, em regra, por meio de uma ação direta e com legitimação restrita¹⁹². Assim, “o controle concentrado/abstrato visa à proteção não de direitos subjetivos, mas da própria integridade da ordem jurídica, com a invalidação de atos normativos incompatíveis com a Constituição”¹⁹³.

Os modelos de controle de constitucionalidade ora transcritos apresentam méritos e deméritos. Assim, o modelo concentrado, por ser realizado por apenas um órgão, está mais sujeito a erros do que o sistema difuso, onde a construção da jurisdição constitucional é mais debatida e a controvérsia constitucional amadurecida antes do resultado final (num sistema de erros e acertos)¹⁹⁴. Ademais, o modelo concentrado fecha o círculo de intérpretes aos membros que compõem a Corte Constitucional, ao contrário do difuso, que possibilita a participação das partes e do juiz em todas as demandas e órgãos judiciais (democratizando o acesso à interpretação constitucional)¹⁹⁵.

Por outro lado, o modelo difuso possibilita contradições indesejáveis na interpretação jurídica, causando insegurança e descrédito ao Judiciário. Ademais, sua eficácia *inter parts* engendra a proliferação de demandas repetitivas, abalroando ainda mais o Judiciário de processos. Não obstante, há uma tendência

¹⁹¹ *Idem*, p. 303.

¹⁹² MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 309.

¹⁹³ *Idem, ibidem*, p. 306.

¹⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 309.

¹⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 309-310.

em aproximar esses dois modelos de controle de constitucionalidade, visando extrair o melhor de cada um deles¹⁹⁶.

Delineados os aspectos fundamentais dos dois modelos básicos de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado), passamos a analisar a jurisdição constitucional brasileira.

2.2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Coexistem no sistema jurídico brasileiro dois modelos de jurisdição constitucional (controle de constitucionalidade): o difuso/incidental e o concentrado/abstrato, configurando um sistema eclético ou misto. O primeiro já no início da República, ganhou lugar na Constituição de 1891, que atribuía a todos os órgãos do Judiciário o poder de controlar atos do legislativo e/ou do executivo. Segundo destaca Geovany Cardoso Jevaux, o chamado controle difuso:

Foi inserido na Constituição brasileira de 1891, que conferiu competência ao STF para processar e julgar recurso (extraordinário) das decisões de última instância (ordinária) dos Tribunais de Justiça dos Estados, em torno da inconstitucionalidade de leis federais e/ou leis ou atos de governo dos Estados, perante a CF (art. 60, § 1º, “a” e “b”)¹⁹⁷.

Dessa forma, como em outros países latino-americanos, seguimos, sob a influência de Rui Barbosa¹⁹⁸, a matriz norte-americana de controle de constitucionalidade

¹⁹⁶ Exemplo dessa conexão é a ampliação ou “abstratização” dos efeitos provenientes do controle difuso de constitucionalidade de leis ou atos normativos, acrescentando eficácia *erga omnes* aos respectivos provimentos jurisdicionais, a fim de tutelar todos que se encontram em situação idêntica (sob o argumento de respeito ao princípio da isonomia e da segurança jurídica), bem como a inclusão de um novo requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários: a repercussão geral, que se traduz na abrangência social, econômica ou política das questões constitucionais discutidas na causa, e que transcendem os limites da relação jurídico-processual (instituto introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/04 e regulamentada pela Lei 11.418/06).

¹⁹⁷ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 131.

¹⁹⁸ O texto do projeto inicial da Constituição de 1891 foi esclarecido e ampliado por Rui Barbosa, consoante prefacia Pedro Calmon: “Por esse documento verifica-se que Barbosa não só foi encarregado da redação do projeto final publicado em nome do governo, como ainda lhe acompanhou a impressão, fazendo-lhe profundas modificações nas diversas provas que reviu”

(*judicial review*). Tal modelo representou um avanço na democratização do acesso à Constituição, já que tanto as partes do litígio quanto o juiz podiam interpretá-la. No entanto, o controle difuso apresentou no início de sua aplicação alguns inconvenientes, dentre os quais destacamos a inexistência de vinculação dos precedentes (*stare decisis*) como fonte geradora de insegurança jurídica. No mesmo sentido e complementando nosso raciocínio, Binembojm aduz que:

Não se pode olvidar [...] que o referido sistema foi plagiado da matriz norte-americana, vinculada à tradição anglo-saxônica da *common law*. Assim, representando embora inegável avanço, do ponto de vista democrático, pelo acesso direto à Constituição que proporciona às partes em litígio e aos juízes e tribunais, tal sistema exibiu, desde logo, algumas deficiências e outras tantas inconveniências, decorrentes de sua adoção em um país herdeiro da tradição jurídica romano-germânica¹⁹⁹.

Esse desalinho ganhou novos contornos com a Constituição de 1934, que, além de atribuir ao Senado Federal competência para suspender, no todo ou em parte, a execução de lei ou ato jurídico declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (dando efeitos gerais - *erga omnes* - àquela declaração), possibilitou a provocação do STF pelo PGR para intervenção da União em Estados a fim de assegurar os princípios descritos no art. 7º, I e/ou a execução de leis federais (art. 12, § 2º)²⁰⁰.

O modelo difuso de controle judicial sofreu poucas alterações ao longo de sua trajetória no ordenamento brasileiro (salvo no período ditatorial), sendo acolhido indiretamente pela Constituição de 1988, a partir da regra da inafastabilidade do controle jurisdicional (artigo 5º, XXXV); do cabimento de recurso extraordinário

(BARBOSA, Rui. **A Constituição de 1891**, prefácio e revisão de Pedro Calmon, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1946, p. XXXIV – Impressão fac-similar dos originais que foram encontrados na casa de Rui Barbosa. Coleção Obras Completas de Rui Barbosa, v. 17, t. 1, 1890 – *apud* JUNIOR, Hermes Zaneti. **Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 11).

¹⁹⁹ BINEMBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização**, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 124.

²⁰⁰ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 131-132.

dirigido ao Supremo Tribunal Federal (artigo 102, III); bem como das ações de cunho constitucional (os remédios constitucionais) ²⁰¹.

Já o modelo concentrado ou abstrato de controle de constitucionalidade no Brasil é mais recente que o modelo difuso e incidental. Tal arquétipo (a despeito da representação interventiva²⁰²) foi introduzido no Direito brasileiro por meio da Emenda n. 16, de 26.11.1965, à Constituição de 1946. Assim, incorporou-se no Brasil o modelo idealizado por Hans Kelsen e forjado na Constituição austríaca de 1920, consagrando o hibridismo no controle de constitucionalidade brasileiro.

Esse modelo visa aferir “em tese” a constitucionalidade ou não de uma norma infraconstitucional, sendo que, à época de sua consagração no direito pátrio, ficava restrito à iniciativa do Procurador Geral da República que deflagrava perante o Supremo Tribunal Federal a representação por inconstitucionalidade de lei federal ou estadual. Assim, a questão constitucional passava de *prejudicial* para *principal*. No caso de procedência da ação “direta”, seus efeitos gerais (*erga omnes*) alcançariam todas as situações jurídicas em que houvesse a incidência da norma decretada inconstitucional²⁰³.

Assim, até o advento da Constituição da República de 1988 o controle de constitucionalidade aferido em abstrato não passava de uma questão de Estado²⁰⁴,

²⁰¹ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 306. Além das ações judiciais comuns (ordinárias), destacam-se, no controle difuso de constitucionalidade, algumas ações de natureza estritamente constitucionais como, por exemplo, o mandado de segurança, o mandado de injunção, a ação civil pública, o “habeas corpus” e “habeas data”, a ação popular etc.

²⁰² Tal instrumento permitia a arguição pelo Procurador-Geral da República, da incompatibilidade de atos normativos estaduais com os chamados princípios constitucionais sensíveis forma republicana representativa; independência e harmonia entre os poderes; temporariedade das funções eletivas; proibição de reeleição de governadores e prefeitos para período imediato; autonomia municipal; prestação de contas da administração; garantias do Poder Judiciário, cf., BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**, 2ª edição rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 126. O autor destaca que tal instrumento “abriu caminho para a adoção, entre nós, do controle abstrato de normas, eis que se tratava de um incidente suscitado independentemente da instauração de uma lide concreta e cujo escopo essencial era a suspensão da eficácia do ato impugnado”.

²⁰³ *Idem*, p. 127.

²⁰⁴ *Idem*, p. 128.

da qual os cidadãos não participavam. Após a Constituição de 1988 (Constituição “Cidadã”), houve uma significativa ampliação no rol dos legitimados para deflagração do controle de constitucionalidade, ocorrendo uma louvável democratização do sistema. Sobre essa abertura, Luís Roberto Barroso afirma que “de fato, o florescente desenvolvimento da jurisdição constitucional no Brasil se deveu, substancialmente, à ampliação da legitimação ativa para propositura da ação direta de inconstitucionalidade”²⁰⁵.

Não bastasse, para aprimorar ainda mais o controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (ADI), a CRFB/88 instituiu mecanismos para controlar omissões normativas inconstitucionais, tutelando o direito subjetivo (mandado de injunção – artigo 5º, LXXI²⁰⁶) ou o direito objetivo (ação direta de inconstitucionalidade por omissão – artigo 103, § 2º)²⁰⁷. E ainda, por meio da Emenda Constitucional nº. 3/1993, foi introduzida na atual Constituição a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (artigo 102, I, “a”), que, como o próprio nome indica tem por escopo uma decisão do STF que declare, com eficácia geral e vinculante, a constitucionalidade de uma norma (transformando a relativa presunção de constitucionalidade em absoluta²⁰⁸), a fim de salvaguardar a

²⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom pra você também?)**, Revista de Direito Administrativo, n. 214, 1998, p. 15.

²⁰⁶ O referido dispositivo constitucional diz 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”. Seguindo o modelo da Constituição da República de Weimar, de 1919, tal enunciado representa uma das características das Constituições contemporâneas que, diferentemente das Constituições liberais do séc. XIX, não se limitam a garantir aos particulares posições jurídicas contra agressões dos poderes públicos, pois, fugindo ao modelo garantista (*status quo*), pretendem conformar amplos aspectos da vida social, exigindo postura ativa por parte do Estado.

²⁰⁷ Essa ação merece destaque pelo seu objetivo político-social, uma vez que importa providências materiais por parte do legislativo ou da administração pública, quando estes não realizarem ações concretas determinadas pela Constituição. *Ipsis litteris*: “§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. Esse instrumento, juntamente com o mandado de injunção, foi criado para exigir do Estado a realização dos fins da Constituição Dirigente ou Constitutiva, para que não se transformem em simples promessas ou ideais meramente simbólicos. Ambos os mecanismos visam combater as omissões inconstitucionais do poder público.

²⁰⁸ BINEMBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização**, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 132.

segurança jurídica, e a argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º)²⁰⁹.

Destarte, houve um enorme avanço no constitucionalismo brasileiro com o aprimoramento da jurisdição constitucional, em especial após a Constituição de 1988. Nesse toada é que o STF, como “Guardião da Constituição”, intérprete máximo da Carta Republicana e defensor de seus comandos, ganhou destaque na vida política do país. Visando regulamentar o processo constitucional e consolidar a jurisprudência do Supremo foram elaboradas duas leis, 9.868/99 e 9.882/99, a primeira tratando do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, e a segunda da argüição de descumprimento de preceito fundamental, todas interpostas perante o STF²¹⁰.

A Lei 9.868/99, além de tratar do procedimento a ser seguido nas ações diretas e declaratórias de constitucionalidade, destaca-se pela abertura democrática no processo de interpretação constitucional, admitindo a manifestação de outros órgãos ou entidades (artigo 7º, § 2º - *amicus curiae*), além das partes que formalmente compõem o pólo ativo da demanda, e ainda, a possibilidade de os juízes incumbidos da função de julgar consultarem técnicos ou peritos com experiência no (artigo 9º, § 1º - *thema decidendo*)²¹¹. Não obstante, possibilita à Corte Suprema, visando salvaguardar a segurança jurídica ou o interesse social, restringir ou modular os efeitos da decisão (artigo 27), além de ratificar a eficácia contra todos e o efeito

²⁰⁹ Tal mecanismo tem por fim evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (artigo 1º da Lei 8.882/99).

²¹⁰ Cf., FILHO, Manuel Gonçalves Ferreira. **O Sistema Constitucional Brasileiro e as Recentes Inovações no Controle de Constitucionalidade (Leis n. 9.868, de 10 de novembro e n. 9.882/99, de 03 de dezembro de 1999)**, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 220, abr/jun 2000, p. 1-17.

²¹¹ Vale destacar como exemplo da utilização desta técnica (audiência pública), o julgamento ocorrido no STF, onde se discutia a constitucionalidade ou não da Lei de Biossegurança n. 11.105/2005 e a possibilidade de se realizar pesquisas científicas com células-tronco embrionárias no país: ADI n. 3510 movida pela Procuradoria Geral da República. No referido processo, foi solicitado pelo Ministro relator da referida ADI, Carlos Ayres de Brito, a realização de audiência pública para demonstração científica (em especial, por especialistas em genética) dos diversos aspectos abrangidos pelo julgamento. Destacamos, ainda, o processamento de ADI que tramita no TJ do ES, e onde se discute a inconstitucionalidade da Lei municipal nº. 6.225/04 que dispõe um percentual de vagas para candidatos negros ou afrodescendentes nos concursos para a prefeitura de Vitória – ES, onde o Desembargador relator Samuel Meira Brasil instituiu de forma inédita audiência pública no Judiciário estadual.

vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal (artigo 28, § único).

Já a Lei 9.882/99, não obstante os vetos perpetrados contra alguns de seus dispositivos originais se presta a evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (artigo 1º). Visa, assim, alcançar proteção mais célere e efetiva de um direito fundamental ameaçado ou lesado (descumprido num processo subjetivo), pois seu “objetivo real, disfarçado embora, é introduzir uma forma de advocatória, concentrando nas mãos do Supremo Tribunal Federal questões de inconstitucionalidade, suscitadas incidentalmente perante outras instâncias”²¹². Prosseguindo, Manuel Gonçalves Ferreira Filho aduz que:

De fato, a arguição traz a matéria para o juízo do Supremo Tribunal Federal, enquanto a liminar nela concedida pode suspender ‘o andamento de processo ou efeito de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto’ da mesma (art. 5º, § 3º). Ora, quando decidida pelo Supremo Tribunal Federal essa arguição, o entendimento deste se torna obrigatório para todas as autoridades, judiciais ou não, pois terá eficácia contra todos e efeito vinculante²¹³.

A despeito dos avanços percebidos na jurisdição constitucional brasileira, especialmente após a CRFB/1988 e a regulamentação do processo constitucional pelas leis supracitadas, não faltam vozes contrárias à sua atuação, alegando-se, por vezes, sua incompatibilidade com o Estado Democrático, decorrente de uma possível tensão entre constitucionalismo e democracia. Por esta razão, passamos a analisar a questão da legitimidade democrática da jurisdição constitucional.

2.3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA

A compatibilização da jurisdição constitucional com a democracia é um caminho estreito e delicado, mas que não é impossível de se conceber. Existe certa

²¹² FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **O Sistema Constitucional Brasileiro e as Recentes Inovações no Controle de Constitucionalidade (Leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999)**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 220, abr/jun 2000, p. 14.

²¹³ *Idem, ibidem*, p. 14.

restrição em identificar a jurisdição constitucional com regimes considerados democráticos, sendo que tal limitação tem como principal argumento o fato de a Jurisdição Constitucional se tratar de uma instância de poder não investida pelo voto popular, ou seja, uma instância “contramajoritária”²¹⁴, destinada a controlar os atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos.

Não vamos aqui nos aprofundar ao estudo da democracia, mas apenas dizer que a mesma não se restringe àquela referente ao sistema representativo (democracia indireta), o que já salientamos no item 1.3 desse trabalho. Hodiernamente, para além desse sistema a democracia engloba também o poder de participação do cidadão nos negócios públicos, não por representantes, mas pelo exercício da soberania popular direta ou participativa, instrumento que possibilita, ao menos em tese, a influência popular no teor das decisões políticas de um Estado.

Não se constitui adequada a afirmação da existência de tensão entre constitucionalismo e democracia, constituindo-se um daqueles falsos paradoxos. No entanto, consignamos que não há consenso na doutrina a respeito do assunto. O marco dos Estados Democráticos, hoje, é a prevalência hierárquico-normativa da Constituição e o respeito intransigente de seus valores (agregada ao elemento participação²¹⁵), não sendo o poder Legislativo (órgão típico da representação política indireta), o único órgão de representação popular (talvez seja o ambiente mais democrático para tanto). Sua prevalência não exclui a de outros entes estatais constitucionalmente qualificados, como a jurisdição constitucional.

²¹⁴ Curiosamente, este é ao mesmo tempo o contra-argumento favorável ao convívio da jurisdição constitucional com regimes democráticos, consoante demonstraremos no decorrer deste capítulo.

²¹⁵ A participação que se almeja no Estado Democrático é coerente com aquela existente no processo judicial, seja ele constitucional ou infraconstitucional, pois se trata de um instrumento democrático, não sob o aspecto da representatividade (até poderíamos falar aqui numa representatividade funcional), mas da participação (democracia participativa - espécie da democracia direta). Assim, não obstante a cooperação e o contraditório que devem ser assegurados às partes no processo judicial, possibilitando ao jurisdicionado influenciar na decisão do Estado-Juiz, devemos fomentar uma maior abertura hermenêutica e a possibilidade de mais pessoas, além das partes, participarem do processo de formulação decisória, especialmente nos casos de grande repercussão social (*leading case*). Sobre a imperiosa inclusão do elemento participação, como integração do social e do democrático no Estado de Direito, em uma “*íntima y necesaria conexión*”, cf., Antonio Enrique Pérez Luño. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, 9ª ed., Madrid: Tecnos, 2005, p. 235.

Não podemos, contudo, afirmar ser a jurisdição constitucional instituição imprescindível à democracia. “Países inegavelmente democráticos não a adotam. Todavia, o fato de ela não ser imprescindível não a torna incompatível com a democracia” ²¹⁶ (Inglaterra). O princípio da maioria não é absoluto e, num Estado realmente democrático, devem prevalecer também os interesses da minoria²¹⁷ (principal argumento em favor da jurisdição constitucional), sobrelevando-se, ainda, o pluralismo e a diversidade, típicos de sociedades contemporâneas.

Não obstante, o sistema representativo se mostra cada vez mais distante das necessidades de boa parcela da sociedade, constituindo, a jurisdição, um acesso às minorias. Nesse sentido, podemos afirmar que estão superadas as tradicionais objeções ao controle de constitucionalidade, pelo Judiciário, dos atos dos demais poderes. Como bem afirma Vital Moreira:

Com efeito, creio não ser ousado dizer que hoje estão definitivamente superadas, em termos práticos, as objeções tradicionais ao controlo judicial da conformidade constitucional dos actos do poder, designadamente das leis. [...] A existência de uma jurisdição constitucional [...] parece ter-se tornado nos tempos de hoje num requisito de legitimação e de credibilidade política dos regimes constitucionais democráticos. *A jurisdição constitucional passou a ser crescentemente considerada como elemento necessário da própria definição do Estado de Direito Democrático.*²¹⁸

Primeiramente, justificando a afirmação supra, cumpre destacar que o princípio da separação de poderes é sistema apto a controlar excessos advindos do próprio Estado, confirmando a garantia fundamental do Estado de Direito; em segundo, a experiência mostrou que os direitos não se esgotam na lei, nem tampouco condicionam sua existência a ela.

²¹⁶ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 313.

²¹⁷ Consoante destaca Pedro Cruz Villalón “[...] la legitimidad de la justicia constitucional es la legitimidad de la minoria frente a la legitimidad de la mayoría, expresión ésta de la voluntad popular, de la voluntad general. En cierto modo, lo que hay en cuanto defensa de los derechos fundamentales es una legitimidad de la minoria [...]” (**Legitimidade da Justiça Constitucional e Princípio da Maioria**). (In) **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional**: Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993, Coimbra Editora, 1995, p. 87.

²¹⁸ MOREIRA, Vital. **Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional**. (In) **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional**: Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993, Coimbra Editora, 1995, p. 177-178.

Conforme observa José de Sousa e Brito:

A teoria tradicional vê, portanto, na jurisdição constitucional um limite ou uma restrição ao princípio do governo do povo pelo povo. A questão será, portanto, a de justificar essa restrição. Um primeiro fundamento pode ser procurado no princípio da divisão de poderes. O poder dos juizes, e dos juizes constitucionais em particular, seria um poder contra o legislativo. Um segundo fundamento pode ver-se, segundo a tradição liberal, nos direitos do indivíduo que, enquanto direito do homem, não existe em razão das leis. Pelo contrário, as leis que a eles se referem existem em razão dos direitos. A jurisdição constitucional seria a maneira de assegurar a supremacia dos direitos do homem sobre as criações da vontade geral. Na tradição democrática nomeadamente de Rousseau, não há direitos e liberdades senão através da vontade geral. Deveria, antes, dizer-se que é pela Constituição que o princípio democrático se limita a si mesmo, quando a Constituição estabelece uma subordinação do legislador ordinário ao legislador constitucional. [...] A jurisdição constitucional teria então a função de controlar a constitucionalidade orgânica, formal e material das leis ordinárias²¹⁹.

Assim, o referido autor justifica o exercício da atividade jurisdicional como maneira de assegurar a supremacia dos direitos do homem sobre as criações da “vontade geral”, analisando-a como um instrumento adequado ao princípio democrático. O respeito à Constituição deve partir, principalmente, dos poderes estatais, limitando a atuação de seus agentes às “regras do jogo”²²⁰. Tal compreensão se amolda na clássica diferenciação entre Poder Constituinte e Poder Constituído. Os Poder Constituído forma a estrutura do Poder Legislativo ordinário, e que se vincula aos limites estabelecidos pelo Poder Constituinte, compreendido na vontade soberana do povo expressa na Constituição²²¹.

²¹⁹ BRITO, José de Sousa e. **Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático**. (In) **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional**: Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993, Coimbra Editora, 1995, p. 39-40.

