



UNIVERSIDADE ESTADUAL VALE DO ACARAÚ
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ
Curso de Especialização em Direito Constitucional

Luiz Ferreira da Silva Júnior

DIREITOS FUNDAMENTAIS E LEGITIMIDADE
POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DO PODER
JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE
POLÍTICAS PÚBLICAS

FORTALEZA
2008

Luiz Ferreira da Silva Júnior

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E LEGITIMIDADE
POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DO PODER
JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE
POLÍTICAS PÚBLICAS**

Monografia apresentada à
Universidade Estadual Vale do Acaraú
como requisito parcial para obtenção
do título de Especialista em Direito
Constitucional.

Orientador: Prof. Ms. Flávio José Moreira Gonçalves

FORTALEZA
2008

Luiz Ferreira da Silva Júnior

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E LEGITIMIDADE
POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DO PODER
JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE
POLÍTICAS PÚBLICAS**

Monografia apresentada à Universidade Estadual Vale do Acaraú como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional.

Monografia Aprovada em: 05 / 12 / 2008

Orientador: _____
Prof. Ms. Flávio José Moreira Gonçalves

1º Examinador: _____
Prof. Ms. Juraci Mourão Lopes Filho

2º Examinador: _____
Prof. Dr. Edilson Baltazar Barreira Júnior

Coordenador do Curso

Prof. Ms. Flávio José Moreira Gonçalves

Ficha catalográfica – Biblioteca Roberto Jorge Feitosa de Carvalho

S586t Silva Júnior, Luiz Ferreira da.
Direitos Fundamentais e Legitimidade Político-Constitucional do Poder Judiciário no Controle de Políticas Públicas. / Luiz Ferreira da Silva Júnior – 2008.
184 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (especialização) – Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Pós-Graduação em Direito Constitucional, Fortaleza, 2008.

Orientação: Prof(a): Flávio José Moreira Gonçalves.

1. Direitos Fundamentais. 2. Políticas Públicas. 3. Controle. 4. Poder Judiciário. I. Título

CDDir:341.27

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho a todos aqueles que pugnam por um Brasil destituído de injustiças, que lutam pela prevalência dos direitos fundamentais, que acreditam na capacidade do ser humano de se harmonizar com seus iguais e com o ambiente em que vive e, acima de tudo, dedico esse trabalho a todos que nunca perdem a esperança de um país melhor, essa brava gente brasileira que diuturnamente luta por uma Pátria livre.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que sempre está comigo nos momentos difíceis, e alegres.

Agradeço a todos que depositam confiança em mim, que estão lado a lado na minha trajetória de formação e aperfeiçoamento pessoal e profissional.

Agradeço aos meus pais pelo apoio prestado, me permitindo realizar o presente trabalho.

Agradeço especialmente à Emília de Araújo Marques, companheira em todos os momentos.

“Seguir, não forçar, a tendência popular, dar uma direção, uma forma, uma aparência técnica e uma sanção específica ao sentimento geral da comunidade. É a verdadeira finalidade da legislação.”

Edmund Burke

RESUMO

Direitos fundamentais e legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário, tema do trabalho monográfico a que se logrou concretude exsurgiu da análise do atual estágio do desenvolvimento jurídico-social em que, ao lado da difusão e do processo de reafirmação dos direitos fundamentais, advêm conflitos entre Estado, iniciativa privada e o indivíduo, tendo como principal mediador o Poder Judiciário. Tal ambiência vem a ser verificável com maior facilidade no tocante à implementação de políticas públicas, levando-se a aquilatar se em face da atual convicção acerca da garantia da eficácia dos direitos fundamentais detém o Poder Judiciário legitimidade político-constitucional para exercer o controle de Políticas Públicas. O estudo da legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário em face dos direitos fundamentais possui significativa importância na dirimção de controvérsias acerca da intervenção judicial nos demais poderes, quando se está diante do descumprimento de uma norma constitucional de direito fundamental. Outrossim, a análise do tema visa igualmente elencar os fundamentos direcionados ao reconhecimento da legitimidade político-constitucional no controle de políticas públicas, partindo da teoria dos direitos fundamentais, com base no Moderno Constitucionalismo e na Moderna Hermenêutica. O primeiro capítulo versa sobre os direitos fundamentais como fundamento da legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, abrangendo as teorizações mais relevantes acerca do tema dos direitos fundamentais, tendo em vista a relevância na fundamentação da decisão judicial mediadora das políticas públicas. O segundo capítulo abrange a interpretação e eficácia dos direitos fundamentais segundo a Moderna Hermenêutica e o Moderno Constitucionalismo, buscando-se a análise dos procedimentos interpretativos e fundamentos hermenêuticos de que se vale o Judiciário no controle de políticas públicas, vindo a fundamentar a sua legitimidade político-constitucional para tanto. No terceiro capítulo adentra-se na segunda parte da monografia, envolvendo a constatação da legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário no controle de políticas públicas. A pesquisa teve por base a investigação bibliográfica e documental com a utilização de critérios descritivos e exemplificativos, no afã de demonstrar a reposta afirmativa à proposição formulada. O estudo do tema proporcionou como resultados a convicção de que o Poder judiciário não só detém legitimidade político-constitucional para o exercício controle de políticas públicas, tendo como principais subsídios os direitos fundamentais e os processos atuais de interpretação das normas constitucionais, como tal legitimidade vem a ser necessária à preservação da segurança jurídica, liberdade, supremacia da Constituição Federal e estabilidade democrática. Contudo, salientou-se que tal atribuição do Judiciário não deveria extrapolar os limites impostos pelas normas constitucionais e pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, nem deveria se perenizar por toda a vida social, tendo em vista a possibilidade de acarretar um esvaziamento dos demais Poderes em face da politização do Judiciário.