²²⁰ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**, 6ª edição, trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 41 e ss. Segundo o autor, “o que distingue um sistema democrático não é apenas o fato de possuir as suas regras do jogo (todo sistema as tem, mais ou menos claras, mais ou menos complexas), mas, sobretudo o fato de que estas regras, amadurecidas ao longo de séculos de provas e contraprovas, são muito mais elaboradas que as regras de outros sistemas e encontram-se hoje, quase por toda parte, constitucionalizadas, como acontece, por exemplo, na Itália”.

²²¹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa. O que é o Terceiro Estado?** Editora Liber Juris, 1988.

Comentando a obra do escritor francês, Binembojm aponta que:

O povo, através de representantes eleitos, exerceria seu poder soberano ao elaborar a Constituição. Tal poder (constituente), que não sofre qualquer restrição jurídica, exceto do direito natural, estabelece os limites que pautarão o exercício da legislatura ordinária (o poder constituído)²²²

Assim, afirma o autor que à época erguia-se “um dos pilares do pensamento constitucional que é o princípio da supremacia da Constituição: o poder político só é legítimo quando exercido dentro dos lindes travejados na Lei Fundamental”²²³. A Constituição, situada no vértice do ordenamento jurídico condiciona a validade de todo e qualquer ato praticado pelo Estado, concedendo unidade e coerência ao sistema jurídico.

Não é concebível que um poder, a pretexto de exercer a voz da maioria, abuse dessa prerrogativa e viole a Constituição, seja editando leis inconstitucionais ou não as editando quando a Constituição exige, seja realizando políticas públicas desproporcionais ou insuficientes que contrariam os preceitos constitucionais. É com base nesses argumentos que se busca construir um novo paradigma quanto à atuação da Jurisdição Constitucional, que, diferentemente da concepção liberal de Estado, incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo* e de efetivação da Constituição, repousando seus principais valores na dignidade da pessoa humana (concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado²²⁴). Nesse sentido, complementa Norberto Bobbio que:

Quem não se deu conta de que por sistema democrático entende-se hoje preliminarmente um conjunto de regras procedimentais, das quais a regra da maioria é a principal, mas não a única, não compreendeu nada e continua a não compreender nada a respeito da democracia²²⁵.

²²² BINEMBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização**, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 23.

²²³ *Idem*, p. 23.

²²⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, Coimbra, Ed. Coimbra, 1998, vol. 4, p. 166.

²²⁵ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**, 6ª edição, trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 65.

Ungindo esse argumento aos seus, e assumindo a democracia como um jogo, Gustavo Binenbojm conclui que:

A Constituição seria o *manual de regras* e, os *jogadores*, os agentes políticos representantes do povo. A jurisdição constitucional, nesse contexto, cumpre o papel de ser o *árbitro* do jogo democrático. O equilíbrio e a harmonização dos ideais do Estado democrático de direito se buscam através da complexa estrutura de funcionamento do sistema de divisão de poderes entre os órgãos políticos e jurisdicionais, adremente delineada na Constituição. Nos países que adotam o sistema de controle judicial da constitucionalidade das leis, os eventuais conflitos políticos de índole constitucional não se resolvem, em caráter definitivo, pela decisão da maioria, mas, ao contrário, por uma decisão de Tribunal Constitucional. Realmente como intérprete *último* da Constituição, compete-lhe ditar aos demais poderes os limites de sua autoridade, velando por que atuem pautados pelos *procedimentos* e dentro dos limites *substanciais* constitucionalmente previstos²²⁶.

Dessa forma, o equilíbrio do Estado Democrático se revela na boa utilização da estrutura de funcionamento do sistema de separação de poderes entre órgãos estatais, todos vinculados aos ditames constitucionais. O Estado Democrático de Direito é a soma do ideal majoritário *rousseauiano* com o respeito aos direitos fundamentais. Coadunando com esse entendimento, destacamos que o reconhecimento da força normativa da Constituição retira do cenário jurídico-político a idéia de não vinculação dos poderes públicos aos preceitos estipulados na Lei Fundamental.

Assim, o Judiciário assume papel cada vez mais atual e visível no que tange à efetivação dos direitos fundamentais, onde questões envolvendo não apenas elementos jurídicos, mas também sociais, econômicos, políticos, religiosos, éticos etc. se colocam no debate. No entanto, importa frisar que ainda há certa relutância no que tange ao reconhecimento de legitimidade ao exercício da jurisdição constitucional, em especial, no que tange às questões “transcendentais” ao mundo jurídico. Tal negação se assenta basicamente em dois argumentos: 1) o fato de as cortes constitucionais serem compostas por juízes, e não agentes eleitos periodicamente pelo povo (sistema representativo), o que visa aferir, com alguma constância, sua legitimidade e 2) a circunstância de as decisões das cortes constitucionais não estarem submetidas, em regra, ao controle democrático, salvo

²²⁶ BINEMBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização**, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 48-49.

pela atividade do legislador (controle indireto) que sempre poderá inovar a ordem jurídica, inclusive por emendas (heterocontenção)^{227_228}.

Os dois pontos referidos são específicos da questão envolvendo a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, sendo objeto de variadas discussões jurídicas. Com relação ao primeiro, não nos parece acertada a afirmação de que a legitimidade democrática só advém do voto, pois é a própria Constituição (decorrente de uma Assembléia Nacional Constituinte – formada por representantes do povo) quem investe o juiz de função jurisdicional, homenageando, assim, o princípio da separação de poderes e organizando o sistema de freios e contrapesos. Não obstante, ainda que os juízes fossem eleitos pelo voto popular, não lhes seriam retirados os deveres constitucionais já existentes (ao menos com relação à proteção dos direitos fundamentais).

Nesse passo, a separação das funções estatais no atual estágio constitucional não pode condizer com aquela do Estado liberal (separação estanque e formal), onde o juiz somente reproduzia mecanicamente a interpretação já fornecida pelo legislador. Assim, no modelo de freios e contrapesos, o controle jurisdicional envolve não só limitação de poder, mas também controle de legalidade e constitucionalidade dos atos do poder público, inclusive quanto às omissões do mesmo.

A Jurisdição Constitucional ganha novos contornos, especialmente após a crise do Estado Social, no sentido de encampar, constitucionalmente, a função de realizar os direitos fundamentais. Assim, podemos afirmar que a legitimidade das decisões em nível de jurisdição constitucional está assente na própria Constituição. Ademais, e como dito anteriormente, ainda que os juízes fossem investidos de função jurisdicional pelo voto, seu exercício deveria estar compatível com os

²²⁷ *Idem, ibidem.* p. 51-52.

²²⁸ No entanto, devemos nos atentar para a chamada “fraude constitucional”, que visa incorporar à Constituição uma norma já reconhecida como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou cujo vício de inconstitucionalidade se mostre flagrante. Sobre o tema cf., AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à Constituição: Um Atentado ao Poder Reformador**. Porto Alegre: Fabris, 2000. Destaca-se, ainda, que o Poder Executivo também pode enveredar medidas provisórias “fraudulentas”, o que se repudia da mesma forma.

preceitos constitucionais, pois, além de não haver hierarquia entre os poderes estatais, todos se submetem à Constituição²²⁹.

Ademais, o Judiciário só atua quando há provocação (princípio da inércia), o que indica certo grau de imparcialidade e equidistância (o que não se confunde com neutralidade). Contudo, para que sejam aferidas tais características, as decisões judiciais devem ser devidamente fundamentadas (artigo 93, IX da CF/1988) e atingidas num processo discursivo (onde o magistrado demonstra racionalmente as bases argumentativas de sua decisão), buscando efetivar a garantia do contraditório e a participação dos cidadãos envolvidos.

No que tange ao segundo aspecto, atua sim a jurisdição constitucional como última instância de aferição da constitucionalidade dos atos do poder, afinal o judiciário (em especial o STF) é o “guardião” (ou Curador) máximo da Constituição. As discussões jurídicas não podem se prolongar *ad eterno*, em razão da necessidade de sua estabilização (segurança jurídica) e, portanto, necessitam de uma palavra final. Assim está estruturado o sistema jurídico brasileiro²³⁰.

Não defendemos um ativismo judicial desenfreado, casuístico ou desvinculado de fundamentos razoáveis (com excessos ou omissões), ainda mais quando se trata de efetivar direitos de alta relevância social, como o direito fundamental a igualdade. Nesse tocante, concordamos com Sérgio Fernando Moro quando aponta para a necessidade de uma “reserva de consistência” exigida no exercício da jurisdição constitucional:

Por força do argumento democrático, já se afirmou que as interpretações judiciais exigem uma reserva de consistência para se

²²⁹ Não obstante, vale destacar que a nomeação dos juízes, seja para compor a Suprema Corte, seja para composição de outros Tribunais Superiores, ou até mesmo tribunais regionais e de justiça (quinto constitucional) é precedida de aprovação por parte de órgãos representativos. Assim, alguns “juízes constitucionais” recebem legitimação democrática pelo sufrágio universal, ainda que indiretamente, através da intervenção daqueles que foram diretamente eleitos pelo povo. De qualquer modo, reprimi-se qualquer manifestação partidária por parte desses juízes, bem como diminuição de seus deveres constitucionais, sob pena de viciar sua independência, imparcialidade e legitimidade.

²³⁰ Vale destacar, nesta senda, a possibilidade de desconsideração ou “relativização” da coisa julgada (formada em razão de sentença injusta ou fundada em lei declarada inconstitucional pelo Supremo).

sobreporem às interpretações legislativas. A intervenção da jurisdição constitucional depende da reunião de argumentos e elementos suficientes para demonstrar o acerto do resultado que se pretende alcançar. [...]. Como o juiz não pode permanecer alheio às conseqüências de suas decisões, ele teria, inclusive, que cogitar sobre os reflexos de sua decisão para a economia do país. [...]. O limite da reserva de consistência poderá impedir o juiz de desenvolver e efetivar normas constitucionais que demandem a elaboração de políticas públicas de certa complexidade. Faltaria ao Judiciário, por exemplo, capacidade para elaboração de política habitacional ou de política pública que vise à efetivação do objetivo previsto no inciso VIII do art. 170 da CF ('busca do pleno emprego' como um dos princípios da ordem econômica). Todavia, a extensão desse impedimento dependerá da prática judiciária. A criatividade do juiz poderá contribuir para o alargamento do controle judicial, na medida em que ele encontrar caminhos para a elaboração de políticas públicas, mesmo complexas, podendo ser tomado como exemplo o já referido caso Brown²³¹.

O autor destaca que a referida reserva de consistência está atrelada ao princípio da motivação das decisões judiciais, ou seja, da demonstração lógica e racional dos argumentos que levaram o órgão judicial a decidir desta ou daquela maneira (tem que fundamentar a fundamentação), possibilitando transparência e maior controle social. Além disso, o aumento da atuação dos juízes na esfera político-social, decorrente das transformações erigidas no século XX (e sobrelevadas após a Segunda Guerra Mundial), engendra uma remodelação no significado social e político das funções do magistrado, que no ato de julgar deve ser coerente com os princípios consagrados pelo ordenamento jurídico e com as novas demandas sociais, além de alcançar a interdisciplinaridade exigida para compreensão do Direito²³².

Não obstante, como já salientado anteriormente, nada impede que os demais poderes (Legislativo ou Executivo) iniciem um processo de elaboração de uma lei, com conteúdo diverso daquele proferido pelo Judiciário em sua decisão de controle de constitucionalidade, com intuito de adequá-lo aos ditames constitucionais. Não está a atividade legiferante subordinada ao efeito vinculante

²³¹ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 221 e 225.

²³² Sobre a remodelação do papel social dos juízes, destacamos dois movimentos advindos do Poder Judiciário nacional: O movimento Juízes Alternativos e Associação Juízes para a Democracia. Sobre esses movimentos e a constituição de um perfil pós-moderno do Poder Judiciário, com uma nova função social e política, trataremos mais detalhadamente no item 3.1.4 do nosso trabalho.

da declaração de inconstitucionalidade, o que contribui para o jogo democrático. O que não se admite é a tentativa de fraudar decisões proferidas no exercício da jurisdição constitucional, visando constitucionalizar a norma declarada inconstitucional, por intermédio do poder de emenda à Constituição. Portanto, “deve-se ter cuidado com a heterocontenção, para que não se transforme numa [sic] ilegítima forma de descumprimento de decisão judicial em norma constitucional”²³³.

Emerge daqui a certeza de que o sucesso da realização da Carta Constitucional implica redução da discricionariedade dos Poderes Públicos, não podendo se falar que a atuação da jurisdição constitucional nesse sentido contrarie os fins democráticos, uma vez que estes não se restringem à representatividade pelo voto. O processo, seja ele constitucional ou infraconstitucional, como meio que operacionaliza a jurisdição, atua também como um instrumento de promoção de políticas públicas e materialização da democracia participativa, onde o cidadão por si ou por um órgão representativo participa da formação decisória (desde que respeitados o contraditório e a máxima da cooperação²³⁴). Tais elementos são sobrelevados com a utilização de mecanismos como as audiências públicas e a intervenção de *amicus curiae*.

Dessa forma, a jurisdição constitucional e a decisão da maioria são dois processos de desenvolvimento da democracia, sendo que cada um tem a sua própria racionalidade²³⁵. Ademais, a jurisdição constitucional pode ser compatível com a democracia (a depender de sua forma de atuação), e será tanto mais legítima quanto mais contribuir para o seu aprimoramento²³⁶. Apresentadas as

²³³ FREIRE JR., Américo Bedê. **Controle Judicial de Políticas Públicas**, São Paulo: RT, 2005, p. 124.

²³⁴ Sobre o tema, aduzindo uma concepção contemporânea do princípio do contraditório e fazendo alusão à máxima da cooperação, cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **O juiz e o princípio do contraditório**. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 18, nº. 71, jul./set. 1993, p. 31-38.

²³⁵ BRITO, José de Sousa e. **Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático**. (In) **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional**: Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993, Coimbra Editora, 1995, p. 43.

²³⁶ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: RT, 2004, p. 317.

justificativas para a conformação democrática da jurisdição constitucional, bem como seu importante papel na evolução do Estado, passamos a analisar a sua relação com os direitos fundamentais.

2.4 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não pretendemos aqui afirmar que a jurisdição constitucional é uma instância de poder destinada a assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, pois tal assertiva se afigura como evidente no atual estágio do constitucionalismo, inclusive o brasileiro. Nosso intuito é ratificar o crescente papel do Judiciário como órgão constitucionalmente previsto para realização desses direitos, a fim de construir arcabouço teórico para análise do problema destacado na presente dissertação.

Nesse contexto, enfatiza-se que a jurisdição constitucional, além de ser antimajoritária, atua tanto como instância harmonizadora (solução de conflitos), quanto como instância concretizadora (de direitos fundamentais), homenageando o ideário constitucional do pleno acesso à justiça²³⁷⁻²³⁸. Hodiernamente, com o fortalecimento de uma concepção garantista sobre a teoria da separação de poderes, o controle judicial se mostra essencial à proteção dos direitos fundamentais (artigo 2º da CRFB/1988). Dessa forma, podemos afirmar que, onde o processo político de definição concretizadora dos direitos fundamentais falha em nível de Legislativo ou Executivo, o Judiciário tem não somente o poder, mas o dever de

²³⁷ Sobre o tema do acesso à justiça enfatizamos a cláusula aberta inserta no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (artigo 5º, inciso XXXV da CRFB/88) que diz “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ainda nesta senda, merece destaque, mesmo já tendo sido citada alhures, a obra de CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Fabris, 1988.

²³⁸ Cobra relevo destacar que o acesso à justiça transcende o acesso ao Poder Judiciário, abrangendo também o Legislativo, o Executivo e toda sociedade civil (numa perspectiva coletiva ou individual). Porém, a justificação de tal afirmativa nos levaria a uma nova dissertação, o que a torna inviável neste momento.

intervir. “Qual direito não é justiciável? Retirar esta característica (justiciabilidade) é transformar o direito em um mero favor ou obrigação moral”²³⁹.

O que importa não é mais justificar os direitos fundamentais ou reconhecê-los formalmente²⁴⁰, mas efetivá-los na prática, materializando seus comandos na vida das pessoas²⁴¹. No Brasil, os direitos fundamentais foram sobrelevados pela atual Constituição da República, que traz no Título II de seu texto os “Direitos e Garantias Fundamentais”, subdivididos em cinco capítulos e consagrando suas várias espécies: I - Direitos e deveres individuais e coletivos; II - Direitos sociais; III - Direitos de nacionalidade; IV - Direitos políticos e V - Direito relacionado à existência, organização e a participação em partidos políticos.

Destacamos, pois, que os direitos fundamentais não se esgotam no Título II da CRFB/1988, sendo tal distinção topográfica apenas um elemento que demonstra a vontade da Constituição em enaltecer os direitos fundamentais (é o “ser” da Constituição). Nessa direção é o comentário de Flávia Piovesan sobre o perfil da CRFB/1988:

Constata-se uma nova topografia constitucional, tendo em vista que o texto de 1988, em seus primeiros capítulos, apresenta avançada carta de direitos e garantias, elevando-os, inclusive, a cláusula pétrea, o que mais uma vez revela a vontade constitucional de priorizar os direitos e garantias fundamentais²⁴².

²³⁹ FREIRE JR., Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: RT, 2005, p. 68.

²⁴⁰ Vivemos sob uma inflação legislativa, onde a criação de leis já beira o absurdo. Quanto mais se legisla, menos se garante os direitos já legislados. A consequência disso é a banalização das leis e o desrespeito por parte dos seus destinatários. É preciso criar técnicas a fim de estruturar a efetivação das normas já estabelecidas no ordenamento, e não criar mais. Quanto mais leis ou regras possui uma sociedade, menos princípios ela tem, demonstrando sua falência cultural.

²⁴¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24. Para o autor: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.

²⁴² PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**, 2ª edição, rev. atual. e ampl., São Paulo: RT, 2003, p. 43.

A Constituição é mais do que o centro do ordenamento jurídico ou um conglomerado de normas, sendo que numa visão mais ampla e um tanto quanto idealista, Clemerson Mérlin Cléve a aponta como:

Um projeto existencial que dirá para os brasileiros quais são as regras que dão algum sentido à sua existência e a sua trajetória existencial. Ela é, também, resposta a um passado, um processo, pois está sendo construída e reconstruída todos os dias pelos atores jurídicos, pelos operadores jurídicos e também pelos cidadãos. [...]. A Constituição é, então, uma condensação de relações de forças, porque é a partir desse fenômeno que surgem as disposições normativas. A Constituição, por outro lado, é razão utópica, no sentido de que anuncia a possibilidade de um mundo novo. Ela nos diz, afinal de contas, para onde, em que direção devemos prosseguir²⁴³.

Ademais, e como dito anteriormente, a atual Constituição brasileira no intuito de “reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, institui o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, nos termos de seu art. 5º, §1º.”²⁴⁴. Acolhe, ainda, a nossa Constituição, um movimento mundial de internacionalização dos direitos humanos aduzindo no seu artigo 5º, § 2º que: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, concedendo abertura interna aos direitos humanos proclamados em documentos internacionais.

A Constituição consagra também, e de forma inovadora, um extenso rol de direitos sociais, difusos ou coletivos, abarcando todas as dimensões dos direitos fundamentais. Porém, de nada adiantaria a existência na Constituição de um numeroso rol de direitos se não houver, na organização estatal, instrumentos para sua efetivação. Razão pela qual, a CRFB/1988 encampou um leque de garantias para concretizar seus comandos, dentre as quais destacamos: o *habeas corpus* (artigo 5º, LXVIII); o mandado de segurança individual ou coletivo (artigo 5º, LXIX e LXX), o mandado de injunção (artigo 5º, LXXI), o *habeas data* (artigo 5º, LXXII), a

²⁴³ CLÉVE, Clémerson Mérlin. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. (Coord.) SAMPAIO, José Adercio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 387-388.

ação popular (artigo 5º, LXXIII), a assistência jurídica integral e gratuita (artigo 5º, LXXIV); a cláusula pétrea (artigo 60, §4º); a ação direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade (artigo 102, I, “a”); a arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102, §1º); a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º) e a ação civil pública (artigo 129, III), dentre outras.

Assim, ao menos no plano formal (da previsão normativa), a atual Constituição consagra diversos mecanismos voltados à realização concreta dos ideais apontados pelo Estado Democrático de Direito. Tornando, portanto, inadmissível a inércia estatal quanto à concretização dos direitos fundamentais ²⁴⁵. O Estado é um instrumento concebido pelo constituinte para a plena concretização dos princípios, objetivos e direitos fundamentais esculpidos na Constituição e, quando se desvia disso está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando ²⁴⁶. A Constituição de 1988 demonstra bem esse dever dos poderes constituídos, tendo o Judiciário assumido um papel de destaque nessa empreitada e, como afirma Germana de Oliveira Moraes:

Grande, enorme, imensa, gigantesca é a responsabilidade do juiz constitucional – ao atribuir corpo e alma aos princípios, ao dar vida à Constituição: cabe a ele libertar os princípios de sua sina escorpíonica – de sua tendência autodestrutiva, que ameaça a prática de injustiça em nome da justiça que eles (os princípios) pretendem realizar. Cabe ao juiz constitucional estar atento para que, em nome dos princípios constitucionais, mais injustiças não sejam perpetradas. Cabe também a ele, ao juiz constitucional, escapar da armadilha do escorpião e de ser ele próprio também um.²⁴⁷

Completando a referida passagem, a autora utiliza a famosa fábula do sapo que transportava, nas costas, um escorpião a fim de ajudá-lo na travessia de um “caudaloso” rio. Na estória o lacraio pica o batráquio, provocando o naufrágio dos

²⁴⁴ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**, 2ª edição, rev. atual. e ampl., São Paulo: RT, 2003, p. 44.

²⁴⁵ *Idem*, p. 44.

²⁴⁶ CLÉVE, Clémerson Mérlin. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. (Coord.) SAMPAIO, José Adercio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 388.

²⁴⁷ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª ed., São Paulo: Dialética, 2004, p. 187.

dois. Assim, utiliza a odisséia como metáfora para destacar que é preciso cuidado, para que “não soçobrem juntos juiz e princípios constitucionais”²⁴⁸. Conclui dizendo que há um meio para que os juízes libertem-se dessas tentações passionais: “basta ser humano. Constituir o Direito com sabedoria, e para tanto, é necessário voltar as atenções para a formação humanista do juiz constitucional”²⁴⁹. Para a autora, ser humano é ser consciente de si e do mundo ao seu redor.

Destarte, a consolidação de uma postura mais ativa do Judiciário no tocante à ineficiência ou até inexistência de políticas públicas e sociais, visando efetivar os direitos fundamentais, vem sendo afirmada não apenas pela doutrina, mas pela jurisprudência nacional. Destacamos, pois, pela argúcia de seus fundamentos, a decisão proferida pelo STF na ADPF 45, que proclama *in verbs*:

A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração)²⁵⁰.

Do referido julgado, proferido em sede de controle de constitucionalidade, extraímos alguns elementos de importância ímpar para o desenvolvimento da cultura constitucional brasileira. A decisão (e a sua *ratio decidendi*) põe em evidência a “dimensão política da jurisdição constitucional”²⁵¹, conferida especialmente ao STF, que “não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos

²⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 187.

²⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 187. Sobre a formação humanística dos juízes e o destaque no processo de capacitação dos mesmos, remetemos o leitor para o item 3.1.3.1.

²⁵⁰ Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 20 jun. 2008. ADPF 45 mc/DF - Distrito Federal medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental. relator(a) Min. Celso de Mello. Partes - argte.(s): partido da social democracia brasileira – PSDB - adv.(a/s): Gustavo Arthur Coelho Lobo de Carvalho e outro(a/s). argdo.(a/s): Presidente da República - adv.(a/s): advogado-geral da união. Julgamento em 29/04/2004, publicação, DJ 04/05/2004.

²⁵¹ *Idem, ibidem*.

econômicos, sociais e culturais (direitos de segunda geração)”²⁵², sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, “comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional”²⁵³.

Como já afirmado, o desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental ou legislativa. É correto que “não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário, a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais (ou complementares), poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos fundamentais, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático”²⁵⁴. Cabe assinalar que, consoante já proclamou o STF, o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”²⁵⁵.

Não podemos aceitar a afirmação de que os direitos sociais sejam considerados como meros programas, exortações morais ou projeções futuras juridicamente desprovidas de qualquer vinculatividade (sob pena de reduzir a Constituição a um mero pedaço de papel). Com isso, para buscar a implementação de direitos prestacionais, o Estado deve atuar mediante políticas públicas e sociais que visam a intervenção do poder público na sociedade, sendo de especial relevo o papel

²⁵² *Idem, ibidem.*

²⁵³ *Idem, ibidem.*

²⁵⁴ *Idem, ibidem.*

²⁵⁵ *Idem, ibidem.*

conferido ao Ministério Público no manuseio das ações civis públicas para a tutela coletiva. Como observa Américo Bedê:

A tutela coletiva tem condições de instrumentalizar o controle de políticas públicas de modo a fornecer à Constituição densidade suficiente para a tutela de direitos transindividuais. Nesse contexto, é de ser repensada a atuação do *Parquet*, uma vez que a Constituição Federal de 1988 viabilizou um novo papel ao Ministério Público, colocando no fortalecimento dessa instituição a esperança de que existisse um órgão capaz de viabilizar, pelo direito de ação, a implementação dos nobres ditames do Estado Democrático de Direito. [...] A propositura de ações pelo Ministério Público, no controle de políticas públicas, é ainda mais relevante quando se percebe que, no Brasil, a sociedade civil ainda não conseguiu se organizar a ponto de reivindicar a atuação dos representantes eleitos pelo povo. [...] Verifica-se o cabimento de ação civil pública com o objetivo de implantação ou correção de políticas públicas ²⁵⁶.

Com a evolução do constitucionalismo torna-se manifesto o papel promocional do Estado na realização de uma ordem socialmente justa. O problema é desencadeado quando este não cumpre o seu mister, ou seja, não dá conta de prestar de forma equânime e qualitativa o efetivo gozo dos direitos fundamentais que ele mesmo prescreveu e prometeu entregar. O caráter programático da Constituição não pode ser incompatível com o valor efetividade, pois a implantação de ações políticas e sociais pelos poderes constituídos não está calcada numa discricionariedade absoluta, pois atreladas às necessidades “mínimas” da população.

A implementação de direitos sociais gera um alto custo, mas o Estado não pode utilizar essa constatação como um broquel para legitimar a missão, ou encobrir a prática de irregularidades (como muitas vezes constatado). A reserva do possível deve coadunar com o mínimo existencial sob pena de se fraudar os objetivos fundamentais da República, em especial da Carta de 1988 ²⁵⁷. Alegações generalizadas de que a consecução de determinada política pública se torna inviável

²⁵⁶ FREIRE JR., Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: RT, 2005, p. 97- 98.

²⁵⁷ Cabe frisar que o Brasil é signatário do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que prevê em seu artigo 2º - 1 que: “Cada Estado-parte no presente pacto compromete-se a **adotar medidas**, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos, econômico e técnico, **até o máximo de seus recursos disponíveis**, que visem a assegurar, **progressivamente**, por todos os meios apropriados, **o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto**, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas” (grifo nosso).

por motivos econômico-financeiros se mostra desarrazoada e, conseqüentemente, incompatível com a Constituição.

É fato que muitas vezes essas alegações são utilizadas por uma parcela minoritária da sociedade e que sequer necessita de serviços públicos essenciais (saúde, moradia, emprego e educação). Para nós, parece não apenas contraditório, mas também inconstitucional, o fato de faltar recursos para a saúde, moradia e educação e, no mesmo orçamento, existirem recursos para gastos com propaganda do governo.

Outro problema que se coloca é a “reserva de orçamento”, ou seja, a necessidade de que as políticas públicas estejam previamente previstas nas leis orçamentárias. O Estado não pode alterar as leis orçamentárias sem prévia dotação. Contudo, existe a possibilidade de utilizarem-se rubricas suplementares ou extraordinárias para suprir necessidades urgentes ou, ainda, usar verbas destinadas a áreas menos prioritárias (publicidade, propaganda, reformas paisagísticas etc.), em outras mais relevantes (saúde, saneamento, educação etc.). Se a política pública não for urgente, nada impede que haja, pelo Judiciário, a determinação de inclusão no orçamento seguinte da verba destinada a realizar a política pública inexistente ou insuficiente.

Portanto, nem a questão financeira, nem tampouco a orçamentária são óbices intransponíveis ao efetivo cumprimento dos deveres constitucionais, em especial aqueles referentes à igualdade de condições, pois em um país tão rico quanto o nosso, não é possível que milhares de pessoas estejam na miséria (abaixo da linha da pobreza) e, conseqüentemente, sem o mínimo de dignidade. A força normativa da Constituição, bem como a aplicabilidade imediata de seus comandos retira do cenário jurídico-político a idéia de não vinculação ou de discricionariedade dos Poderes Públicos quanto a efetivação dos preceitos constitucionais. Não pode o Poder Público, a pretexto da não aplicabilidade imediata de normas constitucionais, convertê-las em promessas constitucionais inseqüentes, fraudando as expectativas nele depositadas. Como menciona Américo Bedê:

A aplicabilidade imediata, somada a uma interpretação constitucional de princípios, permite que exista uma verdadeira força vinculante da

Constituição e não apenas das normas constitucionais que são consideradas convenientes pelos detentores do poder²⁵⁸.

Apesar de reconhecida a normatividade dos direitos sociais, as omissões estatais não vêm sendo satisfatoriamente sancionadas. Com base nisso é que se afirma a relevância do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais, principalmente quando há omissão (total ou parcial) dos demais poderes constituídos²⁵⁹. Assim, a despeito de posicionamentos contrários, temos o Poder Judiciário como órgão legítimo para efetuar o controle de políticas públicas e sociais, quando omissos os demais poderes, devendo atuar sem voluntarismos hermenêuticos ou criações morais dissociadas da realidade social em que vivem e do próprio sistema constitucional vigente. Além disso, a problemática questão envolvendo a insuficiência de recursos para efetivação de direitos deve ser aferida em cada caso concreto (topicamente²⁶⁰).

Nesse sentido, devemos buscar a implantação, ainda que gradual, de um modelo garantista e promocional de direitos, pois estes desacompanhados de proteção são mera retórica.

²⁵⁸ FREIRE JR., Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: RT, 2005, p. 67.

²⁵⁹ A esse respeito, destacamos a ADI por omissão nº. 3.682 (rel. Min. Gilmar Mendes, 06.09.2007), onde o STF declarou inconstitucional a omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, com intuito de definir o período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios, fixando, ainda, um parâmetro temporal razoável para a elaboração de tal norma regulamentadora. Ainda nesse sentido, vale destacar a alteração do entendimento da Suprema Corte brasileira no que tange aos efeitos do Mandado de Injunção onde o Tribunal, salientando o caráter mandamental e não simplesmente declaratório desse remédio, asseverou caber ao Judiciário, por força do disposto no art. 5º, LXXI e seu § 1º, da CRFB/1988, não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as conseqüências da inércia do legislador. (MI 721/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 30.08.2007; MI 670/ES, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 712/PA, rel. Min. Eros Grau, 25.10.2007; MI 758/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.7.2008).

²⁶⁰ Cf., VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr., Brasília: UNB, 1979.

3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL A IGUALDADE

Embora se perceba do sistema organizacional brasileiro o papel especial (ou preferencial) concedido à Administração (Poder Executivo) na formulação de políticas públicas que visam concretizar determinados direitos, especialmente os de cunho social, devemos reconhecer que não somente ela possui legitimidade para tanto, pois cumpre também ao Judiciário a importante tarefa de realizar direitos fundamentais de segunda dimensão, ainda que de forma complementar.

A despeito do reconhecimento das diversas dimensões dos direitos fundamentais com importância marcante para a evolução da sociedade, do Estado e do constitucionalismo, destacamos aqui os direitos apresentados como de *segunda dimensão*, pois calcados no direito fundamental à igualdade, bem como os direitos de *quarta dimensão*, que dizem respeito, além de outras variantes, ao pluralismo²⁶¹ e à diversidade²⁶² (consectários do Estado Democrático de Direito).

O tema da igualdade sempre provocou discussões entre diferentes segmentos da vida em sociedade, entretanto, tomando como ponto de análise a experiência brasileira, foi após o advento da CRFB/1988 que este assunto restou enaltecido. Vários são os escopos instituídos pela nossa atual Constituição no sentido de reduzir as desigualdades, fomentar o pluralismo e a diversidade, promover o bem-estar, a cidadania e a justiça social, todos, guinados por um elemento comum: a dignidade da pessoa humana²⁶³.

²⁶¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p.571-572.

²⁶² Tratamos a diversidade como reconhecimento do pluralismo, das diferenças políticas, ideológicas, étnicas e culturais, um espaço onde o consenso só pode ser real ou legítimo se levar em conta o dissenso, a diferença e as contradições. Apenas onde o dissenso é livre para se exprimir o consenso é real (legítimo), e apenas onde o consenso é real o Estado pode proclamar-se como democrático. Sobre o assunto cf., BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**, 6ª edição, trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986; ___ **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho, 10ª ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 203-214.

²⁶³ Não obstante representar o termo enorme vagueza e subjetividade, temos a dignidade da pessoa humana como um valor fundamental do ser humano, que exige das demais pessoas e do Estado um tratamento reconhecedor e solidário, que garanta condições mínimas de subsistência econômica, social e política. Com mais detalhes, cf., SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

Assim, o tema da igualdade merece um tratamento especial não só por parte do Estado, mas de toda sociedade, pois estamos distantes de um ideal que promova iguais condições e oportunidades para todos. Determinar as finalidades básicas do sistema jurídico quanto ao direito fundamental à igualdade comporta um elevado grau de complexidade e demanda análise sobre o conteúdo da própria igualdade.

3.1 o direito fundamental à igualdade

O direito fundamental a igualdade representa um dos temas mais intrincados da ciência jurídica, sofrendo mudanças significativas ao longo de sua trajetória histórica. A busca por uma formulação mais delineada desse direito fundamental e o incessante esforço para assegurar sua efetiva aplicação desde a antiguidade, repercute no ideal de justiça e confunde-se, sob um determinado prisma, com a evolução do Direito constitucional moderno. Como afirma Joaquim B. Barbosa Gomes:

Remonta ao Mundo Antigo a idéia essencial à existência humana, de que todos os seres humanos são naturalmente iguais. A igualdade, princípio jurídico-filosófico cultivado e disseminado a partir das revoluções políticas dos séculos XVII e XVIII, a exemplo do princípio da liberdade ou da autonomia individual, constitui um dos pilares da democracia moderna e componente essencial da noção de Justiça²⁶⁴.

A despeito das lições de antigos filósofos (como Aristóteles e Platão), e sem ignorar as relevantes contribuições do cristianismo na Idade Média (Santo Agostinho e Tomás de Aquino), podemos dizer que a reivindicação mais aguda do direito a igualdade, se deu, ao menos no plano jurídico-formal, a partir das Declarações de Direitos do século XVIII. Nesse período, prevaleceram os ideais que se subsumiam na igualdade perante a lei, ou seja, numa construção jurídico-

e _____. **As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível.** In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13-43.

²⁶⁴ BARBOSA, Joaquim B. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA.** Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2001, p. 01.

formal segundo a qual a lei genérica e abstrata deveria ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo os aplicadores da mesma fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas ²⁶⁵.

Não obstante, tal concepção formal da igualdade reinante no Estado Liberal (cujo intuito maior era abolir os privilégios do *ancién regime*) e que floresceu até boa parte do século XX, foi sendo gradativamente substituída. Com a massificação da sociedade e as experiências nazi-fascistas o Estado teve que se remanejar, tratando a igualdade não mais como um direito à neutralidade estatal ou à não discriminação, incorporando uma roupagem promocional para a sua correta e eficaz aplicação. Assim, a concepção liberal construída sobre a igualdade nada mais era do que uma mera ficção, uma compreensão formal que aumentou o hiato da desigualdade ²⁶⁶.

Com a evolução do Estado liberal para o Estado social que incorporou diversos documentos internacionais e a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra, tornou-se imperiosa a luta pela concretização do princípio da igualdade e a promoção da justiça social²⁶⁷. No constitucionalismo pátrio, em que pese a tímida previsão de direitos sociais na Constituição de 1824, foi a Constituição de 1934, inspirada, principalmente, nas Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), que inaugurou a fase do constitucionalismo social no Brasil (v. nota 47 e 48).

Nesta perspectiva, emerge a necessidade de instituir-se uma compreensão dinâmica e menos formal do direito a igualdade, sendo insuficiente a proibição de tratamentos meramente discriminatórios, devendo-se, também, promover a igualdade através de ações do Poder Público. A ordem jurídica do Estado Social contemporâneo “não mais se circunscreve a um conjunto de regras negativas, mas aceita o desafio da sociedade, arrogando-se uma função distributiva e

²⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 02.

²⁶⁶ *Idem*, p. 03.

²⁶⁷ Sobre a evolução do Estado, especialmente quanto à passagem do Estado Liberal para o Estado Social e suas conseqüências na sociedade, cf., BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

promocional”²⁶⁸. Conclui Piovesan que “o conteúdo do direito à igualdade consiste sempre num compromisso positivo, num *facere*, num *dare*. A concretização deste direito só se faz possível com a intervenção dos Poderes Públicos”²⁶⁹. Essa nova roupagem do direito a igualdade ganhou destaque com as políticas de afirmação norte-americanas. Consoante Carmem Lúcia Antunes Rocha, é nos EUA que se identifica o berço histórico de um novo ideário quanto ao direito fundamental à igualdade, aduzindo que:

Quanto ao princípio constitucional da igualdade jurídica, que desde os primeiros momentos do Estado Moderno foi formalizado como direito fundamental, indagava o Presidente Lyndon B. Johnson, em 04 de junho de 1965, na Howard University, se todos ali eram livres para competir com os demais membros da mesma sociedade em igualdade de condições. Coube, então, a partir daquele momento, àquela autoridade norte-americana inflamar o movimento que ficou conhecido e foi, posteriormente, adotado, especialmente pela Suprema Corte norte-americana, como a *affirmative action*, que comprometeu organizações públicas e privadas numa nova prática do princípio constitucional da igualdade no Direito²⁷⁰.

Não obstante tratar-se de um país onde se apregoa um individualismo meritório, foram os EUA os pioneiros na implantação de políticas de ação afirmativa²⁷¹. No entanto, após sua incidência norte-americana, as medidas afirmativas expandiram-se vagarosamente para outros países, inclusive o Brasil. Tal expressão: “ação afirmativa” associa-se, de modo geral, à idéia de cotas, objetivos igualizadores, tratamentos preferenciais, discriminação inversa e discriminação benigna²⁷².

²⁶⁸ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**, 2ª edição, rev. atual. e ampl., São Paulo: RT, 2003, p. 34.

²⁶⁹ *Idem*, p. 35.

²⁷⁰ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. In Revista Trimestral de Direito Público, nº. 15/1996, p. 87.

²⁷¹ Segundo Carmem Lúcia, “a expressão *ação afirmativa*, utilizada pela primeira vez numa ordem executiva federal norte-americana do mesmo ano de 1965, passou a significar, desde então, a exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desigualladas, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais” (**Ação Afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. In Revista Trimestral de Direito Público, nº 15/1996, p. 87).

²⁷² ROSENFELD, Michel. **Affirmative Action and Justice**, New Haven: Yale University Press, 1991, p. 42-51.

Porém, como os termos “discriminação benigna” ou “discriminação invertida” indicam uma conotação negativa, utilizamos no presente trabalho a terminologia “ação afirmativa” ou “políticas de afirmação”, por serem mais adequadas à nobreza do instituto. Costuma-se classificar as ações afirmativas como sendo um conjunto de políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do direito fundamental a igualdade (em seu aspecto material²⁷³) e à neutralização dos efeitos da discriminação étnica, racial, de gênero, idade, origem nacional, compleição física, orientação sexual, condição social, política, econômica e quaisquer outras formas que possam surgir²⁷⁴, não apenas proibindo a discriminação, mas também promovendo a igualdade.

Busca-se ampliar a possibilidade de grupos minoritários²⁷⁵ concorrerem igualmente ao acesso dos bens indispensáveis à vida social (emprego, saúde, educação, habitação etc.). Essa concepção de igualdade se inscreve na lição de Aristóteles, ratificada por Rui Barbosa em discurso conhecido por *Oração aos Moços*: “aquinhoar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida

²⁷³ A igualdade material, também chamada de igualdade substancial ou fática, decorre de uma evolução no conteúdo do direito a igualdade, não mais visto sob um prisma meramente formal e isonômico (como se todos fossem simetricamente iguais), mas sob uma visão dinâmica que busca as especificidades dos indivíduos *in concreto*, atentando-se para as suas diferenças e almejando o equilíbrio de condições e oportunidades para o exercício da cidadania de cada um deles.

²⁷⁴ Sobre a definição das ações afirmativas, afirma Carmen Lúcia Antunes Rocha ser “uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos enraizados na cultura dominante na sociedade. Por esta *desigualação positiva* promove-se a *igualação jurídica* efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A *ação afirmativa* é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias” (“**ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**”. In Revista Trimestral de Direito Público, nº 15/1996, p. 88 e ainda Joaquim B. Barbosa Gomes, que as compreende como “um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego”. (**Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA**. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2001, p. 40).

²⁷⁵ A expressão “minorias” é utilizada por nós para representar uma parcela da coletividade ou classe de pessoas que, de uma forma ou de outra, se encontram excluídas ou marginalizadas socialmente, não tomando a aludida expressão um sentido quantitativo, mas qualitativo. Logicamente, o sentido etimológico da palavra não se presta para a acepção empregada neste trabalho, pois é fora de dúvida que algumas das classes anteriormente ditas são, paradoxalmente, maioria e não minoria (como é o caso de negros no Brasil, que são tidos como *minorias*, mas que representam maior número de pessoas da globalidade dos que compõem a sociedade brasileira).

em que se desiguam²⁷⁶ e, ainda que seja razoavelmente vaga a referida frase²⁷⁷, demonstra uma concepção mais delineada do direito fundamental à igualdade, concedendo tratamento desigual para igualar (fator de *discrimen*).

Como base dos argumentos favoráveis às ações afirmativas, aponta-se o combate aos efeitos presentes da discriminação passada e a necessidade de uma redistribuição eqüitativa de bens promovendo inclusão, diversidade e atuando de forma compensatória²⁷⁸. Sob o ponto de vista filosófico-constitucional das ações afirmativas, Joaquim B. Barbosa Gomes destaca dois postulados fundamentais. Vejamos:

O debate em torno do princípio constitucional da igualdade, em cuja raiz se situa a discussão a respeito dos direitos civis, e especialmente do seu mais eficaz instrumento de implementação – as ações afirmativas -, traz em si, além de uma explosiva carga político-ideológica, uma base filosófica e constitucional não desprezível. Com efeito, remontando a Aristóteles e passando [sic] por diversas escolas de pensamento modernas, são diversos os postulados filosóficos que disputam a primazia da fundamentação das ações afirmativas, quase todos eles filiados ao pensamento liberal. Dois dentre eles se destacam. De um lado, o postulado da Justiça Compensatória e, de outro, o da Justiça Distributiva²⁷⁹.

Para o autor, as ações afirmativas encontram esteio em dois pilares jurídico-filosóficos: o primeiro, no argumento central da Justiça Compensatória que tem por sustentáculo “a necessidade, para as sociedades que por longo tempo adotaram políticas de subjugação de um ou vários grupos ou categorias de

²⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª edição, 11ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 10.

²⁷⁷ *Idem*, p. 10-11.

²⁷⁸ Sobre as diferentes justificativas favoráveis às ações afirmativas, cf. RIOS, Roger Raupp. **Ações Afirmativas no Direito Constitucional Brasileiro: reflexões a partir de debate constitucional estadunidense**. (Coord.) Ingo Wolfgang Sarlet. **Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2005/2005, – Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS**, vol. I, Tomo I, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Para o autor os argumentos favoráveis às ações afirmativas são: (a) o combate aos efeitos presentes da discriminação passada, (b) a promoção da diversidade; (c) a natureza compensatória ou reparatória das ações afirmativas; (d) a criação de modelos positivos para os estudantes e as populações minoritárias e (e) a provisão de melhores serviços às comunidades minoritárias.