Palavras chave: Direitos Fundamentais. Políticas Públicas. Controle. Poder Judiciário.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO FUNDAMENTO DA LEGITIMIDADE POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS	17
1.1 CONCEPÇÃO E UNIDADE AXIOLÓGICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E OS DIREITOS DO HOMEM.....	18
1.1.1 Direitos do Homem.....	19
1.1.2 Direitos Humanos.....	21
1.1.3 Direitos Fundamentais.....	24
1.1.4 Unidade Axiológica entre Direitos do Homem, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.....	27
1.2 AS DIMENSÕES DE DIREITOS E SOMATÓRIO AXIOLÓGICO AMPLIATIVO.....	29
1.3 AS FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	34
1.3.1 A função defensiva.....	35
1.3.2 A função promocional ou prestacional.....	36
1.3.3 A função informativa.....	37

1.4 DIMENSÃO OBJETIVA E SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	39
1.5 POSIÇÃO ENCICLOPÉDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	44
1.6 IMPORTÂNCIA DA TEORIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA SE AUFERIR A LEGITIMIDADE POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	59
2 INTERPRETAÇÃO E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA MODERNA HERMENÊUTICA E NO MODERNO CONSTITUCIONALISMO.....	61
2.1 CARACTERÍSTICAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUA RELAÇÃO COM A SATISFAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	64
2.1.1 A Constituição Democrática.....	65
2.1.2 A Constituição Analítica.....	66
2.1.3 A Constituição Rígida.....	67
2.1.4 A Constituição Escrita.....	68
2.1.5 A Constituição Plástica.....	69
2.1.6 A Constituição Aberta.....	70
2.2 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL EM FUNÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	72

2.3 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E A VINCULAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	76
2.4 A CONCEPÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO COMO ÁRVORE NORMATIVA.....	84
2.5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE INTERPRETAÇÃO APLICÁVEIS À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	87
2.5.1 Princípio da Supremacia Constitucional.....	88
2.5.2 Princípio da Força Normativa da Constituição.....	89
2.5.3 Princípio da Máxima Efetividade Constitucional.....	89
2.5.4 Princípio da Unidade da Constituição.....	90
2.5.5 Princípio da Conformidade ou Justeza Constitucional.....	91
2.5.6 Princípio da Concordância Prática ou da Harmonização.....	91
2.5.7 Princípio do Efeito Integrador.....	92
2.5.8 Princípio da Interpretação Conforme a Constituição.....	93
2.6 COLISÃO E HARMONIA ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	94
2.7 ESPÉCIES NORMATIVAS CONSTITUCIONAIS E A VINCULAÇÃO DO PODER PÚBLICO.....	97
2.7.1 A obrigatoriedade da inovação legislativa pelo Poder Legislativo.....	100
2.7.2 A eficácia imediata dos direitos fundamentais.....	103

3 LEGITIMIDADE POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	109
3.1 CONCEITOS INICIAIS APLICÁVEIS: O QUE VEM A SER, “POLÍTICAS PÚBLICAS” E “LEGITIMIDADE POLÍTICO-CONSTITUCIONAL”.....	111
3.2 CONTEÚDO JURÍDICO AXIOLÓGICO E POLÍTICO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A POSIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.....	114
3.3 LEGITIMIDADE POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	118
3.3.1 Limitações Administrativas e Legislativas do Poder em face da Competência do Poder Judiciário.....	122
3.3.2 Defesa do Interesse Democrático pelo Poder Judiciário.....	126
3.3.3 Provimento judicial político no controle de constitucionalidade.....	130
3.4 EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E LEGITIMAÇÃO DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	135
3.5 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO NA DETERMINAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	142
3.6 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SATISFAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM FACE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	145
3.6.1 O Controle Jurisdicional dos atos do Poder Executivo na Implementação de Políticas Públicas.....	148

3.6.2 O Controle Jurisdicional dos atos do Poder Legislativo na Implementação de Políticas Públicas.....	158
3.6.3 Inaplicabilidade da Cláusula da Reserva do Possível e Garantia do Mínimo Existencial Efetivo.....	166
3.6.4 Proibição do Retrocesso e Controle Jurisdicional de Políticas Públicas.....	171
3.7 A CONSEQÜENTE POLITIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO.....	174
CONCLUSÃO.....	178

INTRODUÇÃO

O Direito, na realidade hoje vivenciada, pode ser bem representado na figura de um “rio”, em razão da constante evolução a que vem sendo submetido, a fim de desaguar na consecução de direitos fundamentais, individuais e coletivos, subjetivos e objetivos. Por seu turno, assim como o rio que necessita de margens para se saber seu curso, bem como para se navegar com uma maior firmeza, o Direito necessita de limites por onde possa percorrer em segurança os seus destinatários, extirpando a casuística que, nos mais das vezes, culmina em afogar no leito caudaloso do corpo hídrico jurídico o mínimo de estabilidade, necessária ao próprio aprimoramento do Direito e sua conformação com a realidade social, política, econômica e cultural dos povos.

De fato, a era vivenciada se apresenta na forma de uma sociedade em constante e frenética mutação. Não existe mais o espaço mínimo de transição antes perceptível, de forma que a concepção formulada em um dia, no outro já não mais se acha adequada aos interesses dos titulares e destinatários de normas jurídicas.

Contudo, apesar do cenário prévio de caos que possa aparecer, sendo esse até mesmo uma necessidade evolutiva da nossa sociedade, o fato é que o direito não se estagnou. Em verdade, o sistema normativo jurídico vem se adaptando à realidade cambiante, capacidade essa impensável em tempos pretéritos de base positivista pura, em que o império da Lei não permitia o seu cotejar com a realidade vivenciada, vindo a ser impensável a adequação do texto às aspirações sociais com vista à concretização do fundamento de justiça.

Tal comensalismo entre o Direito e os influxos políticos, econômicos, culturais, sociais e tecnológicos, demonstra o resgate da ciência jurídica, da análise e observância de valores éticos e filosóficos, o que vai culminar na integração entre as doutrinas positivistas e naturalistas, proporcionando a ambiência adequada ao desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais.