²⁷⁹ BARBOSA, Joaquim B. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA**. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2001, p. 61.

pessoas por outras, de corrigir os efeitos perversos da discriminação passada”²⁸⁰. Dessa maneira estar-se-ia promovendo uma reparação ou uma compensação pelas injustiças do passado, com o que concordamos, pois as discriminações sociais do passado transcendem esse momento, “constituindo-se em um insuportável e injusto ônus social, econômico e cultural a ser carregado, no presente, por essas novas gerações”²⁸¹.

Já o segundo pilar das ações afirmativas se apóia na Justiça Distributiva, que diz respeito “à necessidade de se promover a redistribuição equânime dos ônus, direitos, vantagens, riqueza e outros importantes bens e benefícios entre os membros da sociedade”²⁸². Tal distribuição teria o condão de reduzir as iniquidades advindas da discriminação, estando alinhada ao presente, enquanto que, a Justiça Compensatória, entrelaça-se com o passado.

Não obstante, ainda é recente no Brasil a discussão a respeito das ações afirmativas²⁸³, havendo enorme incompreensão sobre o tema nos vários setores da sociedade. Tais ações não pretendem erradicar o preconceito e pôr fim a todas as formas de discriminação, mas ao menos reduzir as desigualdades sociais e fomentar a diversidade. A CRFB/1988 apresenta do preâmbulo às disposições finais, inúmeras regras e princípios que indicam, não só a vedação de tratamento discriminatório (artigo 4º, VIII e 5º, “caput”), mas também a intenção em promover a igualdade²⁸⁴. Além disso, algumas leis infraconstitucionais já consagram

²⁸⁰ *Idem*, p. 62.

²⁸¹ *Idem*, p. 62.

²⁸² *Idem*, p. 66.

²⁸³ Vale destacar que o conteúdo das ações afirmativas já vem sendo desenvolvido, há décadas, em países como a Índia, África do Sul e Estados Unidos, onde se trabalham o respeito e a mobilidade social de segmentos excluídos e recriminados pela sociedade. Sobre uma análise comparada e empírica das ações afirmativas em diversos países, cf., SOWELL, Thomas. **Ação Afirmativa ao Redor do Mundo: estudo empírico**. Trad. De Joubert de Oliveira Brízida, Rio de Janeiro: Universidade, 2004.

²⁸⁴ Tal assertiva encontra esteio na remodelação democrática ocorrida com a promulgação da atual Constituição Federal, a começar pelo preâmbulo que hodiernamente ganha nova compreensão e, elucidando o rumo palmilhado pelo constituinte, traduz a preocupação em se “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, (...) a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”; seguido pelo art. 1º que institui como fundamento da República a “cidadania” e a “dignidade da pessoa humana”; o art. 3º e seus incisos que proclamam os objetivos fundamentais da República, em

expressamente essas ações igualizadoras em vários pontos do país²⁸⁵, mas como medidas isoladas, e não como políticas ou programas de maior alcance, estruturados e integrados. Não obstante o arsenal legislativo, o plano fático se encontra muito aquém das referidas proposições.

Do ponto de vista empírico, a condição social no Brasil é resultado de uma experiência histórica que abrange aspectos culturais, políticos, sociais e econômicos. Desde a vinda dos portugueses em 1500, passando pelo expansionismo marítimo e colonial, bem como as pretensões econômicas de Portugal e Espanha, até os dias atuais, a experiência brasileira foi marcada por exploração e domínio, assim como a maioria dos povos da América Latina²⁸⁶.

A crise do feudalismo na Europa (séc. XIV) aumentou a necessidade de expansão comercial, fenômeno que marcou a fase de transição da Idade Média à Idade Moderna, bem como criou “condições para o surgimento da Revolução Industrial e, por conseqüência, do modo de produção capitalista”²⁸⁷. Nesse cenário, tornou-se imperiosa a existência de mercados que produzissem gêneros alimentícios e

especial, a construção de uma sociedade “livre, justa e solidária”, a erradicação da “pobreza” e da “marginalização”, a “redução das desigualdades sociais e regionais”, bem como a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”; o art. 37, inciso VIII que trata expressamente de uma modalidade de ação afirmativa, qual seja, a reserva de percentual (cotas) em cargos e empregos públicos para portadores de deficiência; o art. 170 que dispõe sobre “tratamento favorecido para empresas de pequeno porte constituídas sobre as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país”. Estes são apenas alguns exemplos que demonstram o conteúdo da nova concepção do princípio constitucional da igualdade jurídica (a igualdade material).

²⁸⁵ Citamos como principais exemplos de ação afirmativa no plano infraconstitucional, o Decreto-Lei 5.452/43 (CLT), que prevê, em seu art. 354, cota de dois terços de brasileiros para empregados de empresas individuais ou coletivas. Estabelecendo, ainda, em seu art. 373-A, a adoção de políticas destinadas a corrigir as distorções responsáveis pela desigualdade de direitos entre homens e mulheres; a Lei 8.112/90, que prescreve, em art. 5º, § 2º, cotas de até 20% para os portadores de deficiências no serviço público civil da união; a Lei 8.213/91, que fixou, em seu art. 93, cotas para os portadores de deficiência no setor privado; a Lei 8.666/93, que preceitua, em art. 24, inc. XX, a inexistência de licitação para contratação de associações filantrópicas de portadores de deficiência e a Lei 9.504/97, que preconiza, em seu art. 10, § 2º, cotas para mulheres nas candidaturas partidárias etc.. Sobre exemplos normativos da igualdade no plano internacional, remetemos o leitor à nota de n. 9 deste trabalho.

²⁸⁶ MAMAN, Jeannette Antonios. **Fenomenologia existencial do direito – crítica do pensamento jurídico brasileiro**, São Paulo: Quartier Latin, 2ª. ed. 2003, p. 23.

²⁸⁷ *Idem, ibidem*, p. 24.

matéria-prima, além de consumidores do manufaturado europeu. Não obstante, o Brasil assumiu, ainda, uma “função provedora para os europeus, que escravizaram os povos naturais e ainda importaram milhões de africanos na condição servil – todos submetidos às suas leis da força, da técnica e da dominação”²⁸⁸.

Nesse prisma, ao olhar para o cenário da colonização no Brasil, atualmente, podemos dividi-lo em dois grandes momentos: a) o *colonialismo*, que perdurou da chegada dos europeus ao país até o momento de sua independência (07 de setembro de 1822, data marcada pela autonomia política e administrativa do Brasil em relação a Portugal, ainda que sob um aspecto formal), período identificado por um mercantilismo escravista, acompanhado de um contexto no qual o povoamento se tornaria necessário à expansão capitalista (séculos XVIII e XIX) e b) o *neocolonialismo* (séculos XIX e XX), período que marca a dependência dos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, como os povos da América Latina, ao poder norte-atlântico e sua revolução tecnológica industrial. Surge, aqui, uma nova dependência: os países da América Latina participam do mercado mundial como produtores de matérias-primas e consumidores de parte da produção européia²⁸⁹.

É nessa perspectiva de dependência e até dominação que caminha o Brasil, desde seu nascedouro, donde podemos compreender algumas causas e efeitos da desigualdade social. Vale destacar que dentro da necessidade de evolução do processo industrial e tecnológico, a máquina suplanta o trabalho humano e impõe uma nova relação de capital e trabalho. A idéia de que o avanço tecnológico geraria um bem estar para a sociedade transformou-se num verdadeiro engodo. O grande deslocamento de pessoas para as grandes cidades em busca de sucesso profissional e prosperidade, desencadeou um acelerado processo de competição e aglomeração no mercado, deixando as pessoas cada vez mais dependentes dos produtos e serviços oferecidos por ele.

²⁸⁸ *Idem*, p. 24.

²⁸⁹ *Idem*, p. 25-37.

Não obstante, as empresas passaram a exigir capacitação cada vez maior de seus agregados e o acesso ao setor público (universidades, cargos e funções públicas) norteado por critérios meritórios, deixa à margem os que não tem acesso à informação qualificada e condições de custear uma boa formação educacional e técnico-profissional. Assim, aumenta-se a desigualdade, o desemprego e a violência²⁹⁰, constituindo um cenário de desalento no cotidiano brasileiro. A racionalidade moderna não dá conta (e talvez nunca tenha dado) de resolver os males que atingem o próprio dono da razão, injustiças e atrocidades ocorreram em nome do conhecimento científico e da racionalidade da lei, colaborando para um cenário de crise da modernidade (sociedade desumanizada)²⁹¹.

Todos os seres humanos são diferentes e desiguais, seja com relação ao gênero, idade, raça, cor, estereótipo; possuem identidades próprias, culturas diversas, entre outros aspectos. No entanto, essas diferenças tornam-se perigosas quando transpassam o natural e influenciam sobremaneira o social, desaguando na discriminação e supervalorização de uns em detrimento dos outros²⁹². Assim, diferenças naturais levadas para o plano social acabam por desembocar em preconceitos coletivos. A principal consequência do preconceito é a discriminação, que significa qualquer coisa a mais do que diferença ou distinção, pois é sempre

²⁹⁰ A desigualdade social no Brasil causada pela má distribuição de renda é evidente. Por isso, milhares de pessoas, especialmente os jovens, estão vulneráveis, principalmente na classe de baixa renda, pois a exclusão social os torna cada vez mais desnecessários e incapazes de ter uma vida digna. Muitos não conseguem oportunidades no mercado de trabalho, não tem acesso à saúde, à educação e à moradia digna e acabam se marginalizando, às vezes não porque querem, mas por não sobrarem alternativas.

²⁹¹ Sobre a crise enfrentada pelo paradigma da modernidade ensina Boaventura de Sousa Santos que “O paradigma cultural da modernidade constitui-se antes de o modo de produção capitalista se ter tornado dominante e extinguir-se-á antes de este último deixar de ser dominante. A sua extinção é complexa porque é em parte um processo de superação e em parte um processo de obsolescência. É superação na medida em que a modernidade cumpriu algumas das suas promessas e, de resto, cumpriu-as em excesso. É obsolescência na medida em que a modernidade está irremediavelmente incapacitada de cumprir outras das suas promessas. Tanto o excesso no cumprimento de algumas das promessas como o déficit [sic] no cumprimento de outras são responsáveis pela situação do presente, que se apresenta superficialmente como de vazio ou de crise, mas que é, a nível mais profundo, uma situação de transição. (**Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**, 11. ed. – São Paulo: Cortez, 2006, p. 76-77).

²⁹² Essa supervalorização de determinada cultura em detrimento das demais configura um relativismo cultural intimamente relacionado com o que se denomina etnocentrismo. Todos os indivíduos são portadores desse sentimento e a tendência na avaliação cultural é julgar as culturas segundo os moldes de sua própria. O etnocentrismo pode ser manifestado no comportamento agressivo ou em atitudes de superioridade ou até hostilidade. (LAKATOS, Eva Maria e MARCONI, Marina de Andrade. **Sociologia Geral**, 7ª ed., ver. e ampl. – São Paulo: Atlas, 1999, p. 136).

usada numa conotação pejorativa²⁹³. Trata-se de uma diferenciação injusta ou ilegítima, que vai de encontro com o princípio fundamental de justiça (aquele que os filósofos chamam de “regra de justiça”), segundo a qual devem ser tratados de modo igual aqueles que são iguais, e de modo diferente aqueles que são diferentes²⁹⁴.

Segundo Bobbio, a maior nocividade da discriminação entre grupos surge quando ela atinge as três fases de desenvolvimento a seguir: 1ª) a constatação de fato das diferenças existentes; 2ª) a emissão de juízo de valor negativo apontando a superioridade de um grupo sobre o outro e 3ª) a vontade de dominação ou predomínio de um grupo sobre o outro. É na terceira fase que a discriminação se assenta com todas as suas conseqüências negativas²⁹⁵.

Não é recente o problema da discriminação, mas, em contrapartida, seu combate institucionalizado se mostra jovem e pendente de melhorias. Assim, para mudar uma realidade discriminatória passada que perdura no presente e, buscando evitar que se prolongue no tempo, não discriminar é pouco, sendo necessário promover a igualdade. A mera igualdade formal em nada altera as desigualdades sociais existentes, mas somente contribui para sua perpetuação.

Radicada primeiramente nos Estados Unidos da América, as chamadas ações afirmativas tinham o objetivo de reduzir as desigualdades existentes naquele país, em especial a desigualdade racial²⁹⁶, intensificada no sistema *Jim Crow* e

²⁹³ BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. Trad. Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: UNESP, 2002, p. 107.

²⁹⁴ *Idem*, p. 107.

²⁹⁵ *Idem*, p. 108-110.

²⁹⁶ Somente após a guerra civil (1861-1865), que resultou na abolição da escravatura, o Congresso norte-americano aprovou três emendas constitucionais de n. 13; 14 e 15, destinadas fundamentalmente a garantir os direitos de cidadania e as liberdades civis (*civil liberties*) aos ex-escravos e seus descendentes de cor negra, iniciando uma longa trajetória dos americanos em direção à igualdade racial que viria desaguar, anos mais tarde, em 1954, no julgamento do caso *Brow v. Board of Education* (347 U.S. 483) pela Suprema Corte então presidida pelo *Chief Justice Warren*, quando a Justiça dos EUA, por seu órgão de cúpula, decretou o fim da segregação racial nas escolas americanas, estabelecendo a integração entre brancos e negros no sistema educacional norte-americano (CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 31).

legitimada durante várias décadas pela doutrina do “separados mais iguais”, onde se destaca a famosa decisão da Suprema Corte no caso *Plessy vs. Ferguson* (163 U.S. 537 1896). Como bem preleciona Roberta Fragoso²⁹⁷:

[...] nos Estados Unidos, mesmo com a abolição da escravatura, não se concedeu ao negro a possibilidade de inserção na sociedade como um igual. A despeito de a 14ª emenda versar sobre a igual proteção perante as leis, logo se verificou que a doutrina da igualdade seria mitigada em relação aos negros, conforme se estabeleceu no caso *Plessy v. Ferguson*, no qual a Suprema Corte fixou o entendimento de que a doutrina da igualdade permitiria a separação daqueles que pertencessem a raças diferentes.

Foi num contexto de discriminação racial que surgiram as ações afirmativas nos EUA, como uma espécie de mecanismo emergencial de inclusão e integração social dos grupos minoritários e de uma possível solução para os violentos conflitos sociais que se alastravam na década de 60²⁹⁸. Enquanto nos Estados Unidos o preconceito sempre foi uma questão de raça ou cor da pele (e que por longo tempo fora legitimado institucionalmente), no Brasil o problema vem associado a outros fatores, dentre os quais destacamos o *status* social e econômico do indivíduo. Isso não induz dizer que não existem problemas raciais no Brasil, sendo um mito a democracia racial no Brasil.

A atual CRFB/88 trata da igualdade no seu sentido material em vários dos seus dispositivos, com destaque para os objetivos fundamentais da República, positivados no art. 3º da Lei Maior: “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*” (inciso I), “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*” (inciso III) e “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (inciso IV). Como destacou doutrina autorizada²⁹⁹, o constituinte empregou “verbos de ação” ao tratar da igualdade, partindo da ótica de que a igualdade no Brasil não é uma realidade, mas algo que deve ser construído.

²⁹⁷ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações Afirmativas à Brasileira: necessidade ou mito? – uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 167.

²⁹⁸ *Idem*

²⁹⁹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. “**Ação afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**”. In: Revista de informação legislativa, nº 131, jul/set, 1996, p. 283-295.

Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias que se fundam exclusivamente em leis ou atos normativos de conteúdo meramente proibitivo e que oferecem às vítimas de discriminação instrumentos jurídicos meramente reparatórios e intervenções *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária³⁰⁰. Havendo uma melhora nas condições de acesso aos bens fundamentais da sociedade, aqueles que são abrangidos pelas medidas de afirmação possibilitarão que seus sucessores não precisem receber igual tratamento, pois competirão em pé de igualdade com os sucessores daqueles que não receberão o mesmo tratamento afirmativo. É necessário, ainda, ponderar que tais medidas afirmativas não almejam produzir novas discriminações ou ilegítimas distinções, mas apenas corrigir, razoavelmente, distorções injustas e historicamente construídas. Nesse sentido, Carmen Lúcia aduz que:

É importante salientar que não se quer verem produzidas novas discriminações com a *ação afirmativa*, agora em desfavor das maiorias, que, sem serem marginalizadas historicamente, perdem espaços que antes detinham face aos membros dos grupos afirmados pelo princípio igualador no Direito. Para se evita que o extremo oposto sobreviesse é que os planos e programas de *ação afirmativa* adotados nos Estados Unidos e em outros Estados primaram sempre pela fixação de percentuais mínimos garantidores da presença das minorias que por eles se buscavam igualar³⁰¹.

A adoção de uma concepção dinâmica e substancial da igualdade passa a ser reivindicação constante de nossa época, devendo-se, pois, levar em conta as desigualdades e as discriminações existentes no meio social, a fim de alterar a condição do sujeito de direito. Com a evolução social do Estado liberal-burguês, tornou-se imprescindível a luta pela concretização do princípio da igualdade e a promoção da justiça social, deixando o posto de mero espectador para atuar positivamente nos embates sociais, com o intuito de equilibrar as condições e as oportunidades.

Assim, entendemos que o paradigma que se hoje se busca com relação ao direito fundamental a igualdade, é o da diferença (do pluralismo ou da diversidade), seja ela

³⁰⁰ Cf., RESKIN, Bárbara. **Affirmative Action in Employment** – Washington: American Sociological Association, 1997.

³⁰¹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. In Revista Trimestral de Direito Público, nº 15/1996, p. 88.

étnica, racial, sexual, religiosa, física, política etc., que devem ser não apenas justificadas, mas reconhecidas e fomentadas. Assim, a concepção atual do direito a igualdade constitui-se no direito às diferenças, que num primeiro momento passa pela questão do reconhecimento.

3.1.1 a igualdade pelo reconhecimento

O direito a igualdade passa, obrigatoriamente, pelo reconhecimento do outro. É esta alteridade que marca a noção de que “eu” sou o “outro” e o que faço para este, faço também para mim. Não obstante, o respeito a este dever moral fica cada vez mais distante nas sociedades contemporâneas, marcadamente consumistas e individualistas, e que projetam a padronização de culturas e estereótipos. Nesse panorama, levando em consideração os meios eletrônicos de amplo alcance, José Bittencourt Filho afirma que:

No âmbito da comunicação social, os meios eletrônicos de amplo alcance nos exibem um planeta que ora parece mais homogêneo, ora revela imensas distâncias e agudos contrastes, sobretudo no tocante à capacidade de consumo. Essa antinomia coloca a necessidade de “reconhecimento”, isto é, cada cultura passa a exigir que sua mundividência, seus valores, sua nacionalidade, sua etnia, seu idioma e seu *modus vivendi* sejam reconhecidos e valorizados. Assim, muitos povos estão mergulhados no movimento de duas forças antagônicas: uma centrípeta, que impele a todos para o cerne de uma mesma realidade, e outra centrífuga, que tende a compensar essa equalização compulsória por meio da reafirmação das identidades e da multiplicação das chamadas ações afirmativas³⁰².

Adentrando ao tema do reconhecimento, Nancy Fraser em estudo seminal³⁰³, propôs um modelo de distinção analítica entre os tipos de injustiça presentes nas sociedades modernas. Para ela, a injustiça pode envolver problemas de distribuição ou problemas de reconhecimento. Quanto ao problema da

³⁰² BITTENCOURT FILHO, José. **Acesso à justiça: por onde passa a desigualdade?** (Org.) Eneá Stuz e Almeida. **Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais**, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 63.

³⁰³ FRASER, Nancy. **Da distribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista**. Trad. Márcia Prates. In: Jessé de Souza (org.). **Democracia hoje: “novos desafios para a teoria da democrática contemporânea**. Brasília: Ed. Unb, 2001. p. 245-282.

distribuição, possui natureza socioeconômica e decorre de uma divisão desigual das riquezas na sociedade; já com relação aos problemas de reconhecimento, são culturais e simbólicos, e dizem respeito ao modo como determinados grupos são vistos e tratados no contexto social, o que pode implicar profundos abalos à auto-estima e ao bem estar dos integrantes destes segmentos.

Assim, os problemas decorrentes das desigualdades econômicas até podem ser solucionados ou ao menos diminuídos com políticas afirmativas (isenções; incentivos fiscais; programas de inclusão no mercado de trabalho e na educação; cotas; etc.), mas quando se trata de problemas culturais e simbólicos, a questão é complexa e demanda atuação conjunta e um tempo maior para aferição dos resultados. A coisificação das pessoas, impulsionada pelo ideal utilitarista e instrumental erigido na contemporaneidade, dificulta a realização e até a aceitação de posturas solidárias ou humanísticas. Segundo Bauman:

Com todas as suas ambições universalistas, a consequência prática do apelo aos “direitos humanos” e da busca do reconhecimento é uma situação envolvendo sempre novas frentes de batalha e um traçar e retraçar das linhas divisórias que propiciarão conflitos sempre renovados³⁰⁴.

Nessa seara torna-se constante a “luta por reconhecimento” envolvendo diferentes coletividades. Afirma A. Honneth que no campo do reconhecimento, “articulam-se experiências coletivas de integridade ferida”³⁰⁵. Dessa forma, “a identidade do ser humano é parcialmente moldada a partir do reconhecimento (ou da falta deste), isto é, da representação ou da má-representação que dele é feita por outros seres humanos”³⁰⁶.

³⁰⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Trad. Plínio Dentzien, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 70.

³⁰⁵ *Apud.* HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe [UFPR] e Milton Camargo Mota; 2ª ed., São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 238.