O reconhecimento de que o Estado Democrático de Direito, antes de tudo, é um Estado de efetivação concreta dos direitos fundamentais, sem o qual perde a sua essência, possibilitou o surgimento de novas idéias voltadas à redemocratização do Estado, abrindo as portas para um pós-positivismo jurídico marcado pela supremacia e força normativa da Constituição Federal.

O Estudo do Direito Constitucional ficou permeado de novos conceitos, como normatividade dos princípios, interpretação conforme a Constituição, filtragem constitucional, mutação constitucional, ponderação e proporcionalidade, jurisdição constitucional, dentre outros que denunciam uma nova era do Constitucionalismo Democrático.

Todavia, tal redemocratização não se apresenta de todo pacífica, tendo em vista o caráter dirigente de nossa Constituição, prevendo uma gama variada de direitos, muitas vezes colidentes. Dessa forma, faz-se necessário que o exegeta busque sempre a interpretação de maior conformidade com a Constituição Federal, de forma a não desvirtuar o sistema normativo constitucional nem postergar um direito fundamental em face de outros, e é justamente aí que se revela inarredável ao Estado Democrático de Direito a função judiciária.

A força normativa da Constituição Federal e a supremacia dos direitos fundamentais proporcionaram a teorização de dois entendimentos: a necessidade de observância ao texto constitucional imperativo; e a possibilidade de controle dos demais Poderes pelo Poder Judiciário.

Por seu turno, as políticas públicas, como instrumento de concretização de direitos fundamentais, visto que de origem constitucional, em muitas vezes não se adequam ao propósito previsto na Constituição Federal, servindo aos mais diversos interesses, configurando verdadeiro desvio de poder voltado à satisfação de grupos, e é justamente nesse ponto que se faz primordial o controle exercido pelo Poder Judiciário.

Todavia, o controle judiciário das demais funções do Estado, bem como das políticas públicas, não se dá de forma pacífica, travando-se, em verdade embates jurídicos em que os pontos principais vêm a ser o princípio da separação dos poderes, a

necessidade de garantia do mínimo existencial efetivo e a cláusula da reserva do possível.

Isso posto, diante da necessidade de se criar uma teorização sólida acerca da prevalência dos direitos fundamentais, voltada a justificar o controle constitucional do Poder Judiciário incidente sobre os demais Poderes, sobretudo no tocante à implementação de políticas públicas, bem como em face da importância de formar bases de atuação mais seguras aos profissionais do Direito, principalmente aos magistrados, visto que nas mãos desses estará o provimento concretizador do direito fundamental, se procedeu à elaboração do presente trabalho monográfico, abordando o tema “Direitos Fundamentais e Legitimidade Político-Constitucional do Poder Judiciário no Controle de Políticas Públicas.

O tema escolhido teve como foco principal demonstrar que em face da atual convicção acerca da garantia da eficácia dos direitos fundamentais detém o Poder Judiciário legitimidade político-constitucional para exercer o controle de Políticas Públicas. Para tanto, o desenvolvimento foi direcionado à uma explanação inicial acerca dos direitos fundamentais, passando pela identificação da interpretação e eficácia de tais direitos segundo a ótica jurídica hodierna e concluindo-se com a aplicação da temática abordada nos dois primeiros capítulos na constatação da legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário no controle de políticas públicas.

A fim de conferir os subsídios necessários à elaboração do trabalho monográfico, a pesquisa utilizada voltou-se à análise da bibliografia mais atualizada, bem como análise documental, com preponderância de documentos obtidos por meio da rede mundial de computadores, retirados basicamente das páginas eletrônicas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

No primeiro capítulo, intitulado “Direitos Fundamentais como Fundamento da Legitimidade Político-Constitucional do Poder Judiciário no Controle de Políticas Públicas”, o interesse objetivado foi de apresentar os pontos proeminentes da teoria dos direitos fundamentais voltado ao objetivo de constatação da afirmação fundamental, ou seja, “se em face da atual convicção acerca da garantia e da eficácia dos direitos fundamentais, detém o Poder Judiciário legitimidade político-constitucional para

exercer o controle de Políticas Públicas”, partindo-se da concepção inicial dos direitos fundamentais à sua inserção no texto na Constituição Federal, salientando ao final a relevância dessa teorização para o tema central.

O segundo capítulo, tendo como título “Interpretação E Eficácia Dos Direitos Fundamentais Segundo a Moderna Hermenêutica e o Moderno Constitucionalismo”, envolve a identificação dos novos pensamentos advindos da evolução dos conceitos de Constituição, Ordem Constitucional e Teoria Constitucional, notadamente no que diz respeito à interpretação e eficácia dos direitos fundamentais. A temática abordada possui relação direta com a legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, visto que a esse Poder se atribui a prerrogativa de defesa e proteção de tais direitos segundo a Constituição Federal.

O terceiro capítulo, com o título “Legitimidade Político-Constitucional do Poder Judiciário no Controle de Políticas Públicas”, aborda o tema central, voltado a demonstrar a legitimidade do Poder Judiciário na intervenção dos demais Poderes, quando se tratar de implementação de políticas públicas, fazendo-se tal controle proeminente quando se está diante de lesão a direito fundamental, seja por comissão, seja por omissão. Nesse capítulo se faz a junção da matéria explanada nos dois primeiros, demonstrando a necessidade de interligação entre as temáticas tratadas, a fim de se chegar à demonstração da legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário no controle de políticas públicas em face da atual convicção acerca da garantia e eficácia dos direitos fundamentais. Com efeito, o desenvolvimento do capítulo abrange da identificação de conceitos aplicáveis ao tema tratado à conseqüente politização do Poder Judiciário no direito brasileiro.