³⁰⁶ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social (a experiência dos EUA)**, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 74-75. Ainda sobre o assunto, destacamos que a instituição original acerca do papel central do reconhecimento social para a sociabilidade humana deve-se a Georg Wilhelm Friedrich Hegel. O referido filósofo alemão desenvolve em seus primeiros trabalhos, “uma análise importante sobre as condições normativas de eticidade, contestando claramente a tradição filosófica política de sua época, ao afirmar que o que está por trás dos conflitos sociais é uma luta por reconhecimento” (cf. MATTOS, Patrícia Castro. **A Sociologia Política do Reconhecimento: as**

A ausência de reconhecimento de determinados grupos sociais está intimamente relacionada às diferentes formas de discriminação. Assim, manifestar e praticar o respeito às pessoas, reconhecendo-as como semelhante, dignas que são de usufruir os mesmos direitos e bens fundamentais da sociedade, é um ato condizente com a dignidade que todo ser humano merece, além de ser um dever moral dirigido, não só ao Estado, mas também ao particular³⁰⁷.

Esse reconhecimento constitui-se em um “agir localmente e pensar globalmente”³⁰⁸, sendo o caminho para uma sociedade mais justa, igualitária e menos violenta. Não é tarefa fácil alterar uma realidade tão cruel quanto aquela decorrente da discriminação e da falta de reconhecimento de uma ou várias identidades, mesmo num país tão diversificado quanto o Brasil. Porém, se cada um fizer a sua parte, uma semente será plantada em terreno fértil e contribuirá sobremaneira para alterar essa situação, tornando o sistema de direitos mais efetivo e democrático.

São pequenos gestos de respeito que fazem um cidadão se sentir realmente humano, aumentando, por conseguinte, sua auto-estima. Nessa linha, o filósofo e cientista político John Rawls defende o reconhecimento de dois princípios que fundamentam sua Teoria da Justiça: a diferença e a igualdade eqüitativa de oportunidades, pois segundo o autor:

O reconhecimento público dos dois princípios da justiça confere uma sustentação mais forte à auto-estima das pessoas, e esta, por sua vez, aumenta a eficácia da cooperação social. [...] É claramente racional que os homens assegurem sua auto-estima. O senso de seu próprio valor é necessário para que eles persigam a sua concepção do bem com satisfação e tenham prazer em sua realização. [...] Mas nossa auto-estima geralmente depende do respeito dos outros³⁰⁹.

contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser, São Paulo: Annablume, 2006, p. 19).

³⁰⁷ Sobre a afinidade existente entre os direitos fundamentais e as relações privadas, cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direito Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Almedina, 2003.

³⁰⁸ Esse *slogan* é bem utilizado para representar a compreensão quanto o dever de respeito ao meio ambiente, mas se amolda bem no dever de reconhecimento.

³⁰⁹ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 194.

Assim, esse “dever natural de respeito mútuo” ³¹⁰, aumenta a capacidade dos sujeitos envolvidos, desenvolvendo a igualdade sobre os auspícios da integração social. Além disso, sustenta Rawls que:

Podemos supor que aqueles que respeitam a si próprios têm muito mais probabilidades de respeitarem uns aos outros, e vice-versa. O desprezo por si próprio conduz ao desprezo pelos outros e ameaça o bem desses outros tanto quanto a inveja. A auto-estima se auto-sustenta reciprocamente³¹¹.

Dessa forma, “a luta pela equidade, pela igualdade de direitos, hoje universalmente tida como legítima, é, numa certa medida, tributária da mencionada política de reconhecimento” ³¹². O respeito pela subjetividade e mundividência alheia é um grande passo na persecução da igualdade e, conseqüentemente, na construção e afirmação de um Estado Democrático de Direito. Com efeito, Carlos Ayres de Britto indaga a si próprio por que o preâmbulo da CRFB/1988 expressa uma sociedade pluralista como a ideal? E responde:

Por se render o nosso legislador constituinte à evidência de que os seres humanos trazem *na lapela da própria alma o bóton da originalidade*. Cada qual deles, mais que número, é *número único*. Vale dizer, toda criatura humana é diferente da outra e só pode ser plenamente feliz na concreta experimentação de suas diferenças³¹³.

Não obstante, o enraizamento cultural ainda é uma forte barreira para redução das antinomias sociais não constituindo prioridade do particular, nem tampouco do Estado, o reconhecimento e a inclusão das diferenças. Nesse diapasão é que sobreleva entre o Estado e a sociedade segmentos intermediários, organizações ou associações civis sem fins lucrativos, visando consolidar o direito fundamental a igualdade. Assim, as relações entre o Estado e o mercado (esfera individual), que dominam a cena pública, hão de ser transformadas pela presença de um ascendente segmento: o Terceiro Setor; que tem como escopo a inclusão e a

³¹⁰ *Idem*, p. 194.

³¹¹ *Idem*, p. 194.

³¹² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direito Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Almedina, 2003, p. 76.

³¹³ BRITTO, Carlos Ayres. **Auto-Estima no Ponto**. Revista Jurídica Consulex, ano XI, nº. 240, jan./2007, p. 66.

conseqüente afirmação de identidades, propiciando um espaço público mais democrático e igualitário.

3.1.2 a igualdade pelo Terceiro Setor

O aparecimento de grupos ou categorias insurgentes da sociedade civil e com finalidades públicas não é recente no cenário interno, nem tampouco no internacional. Porém, consoante destacaremos abaixo, foi entre as décadas de 70 e 80 que a atividade associativa ganhou impulso, buscando novos canais de comunicação entre sociedade e Estado. Segundo Rubem César Fernandes:

Surge no mundo um terceiro personagem. Além do Estado e do mercado, há um “terceiro setor”. “Não-governamental” e não-lucrativo”, é no entanto organizado, independente, e mobiliza particularmente a dimensão voluntária do comportamento das pessoas. Sua emergência é de tal relevância que se pode falar de uma “virtual revolução” a implicar mudanças gerais nos modos de agir e pensar. As relações entre o Estado e o mercado, que têm dominado a cena pública, hão de ser transformadas pela presença desta terceira figura – as associações voluntárias³¹⁴.

Considerado da iniciativa privada, mas exercendo uma atividade pública e sem fins lucrativos, o Terceiro Setor³¹⁵ vem ampliando seus espaços de liberdade e

³¹⁴ FERNANDES, Rubem César. **Privado Porém Público**, Rio de Janeiro: Relume-Damará, 2002, p. 19-20.

³¹⁵ O Terceiro setor é uma terminologia sociológica que dá significado a todas as iniciativas privadas de utilidade pública com origem na sociedade civil. Situa-se entre o público e o privado, e visam sanar ou diminuir as falhas do Estado e do setor privado no atendimento das necessidades da população, em especial, com relação a direitos sociais básicos. A palavra é uma tradução de *Third Sector*, um vocábulo muito utilizado nos Estados Unidos para definir as diversas organizações sem vínculos diretos com o Primeiro setor (Público, o Estado) e o Segundo setor (Privado, o Mercado). Apesar de existirem várias definições encontradas sobre o Terceiro Setor, uma definição é amplamente utilizada como referência, inclusive por organizações multilaterais e governos. Proposta em 1992, por Salamon & Anheier, trata-se de uma definição “estrutural/operacional”, composta por cinco atributos estruturais ou operacionais que distinguem as organizações do Terceiro Setor de outros tipos de instituições sociais. São eles: Formalmente constituídas, ou seja, alguma forma de institucionalização, legal ou não, com um nível de formalização de regras e procedimentos, para assegurar a sua permanência por um período mínimo de tempo; estrutura básica não governamental: são privadas, ou seja, não são ligadas institucionalmente a governos; gestão própria, ou seja, realiza sua própria gestão, não sendo controladas externamente e sem fins lucrativos, o que significa que a geração de lucros ou excedentes financeiros deve ser reinvestida integralmente na organização. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Terceiro_setor. Acesso em: 24 ago. 2008>.

participação em números e formas sem precedentes, atuando na defesa dos interesses de diferentes grupos sociais (mulheres, indígenas, minorias étnicas, consumidor, idosos, etc.) e do meio ambiente. Em contraponto à lógica do poder arraigada na esfera estatal e à lógica do lucro que orienta as empresas no mercado, as associações civis organizadas buscam através de ações voluntárias trabalhos comunitários e até internacionais, valorizar a *solidariedade*³¹⁶.

Adentrando ao segmento ora em análise, podemos compreender o Terceiro Setor como um misto de associações civis, organizações não governamentais, fundações, entidades filantrópicas ou de auto-ajuda, cujo escopo é beneficiar determinados segmentos, consolidando a cidadania e o Estado Democrático. Segundo Joaquim Falcão:

A consolidação e expansão da cidadania democrática é assunto muito sério para ser deixado apenas nas mãos dos governos. Ou ser limitado apenas ao momento eleitoral. Ampliar a participação da sociedade civil no processo decisório de suas cidades, é a principal tarefa, hoje, da própria sociedade civil. Na medida em que as fundações, assim como associações comunitárias, ONGs, e múltiplas entidades sociais integram a sociedade civil, têm que contribuir para esta tarefa³¹⁷.

Esse segmento não se limita às fronteiras de um ou outro Estado, encampando expansão internacional, sendo que “a dimensão global deste fenômeno e seu potencial como fator de democratização da ordem internacional estão na base da constituição de Civicus – Aliança Mundial para a Participação dos Cidadãos”³¹⁸. A Civicus foi lançada em 1993 com instituição voltada para promoção da cidadania e da sociedade civil em escala mundial, contando com o apoio de importantes fundações privadas da América do Norte e da Europa, incluindo componentes fundamentais do Terceiro Setor (ONGs, associações civis, filantropia, auto-ajuda, etc.)³¹⁹. Tal instituição busca a expansão da solidariedade internacional e o

³¹⁶ FERNANDES, Rubem César. **Privado Porém Público**, Rio de Janeiro: Relume-Damará, 2002, p. 11.

³¹⁷ FALCÃO, Joaquim. **Democracia, Direito e Terceiro Setor**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004, p. 51.

³¹⁸ FERNANDES, Rubem César. **Privado Porém Público**, Rio de Janeiro: Relume-Damará, 2002, p. 11.

³¹⁹ *Idem*, p. 11.

fortalecimento do conceito de cidadania planetária³²⁰. Quanto ao surgimento no Brasil de movimentos sociais com esta envergadura, destaca José Bittencourt Filho que:

Historicamente falando, é oportuno registrar que no Brasil, na década de 1970, com o recrudescimento do regime militar e o aparecimento de profundas mudanças econômicas, foram cerceados até mesmo os precários canais de expressão e negociação criados no bloco histórico imediatamente anterior, que ficou conhecido como *populista*. Nesse quadro de carência de canais de interlocução surgem os movimentos sociais como pólos de atração das demandas democráticas³²¹.

Nesse mesmo sentido, Rubem Alves aponta que:

Curiosamente, foi no período autoritário que a expressão ganhou peso maior, atraindo um sem-número de agentes sociais na América latina. [...]. Enquanto a polícia perseguia militantes políticos e vigiava os sindicatos, um outro tipo de militância encontrou terreno fértil por onde se difundir³²².

A Participação desses movimentos sociais teve seu pináculo nas contribuições populares para elaboração e formação da constituinte de 1988, sendo a CRFB/1988 a primeira a conferir visibilidade ao processo de participação política das associações, enaltecendo-o ao patamar de direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º da Constituição e distribuídos pelos incisos XVI, XVII, XVIII, XIX, XX e XXI.

Dentro desses incisos constitucionais se inserem alguns de importância como a plena liberdade de associação para fins lícitos, a vedação de interferência estatal, e ainda a legitimidade para representar associados judicial e extrajudicialmente (podendo inclusive propor mandado de segurança coletivo e ação direta de inconstitucionalidade). É, portanto, a partir da Carta Magna de 1988 que se insere

³²⁰ FERNANDES, Rubem César. **Privado Porém Público**, Rio de Janeiro: Relume-Damará, 2002, p. 12.

³²¹ BITTENCOURT FILHO, José. **Acesso à justiça: por onde passa a desigualdade?** (Org.) Eneá Stuz e Almeida. **Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais**, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p.58.

³²² FERNANDES, Rubem César. **Privado Porém Público**, Rio de Janeiro: Relume-Damará, 2002, p. 35.

institucionalmente um modelo de sociedade que visa acoplar às decisões políticas o maior número de participantes, favorecendo a democracia participativa.

Assim, diante da insuficiência e da crise de legitimidade que enfrenta o sistema representativo (democracia indireta), contempla-se a possibilidade desse novo canal de comunicação e participação dos cidadãos na vida política do país. Nesse sentido, a fim de aumentar, expandir e reinventar a oferta de democracia, conjugando a democracia representativa com outra de mesmo valor, indaga e afirma Joaquim Falcão:

Quando contemplamos esta possibilidade, abre-se espaço imenso para a sociedade civil, o Terceiro Setor, as Fundações, ONGs e associações comunitárias. Não se trata de substituir a democracia representativa. Trata-se de ampliar a representação: teórica e prática. Quem, além de representante eleito, é também legítimo para representar os cidadãos na *res publica*? Qual a base de uma nova legitimidade? É chegada a hora e a vez da democracia participativa³²³.

Assim, o papel do Terceiro Setor na busca, não só de medidas com caráter assistencialista, mas também com viés inclusivo e participativo, constitui-se num essencial canal para consolidar a democracia e uma sociedade civil dinâmica, além de ser um instrumento de que dispomos para reverter o quadro da pobreza, da violência e da exclusão social que ameaça a qualidade da vida em comunidade.

As medidas desenvolvidas pelo Terceiro Setor representam um conglomerado de atos locais com pensamento em escala global. A crescente mobilização da sociedade civil contribui para a consecução e reorganização dos fins públicos, afinal, o interesse público não é exclusividade do Estado³²⁴. O Terceiro Setor, nessa perspectiva, constituiu o que Rubem César com sapiência denominou de setor “privado, porém público”³²⁵.

³²³ FALCÃO, Joaquim. **Democracia, Direito e Terceiro Setor**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004, p. 57.

³²⁴ *Idem, ibidem*, p. 96.

³²⁵ FERNANDES, Rubem César. **Privado, Porém Público: o terceiro setor na América Latina**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2002.

Assim, tais organismos não governamentais desempenham papel importante na reprodução da subjetividade coletiva, especificando grupos de pessoas que sequer eram vistas socialmente e contribuindo para a diminuição das disparidades sociais decorrentes de uma tradição colonialista, hierarquizada e discriminadora com a nossa. A perspectiva horizontal dos direitos fundamentais, calcada no reconhecimento e na inclusão social de indivíduos historicamente marginalizados, engendra importante afirmação de grupos minoritários, homenageando, assim, o direito fundamental à igualdade.

Delineadas as contribuições privadas para a promoção e efetividade da igualdade, qual o papel do Judiciário nessa perspectiva?

3.1.3 A igualdade pelo Poder Judiciário

Vimos que as diferentes temáticas relacionadas à igualdade e destinadas a corrigir injustiças históricas são tarefas de extrema relevância política e social, as quais foram sobrelevadas no atual Estado Democrático de Direito. Tais imposições constituem um dever de todos, seja no plano individual, seja no plano estatal. No entanto, nos propomos, agora, a analisar o papel desempenhado pelo Judiciário nesse contexto.

Como afirmado anteriormente, na teoria clássica da separação de poderes (prevalente no Estado Liberal) estava contida a idéia de divisão entre Política e Direito, o que determinou certa neutralidade no exercício da atividade jurisdicional, que se voltava à reprodução fiel do direito positivo. A representação política se dava apenas através do voto e o Legislativo assumia um papel de proeminência estatal ³²⁶. Assim, até meados do século XIX, predominou uma compreensão do Direito e do Judiciário, atrelada aos ditames da lei e a um silogismo lógico-formal de interpretação que, por vezes, afastava-se do ideal de justiça.

³²⁶ NOBRE, Ana Karen. **Formalismo Jurídico: o formalismo jurídico e o mito da neutralidade estrita**. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 7, nº. 13, 2004, p. 139.

Nessa linha, assinala Dalmo de Abreu Dallari que:

Quando terminou o ciclo das revoluções burguesas, no final do século XVIII, tinha-se como estabelecido o governo de leis, que substituiria o governo dos homens e assim sepultaria o absolutismo. [...] a partir de então os estudantes de Direito passaram a ser formados na “devoção ao Código”, expressão máxima do novo Direito que começava a se formar. Consagrou-se, então, o chamado “princípio da legalidade”, importante e benéfico enquanto barreira ao poder exercido arbitrariamente, mas negativo e oposto aos ditames da Justiça quando concebido, como passou a ser de modo predominante, como fundamento de uma concepção puramente formalista do Direito, considerando não-jurídicas as preocupações com valores éticos e sociais³²⁷.

Atualmente, altera-se sobremaneira a função do Direito e, conseqüentemente, daqueles que o aplicam. O exclusivismo da representatividade política e o modelo liberal-individualista de magistrado, não mais coadunam com as demandas sociais e com o Estado Democrático de Direito. Com a expansão da cidadania, alguns segmentos da sociedade ganham voz e passam a exercer pressão sobre os agentes públicos, inclusive os que integram o Judiciário. Nesse sentido, Bistra Stefanova Apostolova argumenta que:

Com o aumento da complexidade do Estado e o surgimento dos novos grupos e atores sociais, fruto da atuação acentuada dos Movimentos Sociais no final da década de setenta, é comum no campo da sociologia do direito a observação de que o modelo liberal, no qual se embasava o exercício da magistratura, entrou definitivamente em crise, determinando a erosão da legitimação clássica da atuação dos juízes³²⁸.

Prossegue a autora demonstrando que as necessidades e as reivindicações sociais surgidas, especialmente na segunda metade do século XX, impulsionaram a atualização e a adequação do Direito, especificamente o Direito Constitucional, que incorporou um rol de direitos sociais e um ideal de justiça social:

[...] fruto da organização de determinados grupos da sociedade civil nas últimas duas décadas, cuja finalidade principal consiste na reivindicação de direitos de natureza coletiva (direito de moradia, educação, saúde e trabalho), foi consagrado no plano constitucional o elenco de direitos

³²⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Hora do Judiciário**. Revista da Escola Nacional da Magistratura, ano I, número 01, Brasília: ENM, p. 10.

³²⁸ APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. **Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 180.

sociais cuja positivação repercutiu na mudança do modelo liberal e positivista de produção e aplicação do direito³²⁹.

Essa mudança do modelo liberal de produção do Direito para um modelo social, calcado, fundamentalmente, no princípio da igualdade, altera o papel dos agentes que instrumentalizam o Direito. Assim, alterações ocorridas na sociedade e, conseqüentemente, no modelo Estado, levam à percepção de que são necessárias mudanças na forma de condução dos negócios públicos e na efetivação dos direitos, seja por parte do Legislativo, do Executivo e do Judiciário.

Destarte, no que tange ao direito fundamental a igualdade, intimamente relacionado com promoção de direitos sociais e realização de políticas públicas, observamos uma ampliação dos deveres estatais. Assim, se os poderes responsáveis, primordialmente, pela concretização desses direitos se mostrarem omissos ou insuficientes, caberá aos cidadãos prejudicados (pessoalmente ou por representação) vindicar no Judiciário a sua efetivação.

As políticas sociais de promoção da igualdade são, em grande parte, funções típicas dos poderes legislativo e executivo. Porém, isso não quer dizer que não podem ser realizadas pela via judicial. Enquanto a inconstitucionalidade por ação é positiva, e se traduz num ato violador da Constituição, a inconstitucionalidade por omissão é negativa, e resulta de uma abstenção, uma inércia do poder público no tocante a atos exigidos pela Constituição. Assim, a falta de representatividade política de alguns indivíduos, faz com que o Judiciário seja a última ou única instância para a satisfação dos seus direitos sociais (saúde, habitação, educação, trabalho, etc.).

No que tange à jurisdição constitucional, esta emerge historicamente como um instrumento de defesa da Constituição, não da Constituição considerada formal ou conceitualmente, mas da Constituição tida como expressão de valores sociais e políticos³³⁰. Sem voluntarismos, deve o Judiciário reduzir as desigualdades

³²⁹ *Idem, ibidem*, p. 181.

³³⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª edição, São Paulo: Malheiros, 2005, p.557.

sociais, buscando a consolidação dos objetivos constitucionais. Tem os magistrados papel preponderante a cumprir, aprimorando uma postura criativa e um “novo olhar” em seus julgados, atento às emergentes demandas sociais que deságuam no país³³¹. Como exemplo comparativo e demonstrando o viés social que pode ser desenvolvido no âmbito do Poder Judiciário, destacamos a conhecida Corte de *Warren*³³² (1953-1969), considerada a mais criativa da história constitucional americana. Consoante Sérgio Fernando Moro:

Trata-se de Corte ativista que buscou significativa mudança social, com enfoque na proteção dos direitos fundamentais e no princípio da isonomia, propiciando verdadeira revolução constitucional nos Estados Unidos³³³.

Nesse período, a Suprema Corte norte-americana deu um grande passo no que tange aos direitos civis e às questões sociais de sua época, especialmente àquelas referentes ao direito fundamental a igualdade, com destaque para o caso *Brown v. Board of Education*, de 1954, na qual foi reputada inconstitucional a segregação racial então predominante nas escolas públicas do Sul dos Estados Unidos³³⁴.

Embora esse posicionamento social e ativo da Suprema Corte norte-americana tenha sido substituído pelas sucessivas nomeações de juízes conservadores indicados por presidentes republicanos, alguns deles não foram revistos, subsistindo conquistas de sua época e que norteiam a atividade não apenas da

³³¹ SANTOS, Frei David. **Ações Afirmativas e o Judiciário: o papel da magistratura nas demandas sociais**. Revista da Escola Nacional da Magistratura, ano II, nº. 3, abr. 2007, p. 113. Segundo Frei David: “Abordar temáticas relacionadas à diversidade étnica, bem como desenvolver ações afirmativas destinadas a corrigir injustiças históricas, são tarefas de extrema importância para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, o judiciário tem um papel preponderante a cumprir, aprimorando um ‘novo olhar’ em seus julgados, consubstanciado nas novas e emergentes demandas sociais que eclodem no país”.

³³² Nome pelo qual ficou conhecida a Suprema Corte dos EUA, no período em que foi presidida pelo “Chief-Justice” Earl Warren, tamanha a quantidade de decisões memoráveis que produziu.