Em suma, a monografia envolve em três capítulos os fundamentos necessários para identificação da legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário no controle de políticas públicas em face do atual estágio dos direitos fundamentais, trazendo novos enfoques e tratamento diferenciado de algumas matérias, como a aplicação do princípio da independência e harmonia entre os Poderes.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO FUNDAMENTO DA LEGITIMIDADE POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A temática sobre direitos fundamentais, notadamente a sua evolução e reconhecimento no estágio atual do constitucionalismo, remonta à crescente reformulação substancial do Poder Judiciário, voltado à uma jurisdição constitucional de índole concretista.

Concomitantemente ao movimento de concretização das normas de direitos fundamentais, constata-se uma verdadeira evolução do sistema de controle dos atos públicos implementado pelo Poder Judiciário, possibilitando a intervenção dessa função estatal em searas antes impensáveis, tendo como uma das justificantes a incapacidade de concretização dos objetivos constitucionais pelas demais funções de Estado, plenamente verificável quando se trata de implementação de políticas públicas.

Com efeito, advém desse cenário intervencionista um trinômio que visa orientar a presente produção intelectual, baseado nos direitos fundamentais, legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário e controle de políticas públicas.

A aceitação da legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário no controle de Políticas Públicas, bem como o avanço da jurisdição na concretização da Constituição Federal, estão jungidos à concepção atual dos direitos fundamentais e à sua aplicação voltada à satisfação social.

Em razão desse elo de interligação, torna-se imprescindível adentrar na temática dos direitos fundamentais como um prelúdio ao tema central, de forma a propiciar um entendimento mais escorreito acerca das justificativas em se admitir a possibilidade do controle de políticas públicas pelo Judiciário, uma vez demonstrada a sua legitimidade político-constitucional.

Convém salientar que o presente trabalho não se deterá a uma longa digressão acerca dos direitos fundamentais, notadamente em razão da vastidão de pensamentos, argumentos e

teorias que envolvem esse tema, o que não torna o conteúdo da monografia incipiente, mas sim com foco na temática central, envolvendo os principais argumentos da legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário no controle de políticas públicas.

Com efeito, inicialmente urge conferir um tratamento adequado acerca da concepção do que vem a ser direitos fundamentais, identificando seus elementos, sua evolução, as funções a que se prestam, a disposição normativa constitucional e as principais justificativas da sua mudança na atual dogmática constitucional.

1.1 CONCEPÇÃO E UNIDADE AXIOLÓGICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E OS DIREITOS DO HOMEM

Definir o que vem a ser direitos fundamentais evidencia uma tarefa árdua, desempenhada pelos juristas ao longo dos tempos, tendo em vista que o conteúdo dos direitos fundamentais encerra uma significativa abstração. Ademais, os direitos fundamentais constam de um rol exemplificativo, necessariamente, pois além da sua ampla necessidade de compatibilização no tempo com o evoluir da sociedade cambiante, logra agregar novos princípios antes impensáveis, fruto do evoluir humano.

Com efeito, se por um lado é inviável elencar taxativamente os direitos fundamentais, cumpre se aquilatar como um direito torna-se fundamental, que razões levaram a lhe imputar essa feição, qual seria o objetivo, o que se destina, qual será o seu relacionamento com os seus titulares e destinatários. O porquê de um direito ser fundamental pode ensejar três principais variações, de acordo com os titulares e destinatários dos direitos, bem como em face do sistema em que é concebido.

Não obstante a significativa abertura axiológica dos direitos fundamentais, o que se verifica é que em determinados Ordenamentos Jurídicos há uma positivação mínima, reconhecida como fundamental por um determinado grupo, sob um território definido, em determinada época e que cultuam dos mesmos valores. Adrede a este regramento haverá

princípios não positivados, mas que defluem dos próprios valores subjacentes ao regramento normativo.

Por outro lado, há direitos que, afora não previstos nesse mesmo Ordenamento específico, veiculam normas similares, albergadas em um Ordenamento geral, visando tutelar os mesmos bens jurídicos, mas com algumas peculiaridades, notadamente em relação à amplitude dos seus titulares, não havendo uma limitação geográfica.

Há, ainda, direitos destituídos de uma positivação definida, portanto mais gerais, mais abstratos, influenciando a delimitação dos demais direitos e servindo como axiomas universais fundadores dos demais direitos.

Dessa forma, dizer que um direito é fundamental, valendo-se do sentido literal do termo, leva-se a perquirir se a sua fundamentalidade reside em um sistema normativo específico, em um sistema normativo geral, ou em um sistema não-normativo cujos preceitos integram a substância dos dois primeiros.

Decorre dessa trílice conceituação a necessidade de especificar o que se entende por Direitos do Homem, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, esclarecendo ao fim a unidade axiológica que os vincula quando da proteção e implementação de tais direitos.

1.1.1 Direitos do Homem

São aqueles outorgados a todos os seres viventes que detêm a condição humana, bastando unicamente tal característica à sua vindicação, defesa e proteção. Trata-se de direitos de cunho naturalista, sem uma positivação definida e com predominância do conteúdo moral, sendo despicienda a prescrição normativa a fim de conferir-lhes validade.

Revelam direitos que imanam da própria condição humana, inerentes ao indivíduo e que nele se realizam. Não requerem, portanto, qualquer outro atributo como requisito para serem usufruídos por seus titulares, dispensando-se que o homem esteja vinculado a uma

ordem jurídica pré-constituída, razão pela qual são dotados de significativa universalidade e abstração.

São exemplos de tais direito a liberdade, igualdade, o direito à vida e à propriedade.

Apesar da ausência de positivação, pode-se admitir em tese, em face da atual evolução dos sistemas normativos, que a busca pela previsão normativa dos direitos do homem vem a ser um direcionamento voltado a garantir a sua própria eficácia concreta. Tanto assim o é que na Declaração Universal dos Direitos Humanos expressamente se verifica um direito à institucionalização de direitos em seu artigo 28, sendo essa uma maneira de garantir sua proteção na ordem internacional e interna estatal¹.

Tais direitos podem ser concebidos como fundamentais, segundo a literalidade da palavra, tendo em vista que qualquer ação no sentido de deturpar-lhes o sentido ou sobrepujar o seu objetivo configuraria a própria negação da condição humana da pessoa, enquanto titular de direitos humanos. Dessa forma, a fundamentalidade reside na indissociabilidade do direito em relação ao seu titular, bem como na necessidade de ser resguardado, sob pena de aviltar a própria condição humana.

Robert Alexy² prescreve que os direitos não positivados, além de serem caracterizados como morais, fundamentais, universais e abstratos, são também preferenciais, sendo esse último predicado de relevância fundamental à concretização fática dos direitos do homem, pois segundo o citado autor:

O direito do homem ao direito positivo não é um direito do homem ao direito positivo de qualquer conteúdo, mas um direito positivo que respeita, protege, e fomenta os direitos do homem, porque é justamente o asseguramento dos direitos do homem que fundamenta o direito do homem ao direito positivo, dotando-o de legitimação. A observância dos direitos do homem é uma condição necessária para a legitimidade do direito positivo.

¹ A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi celebrada pela Resolução 217, durante a 3ª Assembléia Geral da ONU, em Paris, França, em 10 de dezembro de 1948. No seu preâmbulo pode se visualizar a necessidade de institucionalização do direito, “considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão”. Verifica-se a mesma orientação no texto do seu artigo 28, ao prescrever que “toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados”.

² ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.47.

Dessa forma, os Direitos do Homem serão preferenciais ao direito positivado porque esse último, logrando realizar a validade jurídica do primeiro, somente será legítimo se a previsão normativa comportar a satisfação do direito do homem, ou seja, sua eficácia jurídica e efetividade social. Trata-se de um direito a um direito plasmado em uma norma de justiça. É desse entendimento que decorre a fundamentação de que mesmo o Poder Constituinte Originário não é absoluto, devendo pautar a produção jurídica fundamental em observância à dignidade da pessoa humana e aos valores albergados por determinada sociedade, em certo lugar e época.

Cumprido reconhecer que os direitos do Homem inegavelmente estão espargidos na grande maioria sistemas normativos conhecidos, ganhando uma força vinculante mais acentuada decorrente do desenvolvimento da relação entre as pessoas jurídicas de direito internacional, o que veio a subsidiar o surgimento dos direitos humanos.

1.1.2 Direitos Humanos

Diferentemente dos direitos do homem, os direitos humanos já revelam uma positivação do seu conteúdo. Todavia, essa previsão normativa acontece no plano internacional, mantendo um caráter universal por independe de o indivíduo estar submetido a determinada ordem constitucional específica, pois tais direitos são reconhecidos a todos os povos.

Têm esses direitos fundamentos na própria concepção de pessoa. Tais direitos, segundo Mazzuoli³, tiram o seu suporte de validade da dignidade da qual toda e qualquer pessoa é portadora.

Os direitos humanos são ditos universais em face de que a condição única e suficiente para que se possa desfrutar-lhes da titularidade é a condição de pessoa, não se exigindo nenhum outro requisito. Nesse sentido cabe salientar o entendimento de Paulo Bonavides⁴:

³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007,p.673

⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 574

A nova universalidade procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da tríplice geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser homem deste ou daquele país, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano objeto daquela universalidade.

Outrossim, são considerados indivisíveis pelo fato de que os direitos civis e políticos devem formar uma unidade juntamente com os direitos sociais, culturais e econômicos. O fundamento para esse conceito de direitos humanos está presente no art. 5º da Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993⁵:

"Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e eqüitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais".

Acerca da questão da indivisibilidade explicita Hildebrando Accioly:⁶

A indivisibilidade possui duas facetas. A primeira implica reconhecer que o direito protegido apresenta uma unidade incindível em si. A segunda faceta, mais conhecida, assegura que não é possível aplicar apenas alguns dos direitos humanos reconhecidos e aceitar a vulneração dos outros. Pelo contrário, há a necessidade de respeito e garantia de todas as espécies de direitos humanos, que seja os já tradicionais direitos individuais, que sejam os chamados sociais. De fato é necessário salientar que a proteção de direitos humanos orbita em torno da preservação da dignidade da pessoa humana, sendo impossível, então, cindir tal proteção por espécie de direito.

Se todo o sistema de direito humano concorre para garantia da dignidade da pessoa humana, sobrepujar somente um já poria a termo todo aparelhamento jurídico. Exemplificativamente, jamais se poderia conceber a proteção à vida se, de outro lado, permitisse o exaurimento dos recursos ambientais, pois o primeiro estaria arruinado.

Outrossim, a dignidade da pessoa humana, base de fundamentação dos direitos humanos, não se qualifica pela absoluta cindibilidade e especificação desses direitos, mas, ao contrário, prescreve laços de interdependência e inter-relação que constituem sua própria substância.

⁵ BRASIL. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Declaração e programa de ação de Viena de 1993. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>>. Acesso em: 1 set 2008.

⁶ SILVA, G. E. do Nascimento, ACCIOLY, Hildebrando. Manual de direito internacional público. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 368

Além das características já mencionadas, defluem da natureza dos direitos humanos e da sua relação com seus titulares e destinatários, como salienta Mazzuoli⁷ a essencialidade, a irrenunciabilidade, inalienabilidade, inexauribilidade e imprescritibilidade, visto que possuem significativa relevância à pessoa humana, não cabendo ao seu titular dispor de forma a desnaturar-lhe a função, sendo insuscetível de extinção pela sua fruição ou não.

Ressalte-se que os direitos humanos, dentro de uma acepção ampla, tendo essa como inarredável para a sua efetivação, abrangem não somente os preceitos delimitadores de poder e protecionistas da vida. Consubstanciam princípios que guardam consonância com a busca da plenitude da dignidade humana, ao mesmo tempo em que resguardam o mínimo necessário e intangível que possibilita a identificação de tal dignidade.