³³³ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: RT, 2004, p. 37.

³³⁴ *Idem*, p. 38. Destaca o autor que a decisão do caso *Brown* seja, talvez, a mais importante proferida pela Corte de Warren, motivo pelo qual a destacamos.

Suprema Corte americana, mas de outras cortes judiciais pelo mundo. É o que afirma Sérgio Moro:

Sucessivas indicações de juízes conservadores por presidentes republicanos (Nixon, Reagan e Bush) culminaram por afastar a Suprema Corte do caminho iniciado por Warren. É interessante, porém, notar que a maioria das decisões da Corte não foi revertida, fazendo ainda parte do Direito norte-americano [...]. Assim, apesar das indicações de juízes conservadores, destinadas à reversão da jurisprudência da Corte Warren, as conquistas desta permanecem em vigor [...] está assegurado à Corte de Warren, por suas decisões e sua influência na jurisprudência e na doutrina norte-americanas, e mesmo mundial, um lugar de panteão das grandes cortes judiciais. [...]³³⁵

Prossegue o autor referindo-se ao cuidado que deve ter o juiz constitucional quanto aos limites de seu ativismo, a fim de resguardar a sua legitimidade diante de um Estado Democrático, pois:

É certo que o juiz constitucional não deve desconhecer seus limites. Quanto mais intensa a atividade da jurisdição constitucional, maiores serão os questionamentos acerca da legitimidade da interferência judicial em regime democrático. A Corte de Warren prova, todavia, que algum ativismo judicial pode ser benéfico, contribuindo não para o enfraquecimento da jurisdição constitucional e da democracia, mas para o seu próprio fortalecimento³³⁶.

Nesse contexto, e como forma de mostrar o valor que a atividade jurisdicional exerce sobre a evolução de uma sociedade, é possível atrelar as políticas sociais desenvolvidas durante a Corte de *Warren* à eleição do primeiro Presidente negro nos EUA: Barack Hussein Obama³³⁷, sem dúvida uma revolução na cultura americana e, talvez mundial (aumentando a auto-estima do povo negro e afrodescendente em todo o mundo). Tal compreensão nos afeiçoa em razão do escopo educativo ou pedagógico da jurisdição³³⁸, que deve aperfeiçoar-se numa

³³⁵ *Idem*, p. 59-60.

³³⁶ *Idem*, p. 59-60.

³³⁷ Barack Hussein Obama, nascido em Honolulu (04 de agosto de 1961), é um político dos Estados Unidos da América, eleito o 44º presidente de seu país, pelo Partido Democrata. Sua candidatura foi formalizada pela Convenção do Partido Democrata em 28 de agosto de 2008. É senador pelo estado de Illinois. Obama foi o primeiro afro-americano a ser eleito presidente estadunidense, e também o único senador afro-americano na atual legislatura. Após 44 anos do fim da segregação racial nos EUA, com a 2ª maior diferença de votos em relação ao segundo colocado (desde a eleição de Lindon Jhonson), a eleição de Obama para presidente dos EUA, é marca simbólica da afirmação racial e democrática (disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Barack_Obama>. Acesso em 12 dez. 2008).

³³⁸ Sobre os escopos da jurisdição, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**, 2ª edição, São Paulo: RT, 1990, p. 206 e seg. No que tange ao escopo educativo, que se insere num escopo maior (o social), aponta Dinamarco que o mesmo se traduz na finalidade de

sociedade em constante evolução. O ativismo judicial, devidamente atrelado aos objetivos e princípios constitucionais, somente contribui para a afirmação democrática de um Estado.

No Brasil, entretanto, alguns estudos de sociologia jurídica mostram, desde algum tempo, a dificuldade que os conflitos sociais encontram também no Judiciário, pois apegado a dogmas muitas vezes inadequados à realidade social³³⁹. O hiato entre os objetivos constitucionais e a realidade social mostra a insuficiência do Estado na eficácia material dos direitos, especialmente aqueles que homenageiam o direito fundamental a igualdade. Não raro, percebemos que o papel promocional do Estado se esbarra num jogo de interesses políticos e mercadológicos, privilegiando as vozes em prol do neoliberalismo³⁴⁰.

É preciso que os magistrados sejam não apenas probos, imparciais e tecnicamente corretos, mas também agreguem ao exercício de sua atividade um novo olhar quanto ao Direito e quanto àqueles novos sujeitos que o reivindicam, interrompendo ou desacelerando as injustiças sociais construídas ao longo da história. Segundo aponta Dalmo de A. Dallari:

É cada vez maior o número de pessoas que exigem o reconhecimento e o respeito de sua dignidade intrínseca, questionando a imposição de normas, de aparatos políticos e de ordens sociais e econômicas que visam assegurar a continuidade de injustiças há muito estabelecidas. Entre os sinais dos novos tempos podem-se indicar o alargamento das atribuições dos juízes, em termos de reconhecimento de direitos e de

conscientizar o Estado e os membros da sociedade sobre seus direitos e obrigações. No entanto, para que isto ocorra, a jurisdição deve envidar esforços para representar os legítimos interesses da nação.

³³⁹ Cf., FALCÃO, Joaquim de Arruda. **Justiça Social e Justiça Legal: conflitos de propriedade no Recife**. (In) SOUSA Jr., J. G. de. (org.) **O Direito Achado na Rua**. Brasília, 1988, p. 113-124. O autor, após o estudo de nove casos de conflitos sociais envolvendo direito de propriedade no Recife, apontou, àquela época, para a insuficiência da cultura jurídica legalista na resolução de conflitos de natureza social e coletiva.

³⁴⁰ Costuma-se definir o neoliberalismo como um conjunto de idéias políticas e econômicas capitalistas que defende a não participação do Estado na economia. De acordo com esta doutrina, deve haver total liberdade de comércio (livre mercado), pois a partir deste princípio que se garantiria o crescimento econômico e o desenvolvimento social de um país. Assim, as principais características desse modelo econômico são: não intervencionismo estatal; privatização; abertura econômica e Estado Mínimo. O austríaco Friedrich Hayek e o norte-americano Milton Friedman são considerados os idealizadores do modelo neoliberalista (OLIVEIRA, Kanduca. **Coleção Concursos Públicos: atualidades e conhecimentos gerais**. V. 6, p. 13-14).

sua caracterização, bem como o considerável aumento da procura da proteção judicial³⁴¹.

Torna-se cada vez mais necessário o fomento de uma tradição jurídica voltada à efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais que ela consagra notadamente aqueles que visam reduzir as desigualdades existentes no país. Nesse prisma, importa destacar que já existe no Brasil um grande número de juízes preocupados com o resguardo dos valores sociais e com o respeito à dignidade humana, com destaque para o Movimento dos Juízes Alternativos e a Associação Juízes para a Democracia³⁴², ambos voltados à desconstrução de uma cultura jurídica embasada na concepção liberal de Direito, que muitas vezes não se presta a resolver os problemas sociais.

Tais movimentos surgem juntamente com o processo de redemocratização do país e de expansão do acesso à justiça, derivando a necessidade de garantia dos direitos sociais mínimos para a maioria da população³⁴³. É possível afirmar que a atuação jurisdicional que esses juízes desenvolvem se apresenta em dois níveis:

Por um lado trata-se da aplicação dos textos legais produzidos a partir de uma concepção contemporânea do direito, entre os quais se situam o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código do Consumidor e os direitos sociais consagrados principalmente na Lei Maior. Por outro lado, e é nesse ponto que se ressalta o fenômeno da (re) politização do direito, situa-se a interpretação do conjunto do ordenamento jurídico de acordo com as demandas dos segmentos dos setores populares menos privilegiados, na procura de nivelar as desigualdades sócio-econômicas entre as partes, acentuadas também pela retirada *práxis* histórica do Poder Judiciário no sentido da defesa dos interesses patrimoniais da classe dominante. As diretrizes da sua atuação estão consagradas no estatuto dos juízes democráticos que versam sobre as finalidades da associação, entre as quais se situa a obrigação do juiz na sua atuação jurisdicional de se colocar na '*defesa dos direitos dos menores, dos*

³⁴¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Hora do Judiciário**. Revista da Escola Nacional da Magistratura, ano I, número 01, Brasília: ENM, p. 13.

³⁴² Segundo Bistra Estefanova Apostolova: "a organização dos Juízes Alternativos surgiu em 1983, no Rio Grande do Sul, primeiramente como um grupo de estudos de filosofia, e somente em 1991, após uma polêmica no espaço da mídia, adquiriu visibilidade e inclusive seu próprio nome, consagrado a partir daquele ano com a realização de congressos, e a publicação de livros e revistas. No mesmo ano, em São Paulo, surge a Associação dos Juízes para a Democracia reproduzindo um modelo espanhol de associação de juízes, portador do mesmo nome" (**Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 187). O grande precursor dessa escola no Brasil foi Amilton Bueno de Carvalho.

³⁴³ JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **A Sociologia do Direito no Brasil: introdução ao debate atual**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1993, p. 127.

pobres e das minorias, na perspectiva da emancipação social dos desfavorecidos”³⁴⁴.

Afirma Bistra Stefanova que “esses juízes entendem o Direito na sua função transformadora da sociedade, orientada pelos valores jurídicos do Estado Democrático de Direito, positivados no artigo primeiro e terceiro da Constituição Federal”³⁴⁵. Já passou da hora de colocar em prática os comandos da nossa Constituição (hoje com 20 anos de vigência), especialmente aqueles que se voltam à proteção de grupos vulneráveis, amenizando progressivamente as disparidades prejudiciais à vida em sociedade, pois, do contrário, reduziremos a nossa Constituição a um simples “pedaço de papel”, sem qualquer força vinculante.

Comungamos com a doutrina que considera o termo “alternativo” (que adjetiva a atuação desses magistrados), como uma nova percepção hermenêutica do Direito, diferentemente daquela predominante no Estado Liberal, pois reconhece sua função social e provedora. A semântica da palavra não guarda coerência com os movimentos acima aludidos, pois estes não visam construir uma justiça social baseada em instâncias autônomas de produção normativa, mas apenas fomentar uma postura mais democrática dos juízes em face de demandas instituídas por grupos menos favorecidos da sociedade³⁴⁶.

Com intuito ilustrativo, mas apontando significativo avanço nessa seara, identificamos algumas questões de extrema relevância social que alcançaram a órbita jurisdicional nesse momento de afirmação democrática. A despeito das instâncias protecionistas, como a Justiça do Trabalho; os Juizados Especiais e a própria Justiça Comum nas demandas envolvendo criança e adolescente, idoso, relação de consumo, etc., arrolamos algumas questões proeminentes na afirmação da igualdade e que foram ou estão sendo objeto de intervenção judicial: a) o reconhecimento da união homoafetiva para diversos fins; b) a isenção de

³⁴⁴ APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. **Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 188.

³⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 188.

³⁴⁶ *Idem*, p. 188-189.

taxas no vestibular e no Exame Nacional do Ensino Médio; c) a intensificação das medidas de proteção às mulheres vítimas de violência doméstica; d) a demarcação contínua de terras indígenas para preservação étnica e cultural; e) o fim da cláusula de barreira e a afirmação de partidos políticos de pequeno porte; f) a obrigatoriedade do fornecimento, pelo Estado, de remédios aos portadores do vírus HIV e outras enfermidades (ainda que arrolados na lista de gratuidade do Sistema Único de Saúde); g) a possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias para pesquisas genéticas; dentre outras ³⁴⁷.

Ainda nesse ponto, consideramos importante destacar outras duas questões de natureza político-social e que demandam apreciação jurisdicional, especialmente a do nosso Supremo Tribunal Federal. Encontram-se no STF duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade promovidas pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Cofenem), a ADI n. 3.197, que visa declarar a inconstitucionalidade da Lei estadual nº. 4.151/2003 ³⁴⁸, instituidora do sistema de cotas (reserva de vagas) para o ingresso na Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e a ADI nº. 3.330, que impugna a constitucionalidade de alguns dispositivos da Medida Provisória nº. 213/2004 que instituiu o Programa Universidade para Todos (Prouni³⁴⁹). Ambas as normas gozam de cunho

³⁴⁷ Todas essas questões demonstram a importância do estudo sobre o papel da função jurisdicional na promoção da igualdade e no fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido e, devido à relevância do judiciário para o desenvolvimento e consolidação da democracia, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) vem, desde 2003, financiando iniciativas como: experiências-piloto em justiça restaurativa e penas alternativas, aplicação da tecnologia para facilitar o acesso de comunidades pobres à justiça, estudos sobre gestão do sistema judiciário e estudos para subsidiar a elaboração do Sistema Unificado de Segurança Pública (disponível em: <http://www.pnud.org.br/pnud/>. Acesso em 02 dez. 2008). Essas iniciativas corroboram com uma tendência quase que mundial sobre a participação mais ativa do Judiciário na vida política do país.

³⁴⁸ Essa lei institui e disciplina o sistema de cotas para ingresso nas universidades públicas estaduais fluminense e dá outras providências. Sobre a mesma, destacamos o artigo 1º e seus parágrafos: art. 1º: “Com vistas à redução de desigualdades étnicas, sociais e econômicas, deverão as universidades públicas estaduais estabelecer cotas para ingresso nos seus cursos de graduação aos seguintes estudantes carentes: I - oriundos da rede pública de ensino; II - negros; III - pessoas com deficiência, nos termos da legislação em vigor, integrantes de minorias étnicas, filhos de policiais civis e militares, bombeiros militares e inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço (a redação deste inciso foi incluída pela Lei nº. 5074/2007)”. Disponível em: <http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm> (acesso em 06 dez. 2008).

³⁴⁹ O ProUni - Programa Universidade para Todos tem como finalidade “a concessão de bolsas de estudo integrais e parciais a estudantes de cursos de graduação e seqüenciais de formação específica, em instituições privadas de educação superior. Criado pelo Governo Federal em 2004 e institucionalizado pela Lei nº 11.096, em 13 de janeiro de 2005, ele oferece, em contrapartida,

afirmativo, e homenageiam a afirmação educacional de segmentos sociais como índios, negros (ou afrodescendentes), deficientes físicos, pobres e egressos de escolas públicas. Vale ressaltar que medidas dessa natureza também estão sendo implantadas em outras universidades do país, tanto pela legislação ordinária, quanto pelos próprios Conselhos Universitários (a exemplo da UNB e da UFES).

Não obstante, tramita no Congresso Nacional o projeto de lei nº. 73/99, já aprovado na Câmara dos Deputados, que institui sistema especial de reserva de vagas (50%) para estudantes egressos de escolas públicas, especialmente negros e indígenas, nas instituições públicas federais, mostrando evidente a tendência estatal em conceder maior acessibilidade a grupos sociais historicamente desfavorecidos. No entanto, esse sistema vem engendrando resistência, senão intolerância, por parte da sociedade (especialmente daqueles que não são favorecidos pelo referido sistema).

A política de cotas no ensino superior do país, é um dos temas mais polêmicos e relevantes que envolvem o tema da inclusão social, demandando, por essa razão, monografia exclusiva e estudo interdisciplinar entre o Direito, a Sociologia, a Antropologia, a Filosofia, a Estatística e outras ciências afins. Assim, por questões de tempo, espaço e limite intelectual, apenas manifestamos nosso restrito entendimento sobre a questão posta ao STF.

Consideramos legítimo o argumento de que são necessárias políticas que atinjam a educação básica, formadora da estrutura educacional do país, porém, tais medidas ainda que sejam efetivadas imediatamente, só trarão resultados em longo prazo. Enquanto isso não ocorre, alguns segmentos da sociedade permanecerão alijados,

isenção de alguns tributos àquelas instituições de ensino que aderem ao Programa. Dirigido aos estudantes egressos do ensino médio da rede pública ou da rede particular na condição de bolsistas integrais, com renda per capita familiar máxima de três salários mínimos, o ProUni conta com um sistema de seleção informatizado e impessoal, que confere transparência e segurança ao processo. Os candidatos são selecionados pelas notas obtidas no ENEM - Exame Nacional do Ensino Médio conjugando-se, desse modo, inclusão à qualidade e mérito dos estudantes com melhores desempenhos acadêmicos. O ProUni oferece também ações conjuntas de incentivo à permanência dos estudantes nas instituições, como a Bolsa Permanência, o convênio de estágio MEC/CAIXA e o FIES - Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior, que possibilita ao bolsista parcial financiar até 100% da mensalidade não coberta pela bolsa do programa" (disponível em <http://portal.mec.gov.br/prouni/>. Acesso em: 24 ago. 2008).

principalmente do ensino superior, cada vez mais privativo e elitizado. É interessante o fato de que as pessoas que detêm melhores condições econômicas, não se sujeitam (ou a seus filhos) ao ensino básico e médio das escolas públicas, pois de inferior qualidade. Mas, em contrapartida, lotam as universidades públicas, não apenas pela gratuidade do ensino, mas principalmente pela boa qualidade e pela referência no mercado de trabalho, cada vez mais estreito e exigente. É forçoso afirmar, nesse contexto, que vivenciamos a elitização do ensino público superior, o que por si só, reclama mudanças.

O mérito não é o único elemento diferenciador entre os concorrentes para ingresso nas universidades, pois, se assim for, a disparidade de armas será gritante, e o ensino superior (para alguns), muito distante. O direito fundamental a igualdade não se esgota no tratamento isonômico, mas numa concepção democrática e inclusiva. Nesse aspecto, e atento ao sistema de cotas, a população em geral demonstra certo grau de aceitação quanto ao estabelecimento de um percentual de vagas destinado a abarcar pessoas oriundas de escolas públicas e com renda familiar baixa. Porém, quando a reserva é dirigida à inclusão de indígenas e, principalmente, de negros e afrodescendentes, a resistência se acentua. Trata-se de um problema complexo e que não encontra uma resposta única, nem tampouco simples.

O Brasil, país tradicionalmente explorado (v. item 3.1), tem como marca a desigualdade social e étnico-racial. Não obstante reconhecemos a inexistência de raças ou a divisão estanque entre as possíveis raças e etnias, especialmente no Brasil, onde a diversidade é ponto identificador de nossa gente, merece consideração o fato de que aqui a divisão social étnico-racial não se assenta no soslaio biológico, mas sócio-cultural.

O que sobressai na relação acima são as características fenotípicas³⁵⁰ e os fatores históricos, marcados por uma tradição escravista. No país os negros e

³⁵⁰ Fenótipos são as características visíveis de um indivíduo, que são definidas pela expressão do seu genótipo (isto é, do seu patrimônio hereditário), somada à influência exercida pelo meio ambiente. Existem situações condicionadas pelo meio ambiente, em que a característica visível não permite reconhecer o genótipo. Um exemplo seriam os genes que determinam a estatura na espécie humana, em que a manifestação do fenótipo dependerá da alimentação do indivíduo na época do seu desenvolvimento. Portanto, poderá possuir genes para ter estatura alta, mas se sua alimentação não for adequada, este genótipo não se manifestará. Todavia, por os fenótipos serem muito mais fáceis

afrodescendentes se encontram em menor número nas escolas, no trabalho (quando não recebem menos pelo exercício da mesma função), nos bairros nobres, nos cargos públicos, na política etc.; mas em grande quantidade nas favelas, no tráfico, nos semáforos, na mortalidade, nos presídios etc.

Assim, embora o estatuto teórico-científico de raça tenha sido desmontado desde a segunda metade do século XX, especialmente após as funestas conseqüências da ideologia nazista (mito da superioridade da raça ariana), o conceito *raça* permanece como uma construção social, uma categoria analítica que continua sendo usada para agregar indivíduos e coletividades que compartilham aspectos físicos observáveis, como cor da pele, textura do cabelo e compleição corporal. Dados extraídos do Relatório de Desenvolvimento Humano de 2005 (PNUD), cujo tema foi: racismo, pobreza e violência, apontam que mesmo nunca tendo havido no Brasil uma segregação formal entre “negros” e “brancos”, há uma separação informal, destacada por fatores fenotípicos ³⁵¹.

O Relatório demonstra uma desigualdade sócio-econômica que atinge diversos níveis: saúde, educação, trabalho, habitação, renda, etc. e traz como destaque: o mito da democracia racial no Brasil; o “Brasil negro” como 105º colocado no *ranking* mundial do IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) e o “Brasil branco” como 44º; a renda do cidadão branco em 1980 era o dobro da renda do negro em 2000; os negros têm taxa de homicídio duas vezes maior que os brancos; e por fim, o fato de que o combate ao racismo e à discriminação correspondente exigem, para sua maior eficácia, ação conjunta do governo e da sociedade. Nesse sentido, a erradicação do racismo e a luta contra a *raça* como um critério de segregação social e de exclusão de oportunidades requer que o termo ou os conceitos correlatos,

de observar do que os genótipos (não é preciso química nem sequenciação para determinar a cor dos olhos de uma pessoa), a genética clássica usa fenótipos para deduzir as funções dos genes. Depois, testes de reprodução podem confirmar estas interações. Desta forma, os primeiros genetistas conseguiram traçar padrões de hereditariedade sem qualquer tipo de conhecimento de biologia molecular. A interação entre o genótipo e o fenótipo é frequentemente descrita usando uma equação simples: genótipo + meio → fenótipo. Um fenótipo é qualquer característica detectável de um organismo (i.e. estrutural, bioquímica, fisiológica e comportamental) determinada pela interação entre o seu genótipo e o meio. O conceito de fenótipo foi tornado mais vasto por Richard Dawkins, ao incluir efeitos sobre outros organismos ou sobre o meio em *The Extended Phenotype* (disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Fen%C3%B3tipo>>. Acesso em 11 dez. 2008).

³⁵¹ Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/pnud/>>. Acesso em 02 dez. 2008.

como cor e fenótipo sejam mantidos nas coletas de dados e nos registros e notificações das instituições, públicas ou particulares, ao menos enquanto perdurar essa situação de flagrante desigualdade³⁵².