Os direitos humanos representam princípios que nos tempos hodiernos são imbuídos de força normativa, representando sempre uma declaração positiva, prevendo direitos e ações por meio das quais são exercidos, bem como uma declaração negativa, impondo a contenção de condutas que importem em lesão à condição humana ou aos direitos dela inerentes, o que vem a ser exemplificado por Geraldo Eulálio e Hildebrando Acioly⁸:

Em relação ao sistema da Convenção Americana de Direitos Humanos, observa-se que o art. 1.1 da Convenção estabelece que o Estado fica obrigado a zelar pelo respeito dos direitos humanos reconhecidos e de garantir o seu exercício por parte de toda pessoa que é sujeita à sua jurisdição. Essa obrigação de respeito implica obrigação de não-fazer, que se traduz na limitação do poder público em face dos direitos do indivíduo. De acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o exercício da função pública tem limites que derivam dos direitos humanos, atributos inerentes à dignidade humana e, em conseqüência, superiores ao poder do Estado. Já a obrigação de garantia representa uma obrigação de fazer, que consiste na organização, pelo Estado, de estruturas capazes de prevenir, investigar e mesmo punir toda violação, pública ou privada, dos direitos humanos.

Convém salientar que o atual sistema normativo internacional dos direitos humanos se constitui em uma plêiade de documentos influenciadores de todos os ordenamentos intrastatais, sendo os principais a Carta da ONU de 1945, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Convenção Americana dos Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais, e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

⁷ Op.cit.

⁸ Ibidem., 2002, p. 360.

No direito brasileiro os principais instrumentos de inclusão de normas internacionais de direitos humanos residem nos parágrafos 2º, 3º e 4º do artigo 5º da Constituição Federal, o que vem a demonstrar um alargamento da proteção do indivíduo na ordem interna, agregando valores reconhecidos internacionalmente e que, em razão da sujeição do Brasil aos Tratados de Direitos Humanos dos quais faz parte, tornam-se como parâmetros de observância obrigatória.

Com efeito, os Direitos Fundamentais inegavelmente sofrem influência da normatização internacional, convergindo para uma maior proteção da dignidade da pessoa humana no âmbito interno de cada Estado. Subsiste, portanto, a necessidade de adentrar na temática dos Direitos Fundamentais, a fim de traçar um vínculo com a legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário.

1.1.3 Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais remontam a um sistema de direitos reconhecidos e positivados constitucionalmente dentro de uma ordem interna estatal que lhes garanta supremacia e força normativa sobre as demais leis, sendo assim reconhecidos em razão da relevância impostergável para a manutenção da dignidade dos indivíduos de determinada sociedade, bem como em virtude dos valores adotados pelo respectivo Estado.

Trata-se de direitos incluídos com base em uma decisão política fundamental, podendo ser submetidos a reformulações e aperfeiçoamentos de acordo com o evoluir das relações sociais, bem como de acordo com a capacidade de adequação, abertura normativa e rigidez da norma fundamental que irá traçar os objetivos do Estado.

A concepção de Direitos Fundamentais é bem esclarecida por Pérez Luño, citado por Yngo Wolfgang⁹, que pondera:

[...] possuem um sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.38.

Direito Positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.

Todavia, os direitos fundamentais não se definem exclusivamente pelos traços formais justificadores da diferenciação quanto à positivação em relação aos direitos do homem e direitos humanos. Em verdade a concepção de Direitos Fundamentais está jungida a aspectos bem mais elevados no ponto de vista axiológico, notadamente por está imanente ao Estado Democrático de Direitos e ao constitucionalismo.

Em um primeiro momento a tese da defesa do mínimo indisponível, caracterizado pelas liberdades públicas fundamentais, fez insurgir um rol de direitos fundamentais, integrando a base constitucional fundamentadora da limitação do poder estatal, bem como a separação dos poderes de legislar, executar e julgar. Nota-se, portanto, que inicialmente esses direitos inarredáveis do cidadão detinham uma feição eminentemente de defesa, vindo a constituir as bases do Estado de Direito.

Não obstante à concepção de instrumento de defesa dos indivíduos, quanto às ingerências políticas, elemento arraigado nos ordenamentos jurídicos vigentes, aos Direitos Fundamentais, com o evoluir do Estado, foram agregadas novas noções voltadas à legitimidade das ações governamentais e à satisfação concreta de tais direitos pelo Estado com a adoção de ações promocionais.

Isso posto, o Estado Democrático de Direito deve ser reconhecido em razão da tríplice função dos direitos considerados fundamentais, ou seja: a) os direitos fundamentais dispensam aos seus titulares um mandado de insurgência contra ações estatais que injustificadamente tendem a limitar ou extirpar tais direitos da ordem constitucional, ou que diretamente os afrontem; b) os direitos fundamentais, enquanto constituídos sob um documento que traduz a essência do Estado, tendem a direcionar as ações governamentais, de forma que considerar-se-ão legítimas somente as que se voltarem á observância obrigatória de tais direitos; c) por fim, os direitos fundamentais não se constituem unicamente em normas interpretativas ou ideológicas, mas sim em verdadeiros mandados de satisfação que vinculam todo o Estado.

Somente há que se falar em ordem constitucional democrática diante da satisfação dos direitos em razão da sua tríplice fundamentalidade. Dessa forma, a validade dos direitos fundamentais, dentro de um ordenamento jurídico, não se perfaz diante da mera previsão de supremacia na norma fundamental, mas requer que lhes seja emprestada a força normativa concreta capaz de garantir a satisfação material em prol dos seus titulares, obrigando o Estado a garantir os meios e a ambiência necessária a fim de atingir tal desiderato.

Nota-se que as noções de Estado Democrático de Direito, direitos fundamentais e Constituição são realidades que convivem e se desenvolvem inseparavelmente, não se concebendo a subsistência do Estado de Justiça Moderno sem a conjugação desses três elementos.

Com efeito, a doutrina constitucional mais abalizada corrobora com o entendimento supracitado, como o faz Canotilho¹⁰, *in verbis*:

Independentemente das densificações e concretizações que o princípio do estado de direito encontra de forma expressa ou implícita no texto constitucional, é possível sintetizar os pressupostos materiais subjacentes a este princípio da seguinte forma: (1) juridicidade, (2) constitucionalidade; (3) direitos fundamentais.

Inclinando-se à mesma conclusão conclui Ingo Wolfgang¹¹:

[...] há como sustentar que, além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e Direitos Fundamentais, estes sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida de legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente.

Cumprido salientar que a efetivação dos direitos fundamentais no plano formal e material, se constitui em base para o exercício do princípio democrático da autodeterminação dos povos. Contudo, cabe especificar que a realização do princípio democrático não se perfaz somente no seu reconhecimento como norma fundamental, mas requer, como condição complementar inafastável, a satisfação da dignidade da pessoa humana, principalmente no que concerne ao seu direito ao desenvolvimento intelectual, sem o qual o princípio democrático se subsume em mera indicação ideológica.

¹⁰CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 2003, p. 243.

¹¹ Ibid. p. 74

A positivação dos direitos fundamentais não deve ser entendida como a abolição do seu conteúdo valorativo. Nem cabe defender a tese da absoluta supremacia da lei positivada, em contrapartida dos valores que a subjazem.

O elemento axiológico compõe o direito fundamental pela sua própria razão de ser, bem como justifica a sua adoção por uma ordem jurídica estatal que o reconheceu como postulado aceitável e necessário ao povo que lhe compreende. Ademais, esse próprio elemento valorativo vem a ser indispensável à compatibilização do direito institucionalizado às aspirações sociais, contribuindo para a própria evolução da sua noção, bem como da satisfação pugnada pela coletividade.

Tecidas as devidas considerações no presente tópico, resta discorrer acerca da unidade existente entre direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais, salientando que em relação a esse último as questões atuais mais específicas serão contempladas oportunamente.

1.1.4 Unidade Axiológica entre Direitos do Homem, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

Não obstante a conceituação apresentada nos tópicos pretéritos, a diferenciação entre direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais reside basicamente no instrumento que os serve de positivação, na abrangência dos seus titulares e destinatários e no grau de satisfação de tais direitos.

Os direitos do homem, destituídos de uma positivação, abrangem todo o conjunto de seres humanos em razão dessa só qualidade, mas a sua satisfação concreta é bem reduzida. Já os direitos humanos possuem uma matriz internacional de positivação, espargindo seus preceitos por todos os povos, sendo que apesar da sua aplicação depender da soberania de um Estado, a sua realização já obtém um patamar mais elevado e crescente nos últimos tempos com a adoção de mecanismos de coerção internacional, como as sanções econômicas.

Quanto aos Direitos Fundamentais, com um número de titulares mais reduzido, estão circunscritos a um território ou à qualidade de nacional, vez que tem por fundamento a positivação segundo uma ordem normativa pertinente a cada Estado. Possui um grau de satisfação maior em relação aos conceitos de direitos até aqui discorridos, pois envolvem a aplicação do próprio texto de normas aprovado pela coletividade jungida a determinado Estado

Afora tais aspectos diferenciadores, o que ocorre é uma verdadeira junção entre esses direitos na defesa do indivíduo. A tutela dos direitos e bens atrelados à dignidade da pessoa humana não preceitua uma cindibilidade entre o ordenamento interno, o internacional e os valores mundialmente reconhecidos. Não se quer objetá-los, mas dispô-los à satisfação de uma finalidade fundamental comum do indivíduo.

Com efeito, a positivação da ordem interna inegavelmente sofreu e continua sofrendo influxos da legislação mundial. Tal fenômeno pode ser facilmente visualizado no período que sucedeu às duas grandes guerras, quando foi aprovada a Carta das Nações Unidas, com a instituição da ONU, bem como em virtude da celebração da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A exemplo do que se preconiza pode ser citada a nossa Constituição Democrática de 1946.

Outrossim, cabe salientar que o processo de constitucionalização de valores universais, ou adoção de preceitos internacionais positivados em razão da similitude de fundamento com os objetivos traçados pelo Estado, não importa em sobrepujar a validade moral em face da validade jurídica, tendo em vista a necessidade de garantir a legitimidade interna.

Não se deve olvidar que a positivação dos Direitos do Homem não implica na redução do seu espectro de validade e força. Na verdade a positivação implica em uma aceitação geral naquela ordem jurídica de ser necessário e querido por todos, agregando, portanto, valores da legitimidade e juridicidade. Nesse ponto, esclarece Robert Alexy¹² que a travessia dos direitos do homem para direitos positivados não significa a sua desnaturação, pois os direitos dos homens tanto não perdem a validade moral, quanto adquirem uma validade jurídico-positiva.

¹² Ibid., p. 47.

Há, portanto uma inegável unidade axiológica entre direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais. Referida unidade pode ser visualizada até mesmo em documentos internacionais de direitos humanos, como se verifica na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, ou Pacto de São José da Costa Rica¹³, nas intenções do preâmbulo:

Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos;

Reconhece, igualmente, essa unidade axiológica Ingo Wolfgang¹⁴, ao prescrever a necessidade de não esquecer que, historicamente, os direitos humanos e fundamentais radicam no conhecimento, pelo direito positivo, de uma série de direitos naturais do homem, assumindo uma dimensão pré-estatal e, para alguns, supra-estatal.

Ademais, a própria produção jurisprudencial, vez ou outra, se utiliza do direito comparado na solução de um caso concreto, demonstrando a possibilidade de legislações de ordenamentos diversos estarem assentadas sobre uma mesma pedra angular valorativa.

Cumprе salientar que a tendência de unificação em torno de uma legislação mundial é evidente, tanto em razão da formação de blocos regionais como a União Européia, quanto em face da crescente celebração de tratados internacionais de direitos humanos, integrando valores reconhecidos internacionalmente ao ordenamento jurídico interno.