Dessa forma, especialmente quanto aos negros e afrodescendentes no Brasil, é de se levar em consideração que após o fim da escravatura (Lei Áurea 13 de maio de 1888³⁵³), a desigualdade entre estes e os brancos diminui gradativamente, num processo que pode levar anos. O sociólogo Boaventura de Sousa Santos em estudo elaborado no âmbito do Calendário Oficial de Debates sobre a Reforma Universitária do Ministério da Educação do Brasil, aponta diversas áreas de atuação que visam recapturar ou reafirmar a legitimidade da universidade pública. Dentre elas, destaca a questão do “acesso”, ou da “democratização do acesso” que, atualmente, se esbarra numa mistura de mérito e privilégio³⁵⁴.

³⁵² *Idem.*

³⁵³ Foi a Princesa Isabel quem assinou a Lei Áurea em 13 de maio de 1888. “Na época em que os portugueses começaram a colonização do Brasil, não existia mão-de-obra para a realização de trabalhos manuais. Diante disso, eles procuraram usar o trabalho dos índios nas lavouras; entretanto, esta escravidão não pôde ser levada adiante, pois os religiosos se colocaram em defesa dos índios condenando sua escravidão. Assim, os portugueses passaram a fazer o mesmo que os demais europeus daquela época. Eles foram à busca de negros na África para submetê-los ao trabalho escravo em sua colônia. Deu-se, assim, a entrada dos escravos no Brasil. Os negros, trazidos do continente Africano, eram transportados dentro dos porões dos navios negreiros e, devido as péssimas condições deste meio de transporte, muitos deles morriam durante a viagem. Após o desembarque eles eram comprados por fazendeiros e senhores de engenho, que os tratavam de forma cruel e desumana. Apesar desta prática ser considerada ‘normal’ do ponto de vista da maioria, havia aqueles que eram contra este tipo de abuso. Estes eram os abolicionistas (grupo formado por literatos, religiosos, políticos e pessoas do povo); contudo, esta prática permaneceu por quase 300 anos. O principal fator que manteve a escravidão por um longo período foi o econômico. A economia do país contava somente com o trabalho escravo para realizar as tarefas da roça e outras tão pesados quanto estas. As providências para a libertação dos escravos deveriam ser tomadas lentamente. A partir de 1870, a região Sul do Brasil passou a empregar assalariados brasileiros e imigrantes estrangeiros; no Norte, as usinas substituíram os primitivos engenhos, fato que permitiu a utilização de um número menor de escravos. Já nas principais cidades, era grande o desejo do surgimento de indústrias. Visando não causar prejuízo aos proprietários, o governo, pressionado pela Inglaterra, foi alcançando seus objetivos aos poucos. O primeiro passo foi dado em 1850, com a extinção do tráfico negreiro. Vinte anos mais tarde, foi declarada a Lei do Ventre-Livre (de 28 de setembro de 1871). Esta lei tornava livre os filhos de escravos que nascessem a partir de sua promulgação. Em 1885, foi aprovada a lei Saraiva-Cotegipe ou dos Sexagenários que beneficiava os negros de mais de 65 anos. Foi em 13 de maio de 1888, através da Lei Áurea, que liberdade total finalmente foi alcançada pelos negros no Brasil. Esta lei, assinada pela Princesa Isabel, abolia de vez a escravidão no Brasil” (acesso em 15 dez 2008. Disponível em: <<http://www.suapesquisa.com/historiadosbrasil/abolicao.htm>>).

³⁵⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Universidade no Século XXI: para uma reforma democrática e emancipatória da universidade**. 2ª edição, São Paulo: Cortez, 2005, p. 67.

Segundo Boaventura:

Nas sociedades multinacionais e pluri-culturais, onde o racismo, assumido ou não, é um facto, as discriminações raciais ou étnicas devem ser confrontadas enquanto tal com programas de ação afirmativa (cotas e outras medidas) que deve visar, não só o acesso, como também o acompanhamento, sobretudo durante os primeiros anos onde são por vezes altas as taxas de abandono³⁵⁵.

Nessa linha, o sistema de afirmação e promoção da igualdade, como a reserva de vagas em universidades públicas, é um instrumento viabilizador de oportunidades e esperança àqueles que talvez nunca as tenham imaginado usufruir. Tais medidas devem ser adotadas de forma específica também para o combate às desigualdades raciais ou étnico-raciais, pois, ainda que estas ocorram em conjunção com a discriminação de classe, devem ser objeto de medidas específicas, ainda que somadas a fatores econômico-sociais³⁵⁶.

As cotas devem ser temporárias e com intuito de corrigir um problema atual. Carecem, ainda, do acompanhamento de estudos demográficos para identificar a permanência de sua justificação, além de uma assistência interna visando conceder apoio didático e emocional para os que ingressam neste sistema. Importante se faz, também, o monitoramento do nível de qualidade e desempenho dos respectivos alunos, pois não são poucos os que afirmam a “desqualificação” do nível das universidades que adotam o sistema de cotas. Além disso, juntamente com o método da auto-afirmação, deve ser realizada constatação por uma junta de especialistas, visando confirmar os fenótipos daquele aluno que pretende ingressar na universidade pelo sistema de cotas.

Não defendemos uma generalização de políticas afirmativas, todas devem se dar sob análise de situações concretas, atreladas a pesquisas e índices quantitativos, pois sabemos que a realidade demográfica brasileira varia de lugar para lugar, de região para região e de estado para estado. A universidade é um bem público,

³⁵⁵ *Idem, ibidem*, p. 69.

³⁵⁶ *Idem*. A própria Constituição do Brasil explicita a necessidade de preservação e proteção das manifestações culturais indígenas e afro-brasileiras, bem como a valorização da diversidade étnica e regional (artigo 215, § 1º e § 3º, V).

devendo utilizar sua autonomia (artigo 207 da CRFB/1988) para instrumentalizar a inclusão e a diversidade, democratizando o acesso e legitimando a sua própria existência. É da Constituição que se extrai a educação como “direito de todos e dever do Estado”, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o mercado de trabalho (artigo 205 da CRFB/1988). Além disso, expressa a Constituição que o ensino no Brasil deverá ser ministrado com base nos seguintes princípios: *igualdade de condições* para o acesso e permanência na escola; *pluralismo de idéias*; *gestão democrática* do ensino público; etc. (artigo 206 da CRFB/1988).

Não obstante ser um dever moral e humanitário o respeito e o reconhecimento pelo outro, através da promoção da igualdade, existem objeções quanto à razoabilidade dessas políticas de afirmação, especialmente, quando realizadas pelo Poder Judiciário. Porém, o Judiciário como qualquer outro segmento do Estado, está vinculado à Constituição, devendo promover a igualdade (suplantando déficits e omissões inconstitucionais). Não é na falta de previsão normativa que se situa o maior problema quanto aos direitos relacionados à promoção da igualdade, mas na carência de efetivação dos mesmos, principalmente por parte do Poder Executivo (maior encarregado pela promoção de políticas públicas e sociais). Verifica-se, portanto, um recrudescimento da participação jurisdicional no processo de efetivação desses direitos fundamentais, ainda que de uma forma suplementar.

Nesse ínterim, reaprecia-se na doutrina e na jurisprudência a dogmática tradicional da Separação dos Poderes, cuja função não pode ser outra, senão a efetivação de direitos fundamentais. Nesse passo, a divisão funcional do Estado no atual estágio constitucional, não pode condizer com aquela de dois séculos atrás. Tal controle tem por escopo limitar a discricionariedade dos demais poderes e viabilizar não apenas a efetividade dos direitos de primeira dimensão, mas todas as dimensões dos direitos fundamentais.

A atuação jurisdicional no plano social apenas se difere daquelas realizadas pelas demais funções do Estado, no que tange à necessidade de provocação (inércia da

jurisdição – princípio da demanda)³⁵⁷. Isso demonstra o ideário constitucional contemporâneo do pleno acesso à justiça e o dever que tem o Estado de prestar a tutela jurisdicional aos direitos lesados ou ameaçados (sob pena de o próprio Judiciário violar direitos fundamentais).

Não defendemos aqui, um “Governo de Juízes”, nem tampouco a supremacia do Poder Judiciário sobre a Constituição. A resposta para indagações como “quem controlará os controladores”? Só pode ser uma: a própria Constituição do Estado, pois é ela quem delinea e distribui a extensão e os limites para o exercício de qualquer poder. A defesa da Constituição é função precípua do Judiciário, que deve respeitar a garantia do devido processo legal (*due process of law*³⁵⁸), não apenas de forma teórica ou retórica, mas de forma justificada no processo.

No que se refere ao exercício da jurisdição constitucional voltado a resolver questões de natureza político-social, elevam-se dois postulados: o da *razoabilidade* e o da *proporcionalidade*³⁵⁹.

³⁵⁷ A inércia é a principal característica da jurisdição, tendo por finalidade a manutenção da imparcialidade dos juízes. Por isso, a própria Constituição Federal de 1988 aponta alguns instrumentos processuais para combater as omissões do Poder Público, retirando da inércia o Poder Judiciário, a fim de que satisfaça as pretensões do cidadão lesado ou ameaçado em seus direitos.

³⁵⁸ A referida garantia, elevada ao *status* de princípio constitucional, correlaciona-se com a noção de justiça e razoabilidade, exigindo que o Estado desempenhe suas funções de acordo com as diretrizes emanadas do ordenamento jurídico constitucional, tanto no momento de sua criação, quanto no de sua aplicação. Segundo Carlos Roberto de Siqueira Castro: “o princípio do *devido processo legal*, em que radica a moderna concepção de legalidade, pode ser considerado um dos mais antigos e veneráveis institutos da ciência jurídica, cuja trajetória perpassou os séculos desde o medievo e garantiu sua presença no direito contemporâneo com renovado vigor” (**O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 07).

³⁵⁹ Cf., ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 138 ss. Sobre a distinção entre razoabilidade e proporcionalidade o autor destaca que: “o postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim. Ocorre que a razoabilidade [...], não faz referência a uma relação de causalidade entre um *meio* e um *fim*, tal como o faz o postulado da proporcionalidade. [...] A razoabilidade como dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devam ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto. [...] A razoabilidade como dever de harmonização do Direito com suas condições externas (dever de congruência) exige a relação das normas com suas condições externas de aplicação, que demandando um suporte empírico existente para a adoção de uma

O princípio ou postulado³⁶⁰ da razoabilidade tem assento na cláusula do devido processo legal “referindo-se à relação de meios e fins entre os atos normativos em geral com o fim público que lhes é imanente”³⁶¹, além de expressar, numa acepção substantiva, o ideal de justiça que deve nortear as relações de poder na comunidade política³⁶². Se o executivo não presta com eficiência seu desiderato, cabe aos demais poderes o controle dessa atividade nociva aos direitos fundamentais, pois “todo o sistema constitucional encontra-se estruturado para vedar o arbítrio”³⁶³. Esse postulado melhor se amolda às questões que tratamos no trabalho.

Quanto à razoabilidade das ações afirmativas, já afirmamos sua compatibilidade com o Estado Democrático, tendo em vista a concepção substancial que se extrai do direito fundamental a igualdade. Tais medidas se mostram adequadas aos fins objetivados em nossa Constituição. No entanto, para não configurem uma forma disfarçada de discriminação e preconceito (discriminação invertida), deve-se levar em conta o “fator de discriminação”. Corroborando com esse entendimento, Celso Antônio Bandeira de Mello faz a seguinte indagação: “poderia a lei estabelecer –

medida, quer exigindo uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada”. Tratam-se, pois, de postulados implícitos no ordenamento constitucional.

³⁶⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 121-124. Para o autor, ao contrário da maioria da doutrina, a razoabilidade e a proporcionalidade não são verdadeiros princípios, mas postulados normativos, ou seja, metanormas ou normas de segundo grau que funcionam como deveres estruturantes da aplicação de outras normas.

³⁶¹ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 337.

³⁶² CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil**, Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 05. Vale destacar que o devido processo legal, na origem, foi confeccionado como uma garantia puramente processual, que assegurava a regularidade do processo nas várias instâncias judiciais. Segundo o mesmo autor, “foi com essa índole essencialmente processualista que a garantia do *devido processo legal* vigorou na velha Inglaterra, por imposição da Magna Carta, e daí ingressou nas *Cartas* coloniais da América do Norte e, depois, na 5ª e 14ª Emendas da Constituição dos Estados Unidos. Concebida, de início, como um requisito de validade da jurisdição penal, estendeu-se, em seguida, à jurisdição civil e, mais recentemente, aos procedimentos administrativos instaurados no âmbito da Administração Pública” (*Idem*, p. 34).

³⁶³ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 337. Consideramos que os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade são um dos meios para a limitação da atividade jurisdicional no campo das políticas públicas, que somados ao dever de probidade, imparcialidade e fundamentação consistente, legitimam a atuação jurisdicional.

em função desta desigualdade evidente – que os indivíduos altos têm direito a realizar contratos de compra e venda, sendo defeso o uso deste instituto jurídico às pessoas de amesquinhado tamanho?”³⁶⁴. A resposta tende a ser negativa, pois neste caso o tratamento diferenciado não encontra adequação ao fim pretendido.

Como se vê, a adequação entre a finalidade do tratamento desigual e os elementos diferenciadores, é o ponto central a ser analisado para verificar a razoabilidade dessas medidas afirmativas. Os fins não justificam os meios, ao menos numa análise objetiva. Assim, afirma o autor, existir um “fator de discrimen” necessário à compreensão justificante do tratamento diferenciado³⁶⁵. Trata-se de estabelecer compreensão acerca da adequação entre meios e fins no tocante às políticas de afirmação da igualdade, seja no âmbito legislativo, administrativo ou judicial.

Assim, entendemos que o Judiciário como qualquer outra função do Estado se compromete com a efetividade da Constituição, devendo nessa empreitada pautar-se em postulados que norteiam a aplicação das demais normas constitucionais, construindo julgados coerentes e adequados ao contexto em que se dão. No que tange ao direito fundamental a igualdade, essa responsabilidade se assenta no caráter contramajoritário que a jurisdição constitucional exerce, constituindo a única ou última via para que grupos menos favorecidos e sem representatividade política encontrem guarida.

Não obstante, para que alcancemos uma prestação jurisdicional à altura das responsabilidades exigidas constitucionalmente, é preciso aprimoramento no que tange aos treinamentos e núcleos de aperfeiçoamento profissional para o exercício da magistratura, seja para o ingresso na carreira ou para o desenvolvimento do exercício jurisdicional.

³⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª edição, 11ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 11-12.

³⁶⁵ *Idem*, p. 12 e seg.

3.1.3.1 Capacitação e aperfeiçoamento dos magistrados

O papel do juiz se mostra de extrema relevância e guarda inúmeras responsabilidades ante a complexidade da vida social e do próprio Direito, que demandam cada vez mais postura criativa e aberta às emergências sociais. Segundo Ana Karen Nobre: “a função jurisdicional requer dedicação, estudo, atualização e, antes de tudo, bom senso”³⁶⁶. Somado a isso, vivemos sob a concessão formal de direitos sociais o que aumenta, significativamente, sua reivindicação pela via judicial. Consoante aduz José Eduardo Faria:

Desde que grupos sociais tradicionalmente alijados do acesso à justiça descobriram os caminhos dos tribunais, orientando-se por expectativas dificilmente amoldáveis às rotinas judiciais, utilizando de modo inventivo os recursos processuais e explorando todas as possibilidades hermenêuticas propiciadas por normas de “textura aberta”, como normas-objetivo, as normas programáticas e as normas que se caracterizam por conceitos indeterminados, o Judiciário se viu obrigado a dar respostas para demandas para as quais não tem nem experiência acumulada nem jurisprudência firmada³⁶⁷.

Atualmente, as pessoas (especialmente as classes populares) estão mais conscientes que essa desigualdade é injusta e que viola seus direitos fundamentais, aumentando as reivindicações judiciais. A ampliação e o fortalecimento dos movimentos sociais alteram o estado de conformismo, homenageando a construção de direitos e a luta por justiça social e respeito às diferenças. Para Boaventura de Sousa Santos “essa consciência de direitos é uma consciência complexa porque engloba, não só o direito a igualdade, como também o direito à diferença”³⁶⁸. É neste contexto que, segundo Boaventura, se deve analisar “o crescente protagonismo social e político do sistema judicial e do primado do Direito”³⁶⁹.

³⁶⁶ NOBRE, Ana Karen. **Formalismo Jurídico: o formalismo jurídico e o mito da neutralidade estrita**. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 7, nº. 13, 2004, p. 151.

³⁶⁷ FARIA, José Eduardo. **As Transformações do Judiciário em Face de suas Responsabilidades Sociais**. (org.) José Eduardo Faria. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. 1ª edição, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 52-53.

³⁶⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007, p. 11.

³⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 11.

Diante disso, mister se faz a implementação de um processo de capacitação e aperfeiçoamento de magistrados, não só para o ingresso na carreira, mas também para o legítimo e progressivo exercício jurisdicional, já que “o processo de recrutamento dos Magistrados remete diretamente à questão da legitimidade para o exercício das funções do juiz” ³⁷⁰. Assim, no intuito de manter e afirmar a legitimidade democrática da sua atuação jurisdicional, especialmente nas questões de cunho político e social, necessário se faz seu constante aperfeiçoamento.

A qualificação dos nossos magistrados, visando ao desenvolvimento ético e social no exercício de suas funções, coaduna com as normas e os valores constitucionais, primando, ainda, pelo fortalecimento da própria atividade jurisdicional no Estado Democrático de Direito. Marca dessa necessidade, é a atual CRFB/1988, que em seu artigo 93, inciso II, alínea “c”, condiciona a promoção dos magistrados (por merecimento) à aferição de sua produtividade e presteza, bem como à freqüência e aproveitamento em cursos oficiais e de aperfeiçoamento.

Não obstante, a EC 45/04, previu a criação, junto ao Superior Tribunal de Justiça, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) ³⁷¹, cabendo-lhe entre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para ingresso e

³⁷⁰ APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. **Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 198.

³⁷¹ Prevista originalmente na Emenda Constitucional nº 45, que fez mudanças na estrutura do Poder Judiciário, a Escola foi instituída em 30 de novembro de 2006 por meio da Resolução nº 3 do STJ. As principais competências da Enfam são: definir as diretrizes básicas para a formação e o aperfeiçoamento de Magistrados; fomentar pesquisas, estudos e debates sobre temas relevantes para o aprimoramento dos serviços judiciários e da prestação jurisdicional; promover a cooperação com entidades nacionais e estrangeiras ligadas ao ensino, pesquisa e extensão; incentivar o intercâmbio entre a Justiça brasileira e a de outros países; promover, diretamente ou mediante convênio, a realização de cursos relacionados com os objetivos da Enfam, dando ênfase à formação humanística; habilitar e fiscalizar, nos termos do art. 93, II, “c”, e IV, e 105, parágrafo único, da Constituição da República, os cursos de formação para ingresso na magistratura e, para fins de vitaliciamento e promoção na carreira, os de aperfeiçoamento; formular sugestões para aperfeiçoar o ordenamento jurídico; definir as diretrizes básicas e os requisitos mínimos para a realização dos concursos públicos de ingresso na magistratura estadual e federal, inclusive regulamentar a realização de exames psicotécnicos; apoiar, inclusive financeiramente, a participação de magistrados em cursos no Brasil ou no exterior indicados pela Enfam; apoiar, inclusive financeiramente, as escolas da magistratura estaduais e federais na realização de cursos de formação e de aperfeiçoamento (disponível em <http://www.stj.jus.br/porta1_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=788>. Acesso em 16 dez 2008).

promoção na carreira (artigo 105, § único, inciso I). Tal escola tem o intuito de aprimorar a atividade jurisdicional e, ainda que tenha âmbito nacional, para sua melhor eficácia deve entrelaçar esforços com as escolas instituídas pelos tribunais estaduais e regionais, pois o Poder Judiciário se constitui da totalidade dos órgãos judiciais existentes no Estado brasileiro³⁷².

Não obstante a Constituição trazer um elenco de direitos e deveres para os magistrados, estes ainda se submetem ao regime da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar Federal nº. 35/1979) que, mesmo após algumas alterações legislativas e a não recepção constitucional de alguns de seus dispositivos, serve de baluarte para atuação de todo magistrado. Mais do que nunca, a função de julgar deve honrar e revelar a sabedoria dos que a exercem, sabedoria que se adquire não só na *práxis*, mas, sobretudo, nos estudos³⁷³.

O juiz não pode sucumbir ao dia-dia forense, mesmo diante dos graves problemas estruturais enfrentados hoje no Judiciário brasileiro, como a falta de juízes; o grande número de processos em andamento; o desestímulo e a baixa qualidade dos funcionários da Justiça; a burocracia estatal; o abuso do Direito e a litigância temerária. Assim, deve o magistrado perseguir um ideal de formação ético-profissional, pois sua função representa baluarte para a construção de um Estado realmente democrático. Para José Renato Nalini, “a implementação de um projeto

³⁷² NAVES, Nilson. **Instalação da Escola Nacional de Formação de Magistrados**. Revista da Escola Nacional da Magistratura – ano II, ed. nº. 04, Brasília: ENM, 2007, p. 13.

³⁷³ Daí a importância das Escolas da Magistratura como centros de capacitação prévia para o exercício da Magistratura, devendo se incluir cursos periódicos de aperfeiçoamento profissional durante a carreira, com enfoque especial voltado ao desenvolvimento das habilidades técnicas e ao amadurecimento de concepções éticas e morais, além de inculcar na consciência jurídica a necessidade de proteção efetiva dos direitos fundamentais, especialmente daqueles indivíduos historicamente marginalizados e sem representatividade política. Cobre relevo destacar que não basta qualificarmos apenas nossos magistrados para o respeito irrestrito dos direitos fundamentais. Por essa razão ressaltamos a importância do recém formado **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos** desenvolvido pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos/Presidência da República, Ministérios da Educação e da Justiça e a UNESCO, que tem o intuito de **concretizar os direitos humanos e construir uma cultura voltada à construção permanente desses direitos, seja qual for o grau escolar**. Destacamos que o respeito aos direitos mínimos do homem deve ser ensinado desde a educação básica, criando-se desde o início da socialização humana uma cultura voltada ao respeito dos direitos humanos.

consistente de formação do juiz brasileiro é a única chave de edificação de um novo Judiciário”³⁷⁴.

Não obstante todos os obstáculos erguidos contra a efetividade da função jurisdicional, dentre os que apontamos anteriormente, devem os magistrados estar em constante aperfeiçoamento, pois, do contrário, as conseqüências serão danosas, tanto para aqueles que participam do processo ou que se sujeitam diretamente às decisões dele emanadas, quanto para o resto da sociedade. Não deve o magistrado parar de estudar e de se aprimorar, restando ultrapassado em seus conceitos e visões de mundo, pois como afirma José Eduardo Faria: “no exercício de suas funções judicantes, a magistratura forjou a partir do Estado Liberal uma cultura técnica própria que, hoje, revela-se em descompasso com a realidade”³⁷⁵. Afirma ainda que:

Apesar de seu empenho em resguardar valores tradicionalmente garantidos desde o advento do constitucionalismo moderno, esse poder também vem enfrentando o dilema de adaptar sua estrutura organizacional, seus critérios de interpretação e suas jurisprudências às situações inéditas no âmbito de uma sociedade urbano-industrial profundamente estigmatizada pelas contradições econômicas, pelos antagonismos sociais e pelos paradoxos políticos; uma sociedade cujos conflitos cada vez mais exigem, dos legisladores e dos magistrados, tutelas diferenciadas, novos direitos sociais e a proteção de interesses difusos, fragmentados ou coletivos³⁷⁶.

Dessa forma, o Judiciário alcança visibilidade, sendo grande os desafios que eclodem em sua alçada e que demandam, cada vez mais, um engajamento político e social dos juízes. Dando mostras desse novo papel assumido pela magistratura nos últimos anos e que influenciou, sobremaneira, a compreensão do Direito, argumenta Dalmo de Abreu Dallari que:

Quanto à possibilidade de que juízes venham a assumir um novo papel social e político muito mais ativo, em face do Direito novo, não há dúvida

³⁷⁴ NALINI, José Renato. **A Vocação Transformadora de Uma Escola de Juízes**. Revista da Escola Nacional da Magistratura – ano II, ed. n^o. 04, Brasília: ENM, 2007, p. 21.

³⁷⁵ FARIA, José Eduardo. **As Transformações do Judiciário em Face de suas Responsabilidades Sociais**. (org.) José Eduardo Faria. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. 1^a edição, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 53.

³⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 52.

de que essa possibilidade existe, mas, evidentemente, há necessidade de adaptação às novas circunstâncias. Essa adaptação começa pela formação dos futuros juízes que não poderão ser “devotos do Código”, legalistas formais ou “escravos da lei”, mas deverão prepara-se adequadamente para conhecer e avaliar com sensibilidade os fenômenos sociais que informam a criação do Direito e estão presentes no momento de sua aplicação, sem esquecer que a prioridade deve ser dada à pessoa humana, sem privilégios e discriminações³⁷⁷.

Assim, devem ser fomentadas mudanças na mentalidade daqueles que decidem a vida das pessoas e o destino do país. É preciso reeducar sua forma de pensar, reformando, não apenas seu pensamento³⁷⁸, mas também seu comportamento judicante, a fim de torná-lo interdisciplinar e adequado aos objetivos erguidos pela atual Constituição. Além disso, José Renato Nalini afirma que:

O juiz deverá exercitar diariamente sua consciência para se auto-indagar se tem sido fator de remoção de entraves à felicidade das pessoas ou se tem colaborado para afligi-las ainda mais. Se a sua postura como julgador tem sido útil, ou se poderia exigir-se mais. Se a sua conduta como cidadão privilegiado pelo sistema tem retransmitido à comunidade os bons exemplos, ou se tem sido causa de escândalo e descrença³⁷⁹.

Não obstante o dever de autocontenção e reflexão sobre o verdadeiro escopo da função jurisdicional, necessária se mostra a estruturação das carreiras jurídicas desde a graduação até o desenvolvimento da atividade profissional, sempre calcada em aspectos interdisciplinares (sociológicos, filosóficos, antropológicos, econômicos, pragmáticos etc.), que engendram compreensão mais crítica e criativa do Direito. Conforme Nalini:

O destino do juiz do milênio próximo é liberar-se dos contornos de um agente estatal escravizado à letra da lei, para imbuir-se da consciência de seu papel social. Um solucionador de conflitos, um harmonizador da sociedade, um pacificador. A trabalhar com categorias abertas, mais

³⁷⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Hora do Judiciário**. Revista da Escola Nacional da Magistratura, ano I, número 01, Brasília: ENM, p. 15-16.

³⁷⁸ No dizer de Edgar Morin: “A reforma de pensamento é uma necessidade democrática fundamental: formar cidadãos capazes de enfrentar os problemas de sua época é frear o enfraquecimento democrático que suscita, em todas as áreas da política, a extensão da autoridade dos *experts*, especialistas de toda ordem, que restringem progressivamente a competência dos cidadãos. Estes são condenados à aceitação ignorante das decisões daqueles que se presumem sabedores, mas cuja inteligência é míope, porque fracionária e abstrata” (**A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**, tradução de Eloá Jacobina, 4 ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 103-104).

³⁷⁹ NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 297.

próximo à equidade do que à legalidade, mais sensível ao sofrimento das partes, apto a ouvi-las e a encaminhar o drama para uma resposta consensual. Enfim, um agente desperto para o valor solidariedade, a utilizar-se do processo como instrumento de realização da dignidade humana e não como rito perpetuador de injustiças³⁸⁰.

Outro fator que merece destaque no desenvolvimento do constitucionalismo democrático, especialmente no que tange ao processo jurisdicional, é a possibilidade da participação de outros órgãos ou entidades nas decisões judiciais, a fim de influenciar no conteúdo das mesmas. Não se demonstra democrático a limitação interpretativa do direito a um grupo limitado de magistrados, ainda que plenamente capacitados e engajados nos problemas sociais.

Difícilmente um processo fechado ao círculo jurisdicional trará às pessoas o que elas realmente precisam. Assim, quando se trata de decidir a vida das pessoas o mais razoável e democrático é que se possibilite às mesmas participação no seu próprio destino, pois o reconhecimento só se torna efetivo se o “outro” integrar a decisão. Assim, no que tange à Jurisdição Constitucional essa participação deve ser ampliada, especialmente quando tratar questões de alta relevância político-social e em processos de controle concentrado de constitucionalidade.

Há uma nova forma de enxergar a função da Constituição e a função daqueles que a interpretam, ainda mais numa sociedade tão dinâmica e heterogênea quanto a nossa, desencadeando a necessidade de operacionalizar uma hermenêutica mais aberta, plural e procedimental³⁸¹, democratizando e legitimando o exercício da Jurisdição Constitucional. O sistema social é permeado de contradições, por isso, somente com uma democracia mais participativa poderemos apreender os verdadeiros anseios da sociedade.

³⁸⁰ *Idem*, p. 309.

³⁸¹ Sobre a interpretação aberta e procedimental, com a conseqüente ampliação do círculo de intérpretes da Constituição, cf. HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição)**, Tradução Gilmar Mendes, ed. Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1997. Vale destacar que, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a Lei 9.868/99 que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, prevê, expressamente, a possibilidade de manifestação e participação de outros órgãos ou entidades (*amicus curiae*), além da realização de audiências públicas, a fim de que a corte decida as questões constitucionais com o conhecimento de todas as suas implicações.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As idéias desenvolvidas ao longo do trabalho podem ser sintetizadas nas seguintes proposições:

1 A evolução do constitucionalismo, do Estado e dos direitos fundamentais estudada no primeiro capítulo do nosso trabalho, representa um fenômeno que decorre da evolução social e da exigência de novas posturas, especialmente por parte do Estado. No Estado Liberal, identificado pelas Constituições Defensivas, verifica-se a necessidade de proteção dos direitos e liberdades individuais (direitos fundamentais de 1ª dimensão), contra os abusos do poder estatal, comumente deflagrados no regime anterior. No Estado Social, identificado pelas Constituições Constitutivas, prevalece a demanda por direitos fundamentais de 2ª dimensão, ligados à promoção dos direitos sociais, econômicos e culturais. Já no atual Estado Democrático de Direito, verifica-se o enaltecimento da Constituição, bem como a expansão de uma 3ª dimensão dos direitos fundamentais, identificada pelo seu caráter metaindividual.

2 O neoconstitucionalismo indica uma nova perspectiva erigida no direito constitucional contemporâneo, fundada, especialmente, sobre três marcos fundamentais: 1) histórico; 2) filosófico e 3) teórico. O primeiro, erigiu-se na Europa Continental juntamente com as transformações ocorridas no 2º pós-guerra, sendo que no Brasil, forjou-se com a promulgação da CRFB/1988; o segundo, identifica-se com a reaproximação do direito à justiça e aos valores éticos (pós-positivismo), ocorrida, notadamente, após os marcos históricos apontados e o terceiro, intrinsecamente ligado ao recrudescimento da força normativa da Constituição, da ascensão dos princípios e da expansão da jurisdição constitucional, todos vinculados a um processo de constitucionalização dos direitos.

3 A jurisdição constitucional trabalhada no 2º capítulo da dissertação, decorrente do sistema de freios e contrapesos, é entendida como instância contramajoritária de defesa da Constituição, instada a controlar a constitucionalidade dos atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos, ou a omissão na prática de tais atos quando exigidos constitucionalmente. Instituída desde o célebre caso *Marbury vs. Madison* (1803), a jurisdição constitucional passou a ser adotada por

diversos países democráticos, encontrando-se em constante aprimoramento. No Brasil, foi a Constituição de 1891 que inaugurou o sistema de jurisdição constitucional, seguindo o modelo norte-americano. Hoje, o país adota um sistema misto, abarcando também o controle concentrado de constitucionalidade (modelo austríaco). Como toda função estatal, a jurisdição constitucional se presta à defesa da Constituição, dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

4 Quanto à efetividade do direito fundamental a igualdade (em sua concepção material), concluímos que tal desiderato é complexo e necessita de um esforço conjunto, envolvendo o indivíduo, a sociedade civil organizada e o Estado. Por isso, no terceiro e último capítulo do trabalho, analisamos a igualdade através do dever moral de reconhecimento, da atividade social desenvolvida pelo Terceiro Setor e da função jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário. Quanto ao problema central do trabalho, pontuamos que a jurisdição constitucional quando interpreta e aplica o direito aos casos submetidos à sua apreciação, tem papel fundamental na efetivação do direito fundamental a igualdade, especialmente pela sua característica contramajoritária (direito das minorias). Não pretendemos colocar a Jurisdição Constitucional como a solução para os problemas da desigualdade no país. Porém, concluímos que a remodelação política e social forjada na atual Constituição da República, somada às relutantes desigualdades sociais, induzem significativo aumento da contribuição jurisdicional na efetividade do direito fundamental a igualdade, o que exige dos atuais magistrados um “novo olhar” para as demandas que eclodem no país.

Por fim, concluímos que o principal escopo da jurisdição constitucional é a proteção dos direitos fundamentais, especialmente aqueles voltados à efetividade do direito fundamental a igualdade, e a conseqüente afirmação de grupos minoritários, o que vincula as construções jurisprudenciais à máxima operatividade da Constituição, enaltecendo seu ideal democrático e perseguindo seus objetivos fundamentais.

5 REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à Constituição: Um Atentado ao Poder Reformador**. Porto Alegre: Fabris, 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**, Trad. De Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. **Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Trad. por Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. **Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 6ª edição, São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. *Revista Diálogo Jurídico*. N. 15 – janeiro/fevereiro/março de 2007.

_____. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, Editora Saraiva, 1996

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**, 6ª edição, rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**, 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 28 abr. 2008.

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**, São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Conceitos Fundamentais sobre o Controle de Constitucionalidade e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. In SARMENTO, Daniel (org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. **Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom pra você também?)**, Revista de Direito Administrativo, n. 214, 1998.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**, Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Trad. Plínio Dentzien, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BARBERIS, Mauro. **Neoconstitucionalismo**. (In) Revista Brasileira de Direito Constitucional: Revista do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional. Escola Superior de Direito Constitucional, São Paulo: ESDC, 2006, v. I, n. 07.

BARBOSA, Joaquim B. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA**. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2001.

_____. **A Quebra de Mais um Tabu no Mundo Jurídico. Implantação e evolução da jurisdição constitucional na França**. Revista *In Verbis*. Caderno de Estudos, n. 25, ano 8.

BELLO FILHO, Ney Barros. **Sistema Constitucional Aberto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BITTENCOURT FILHO, José. **Acesso à justiça: por onde passa a desigualdade?** (Org.) Eneá Stuz e Almeida. **Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais**, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**, 2^a ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BLACK, Hugo Lafayette. **Crença na Constituição**, Trad. de Luiz Carlos F. de Paula Xavier, Rio de Janeiro: Forense, 1970.

- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1988.
- _____. **A Teoria do Ordenamento Jurídico**, trad. Claudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Pólis e UNB, 1989.
- _____. **O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo**, 6ª ed., tradução de Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- _____. **Estado, Governo e Sociedade: Para uma teoria geral da política**, 2ª. ed., tradução Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- _____. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. Trad. Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: UNESP, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRITTO, Carlos Ayres. **Auto-Estima no Ponto**. Revista Jurídica Consulex, ano XI, nº. 240, jan./2007.
- BRITO, José de Sousa e. **Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático**. (In) **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional**: Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993, Coimbra Editora, 1995.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.
- _____. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Fabris, 1988
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional Processual**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição, Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**, 2 ed., Coimbra, Ed. Coimbra, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direito Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Estudios de Derecho Procesal**. Trad. de Santiago Sentis Melendo, v. II, Buenos Aires: EJEA, 1952.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. (Org.) Fux, Luiz, Júnior, Nelson Nery e Wambier, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**, São Paulo: RT, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e os Direitos – elementos para uma crítica do direito contemporâneo**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

_____. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**, 2ª ed. revista atualizada e ampliada, São Paulo, RT, 2000.

_____. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. (Coord.) SAMPAIO, José Adercio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. Brasileira de J. Guimarães Menegale, v. II, São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 1969.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

CUNHA JR., Dirley. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**, São Paulo: Saraiva, 2004.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constituição, Direito e Utopia – Do Jurídico-Constitucional nas Utopias Políticas**, Coimbra Editora, 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **A Hora do Judiciário**. Revista da Escola Nacional da Magistratura, ano I, número 01, Brasília: ENM.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**, 2ª edição, São Paulo: RT, 1990.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, trad. De Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERNANDES, Rubem César. **Privado Porém Público**, Rio de Janeiro: Relume-Damará, 1994

FARIA, José Eduardo. **As Transformações do Judiciário em Face de suas Responsabilidades Sociais**. (org.) José Eduardo Faria. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. 1ª edição, São Paulo: Malheiros, 2005.

FALCÃO, Joaquim de Arruda. **Justiça Social e Justiça Legal: conflitos de propriedade no Recife**. (In) SOUSA Jr., J. G. de. (org.) **O Direito Achado na Rua**. Brasília, 1988

_____. **Democracia, Direito e Terceiro Setor**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas – normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: RT, 2001.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **A Constituição de 1988 e a Judicialização da política**. (in) Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Rio Grande do Sul, v. 12, 1996.

_____. **O Sistema Constitucional Brasileiro e as Recentes Inovações no Controle de Constitucionalidade (Leis n. 9.868, de 10 de novembro e n. 9.882/99, de 03 de dezembro de 1999)**, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 220, abr/jun 2000.

FRASER, Nancy. **Da distribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista**. Trad. Márcia Prates. In: Jessé de Souza (org.). **Democracia hoje: “novos desafios para a teoria da democrática contemporânea”**. Brasília: Ed. Unb, 2001.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas – A Responsabilidade do administrador e o Ministério Público**, São Paulo: Max Limonad, 2000.

GONÇALVES, William Couto. **Garantismo, Finalismo e Segurança Jurídica no Processo Judicial de Solução de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

GOMES, Edson. **Acorde, Levante, Lute**. Salvador: Atracção, 2001, 1 CD-ROM.

[Http://pt.wikipedia.org/wiki/Barack_Obama](http://pt.wikipedia.org/wiki/Barack_Obama). Acesso em 12 dez. 2008.

[Http://www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 20 jun. 2008.

[Http://www.pnud.org.br/pnud/](http://www.pnud.org.br/pnud/). Acesso em 02 dez. 2008

[Http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm](http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm). Acesso em 06 dez. 2008.

[Http://portal.mec.gov.br/prouni/](http://portal.mec.gov.br/prouni/). Acesso em: 24 ago. 2008.

[Http://pt.wikipedia.org/wiki/Fen%C3%B3tipo](http://pt.wikipedia.org/wiki/Fen%C3%B3tipo). Acesso em 11 dez. 2008.

[Http://www.suapesquisa.com/historiadobrasil/abolicao.htm](http://www.suapesquisa.com/historiadobrasil/abolicao.htm). Aceso em 12 dez. 2008.

[Http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=788](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=788). Acesso em 16 dez 2008.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe [UFPR] e Milton Camargo Mota; 2ª ed., São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição)**, Tradução Gilmar Mendes, ed. Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**, trad. Márcia de Sá Cavalcante. Parte I. 9. ed. Petrópolis, 2000.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Fabris, 1991.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direito e utopia**, São Paulo: Acadêmica, 1990.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 3ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

JELLINEK, George. **Teoría General del Estado**, Granada, Espanha: Editorial Colmares, 2000.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **A Sociologia do Direito no Brasil: introdução ao debate atual**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1993.

JUNIOR, Hermes Zaneti. **Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações Afirmativas à Brasileira: necessidade ou mito? – uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 6ª ed., trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1991.

_____. **Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KRELL, Andreas. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos.** *Revista de informação legislativa*, Brasília, nº. 144, out./dez. 1999.

LAKATOS, Eva Maria e MARCONI, Marina de Andrade. **Sociologia Geral**, 7ª ed., ver. e ampl. – São Paulo: Atlas, 1999.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**, São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1988.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**, 6ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação Civil Pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público**, São Paulo: LTr, 2001.

_____. **Direitos Metaindividuais**. São Paulo, LTr, 2004.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo civil**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Contitución**, Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1986.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**, octava edicion, Madri: Editorial Tecnos, 2004.

_____. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, 9ª ed., Madrid: Tecnos, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**, 2ª ed., São Paulo: RT, 2007.

MATTOS, Patrícia Castro. **A Sociologia Política do Reconhecimento: as contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser**, São Paulo: Annablume, 2006.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MAMAN, Jeannette Antonios. **Fenomenologia existencial do direito – crítica do pensamento jurídico brasileiro**, São Paulo: Quartier Latin, 2ª. edição 2003.

MELLO, Cláudio Ari. **Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito.** *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 224, abr. 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª edição, 11ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, Coimbra, Ed. Coimbra, 1998.

MORIN, Edgard, **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**, tradução de Eloá Jacobina, 4 ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª ed., São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA, Vital. **Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional**. (In) **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional**: Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993, Coimbra Editora, 1995.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**, São Paulo: Max Limonad, 1998.

NAVES, Nilson. **Instalação da Escola Nacional de Formação de Magistrados**. Revista da Escola Nacional da Magistratura – ano II, ed. nº. 04, Brasília: ENM, 2007.

NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. **A Vocação Transformadora de Uma Escola de Juízes**. Revista da Escola Nacional da Magistratura – ano II, ed. nº. 04, Brasília: ENM, 2007.

NOBRE, Ana Karen. **Formalismo Jurídico: o formalismo jurídico e o mito da neutralidade estrita**. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 7, nº. 13, 2004.

OLIVEIRA, Kanduca. **Coleção Concursos Públicos: atualidades e conhecimentos gerais**. V. 6.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **O juiz e o princípio do contraditório**. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 18, nº. 71, jul./set. 1993.

PAZZOLO, Suzana. **Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da Constituição**. (In) Revista Brasileira de Direito Constitucional: Revista do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional. Escola Superior de Direito Constitucional, São Paulo: ESDC, 2006, v. I, n. 07.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**, 2ª edição, São Paulo: RT, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**, 2ª edição, São Paulo: RT, 2003.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Teoria do Direito e do Estado**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

RESKIN, Bárbara. **Affirmative Action in Employment** – Washington: American Sociological Association, 1997.

RIOS, Roger Raupp. **Ações Afirmativas no Direito Constitucional Brasileiro: reflexões a partir de debate constitucional estadunidense**. (Coord.) Ingo Wolfgang Sarlet. **Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2005/2005**, – Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – **AJURIS**, vol. I, Tomo I, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. In Revista Trimestral de Direito Público, nº. 15/1996.

ROSENFELD, Michel. **Affirmative Action and Justice**, New Haven: Yale University Press, 1991.

SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**, 11. ed. – São Paulo: Cortez, 2006.

_____. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. **A Universidade no Século XXI: para uma reforma democrática e emancipatória da universidade**. 2ª edição, São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Frei David. **Ações Afirmativas e o Judiciário: o papel da magistratura nas demandas sociais**. Revista da Escola Nacional da Magistratura, ano II, nº. 3, abr. 2007.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 49.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. In SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) **Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa. O que é o Terceiro Estado?** Editora Liber Juris, 1988.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª edição, São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, São Paulo: Malheiros, 1999.

SOWELL, Thomas. **Ação Afirmativa ao Redor do Mundo: estudo empírico**. Trad. De Joubert de Oliveira Brízida, Rio de Janeiro: Universidade, 2004.

SOUZA e BRITO, José de. **Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático**, in Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio do 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra Editora, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. **As Constituições sociais e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental: uma década de Constituição**, Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**, 4ª ed., 5ª tir., São Paulo: Malheiros, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. Celso Bastos Editor, 1998

_____. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 6ª edição, São Paulo: RT, 1989.

THERBORN, Göran. **Globalização e desigualdade: questões de conceituação e esclarecimento**. Sociologias, Porto Alegre, nº. 6, Dec. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S151745222001000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 Nov. 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **A cidadania multidimensional da era dos direitos.** In TORRES, Ricardo Lobo (Org.) **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VERDÚ, Pablo Lucas. **El Sentimiento Constitucional: Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política,** Madrid: Reus, 1985.

VILLALÓN, Pedro Cruz. **Legitimidade da Justiça Constitucional e Princípio da Maioria.** (In) **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional: Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993,** Coimbra Editora, 1995.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência.** Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr., Brasília: UNB, 1979.