1.2 AS DIMENSÕES DE DIREITOS E O SOMATÓRIO AXIOLÓGICO AMPLIATIVO

A unanimidade da doutrina afirma que no plano histórico os direitos fundamentais podem ser representados por meio de gerações, ou dimensões, preferindo alguns autores a segunda terminologia tendo em vista que a adoção da primeira poderia acarretar no falso pensamento de que os direitos fundamentais estão escalonados em patamares diferentes,

¹³ BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: < http://www2.mre.gov.br/dai/m_678_1992.htm>. Acesso em: 1 set 2008.

¹⁴ Ibid., p. 36.

sendo que em verdade há união, propiciando assim o desenvolvimento do elemento axiológico-normativo.

Outrossim, o uso do termo “gerações”, para designar as perspectivas históricas dos direitos fundamentais, poderia ensejar uma fundamentação esdrúxula da legitimação de derrogação de garantias ou direitos afetos ao rol dos fundamentais, com fulcro na falsa idéia de que somente imanavam da dignidade humana os primeiros a surgirem como manifestação do ser, como a vida e a liberdade, ou, de forma contrária, que haveria uma derrogação de direitos fundamentais mediante a sucessão das gerações.

Nesse sentido, Paulo Bonavides¹⁵ (2006, p. 563) afirma que os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o que vem bem a traduzir a idéia que os direitos fundamentais não se sucedem com a sua evolução, mas em verdade somam-se, demonstrando aí um dos fundamentos do princípio da proibição do retrocesso.

Com efeito, deve ser salientado que o estudo das dimensões dos direitos fundamentais se constitui em elemento imprescindível ao bom entendimento da evolução desses direitos, notadamente quando se faz em conjunto com o desenvolvimento do Estado, como esclarece Ingo Wolfgang, citando K. Stern¹⁶:

É necessário frisar que a perspectiva histórica ou genética assume relevo não apenas como mecanismo hermenêutico, mas principalmente, pela circunstância de que a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. Neste contexto, há que dar razão aos que ponderam ser a história dos direitos fundamentais, de certa forma (e, em parte, poderíamos acrescentar), também a história da limitação do poder.

Ante às considerações iniciais tecidas, cumpre adentrar na temática das dimensões dos direitos fundamentais, salientando que a maioria doutrina informa a presença de três perspectivas históricas, inobstante alguns autores preverem a existência de uma quarta e quinta dimensão.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais remonta aos ideais liberais burgueses, constituindo o rol de direitos cujo objetivo primordial é a proteção do indivíduo em face do

¹⁵ Ibid., p.563.

¹⁶ Ibid. p. 43.

Estado. Tratam-se, portanto, de direitos de liberdade, exprimindo uma dupla feição de defesa do indivíduo e de abstenção do Estado (direitos a uma ação negativa estatal).

A titularidade de tais direitos demonstra elevado traço subjetivista, cabendo aos indivíduos a sua fruição, pertencendo à sua esfera de disponibilidade particular.

Essa dimensão de direitos fundamentais envolve os clássicos direitos civis e políticos, consubstanciados nos direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão têm como características básicas a titularidade atribuída aos grupos sociais, bem como a imposição ao Estado do dever prestacional, de adoção de uma conduta positiva voltada à satisfação dos direitos fundamentais.

Subjacente ao surgimento da segunda dimensão dos direitos fundamentais estava o reconhecimento de que a garantia formal dos direitos individuais de ação e defesa contra o Estado não eram suficientes à implementação da dignidade humana, subsistindo necessidades inafastáveis que pugnavam por uma proteção e implementação por parte do Poder Público.

Não se cuida, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim liberdade por intermédio do Estado (Ingo, 2007, p.57). Tratam-se dos direitos a que o Estado está incumbido de prestar a todo o seio social, elencando a assistência social, educação, trabalho saúde, previdência, alimentação dentre outros. São os direitos sociais, econômicos e culturais.

Convém salientar que os direitos fundamentais de segunda dimensão albergam tanto a prestação em si, como as manifestações decorrentes desta, ou seja, a disposição de direito fundamental requer uma satisfação plena pelo Estado. A garantia do trabalho e da saúde, por exemplo, se perfazem tanto na realização material desses direitos, mediante a instituição de políticas públicas voltadas à geração de emprego, quanto na garantia da liberdade de sindicalização e greve, no caso do trabalho, bem como na instrumentalização de meios de reivindicação da promoção da saúde¹⁷.

¹⁷ O art. 196 da Constituição Federal revela o caráter dúplice do direito fundamental à saúde, prescrevendo uma prestação pelo o Estado e uma forma de reivindicação pela sociedade, ao consubstanciar que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

A segunda dimensão dos direitos fundamentais rendeu ensejo à elaboração de constituições dirigentes, programáticas, com um extenso rol de direitos sujeitos à prestação positiva pelo Estado. Apesar da garantia constitucional que lhes é inerente, a sua implementação atual não se encontra em um patamar compatível com a noção de dignidade humana, justificando a ingerência do controle judicial contra o Poder Público com vista à sua satisfação concreta.

Por fim, não se deve olvidar que se em um primeiro momento os direitos fundamentais preconizaram uma igualdade formal, perante a lei, nessa segunda etapa se visa a uma igualdade material, na lei.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão se caracterizam pela amplitude de seus titulares. Não são deferíveis de forma individual, mesmo que em determinado caso possa figurar apenas uma entidade ou pessoa a pleitear sua proteção, pois necessariamente exprimem um interesse coletivo, transindividual, difuso. Ante a esse aspecto, preceitua Paulo Bonavides¹⁸ que tais direitos têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termo de existencialidade concreta.

Tais direitos revelam a necessidade de frear o exercício das liberdades públicas. Se em um momento pugnava-se pela liberdade, agora se faz necessária a delimitação dessa mesma liberdade, tendo por base os ditames da segurança jurídica e do estabelecimento da paz social

Ao lado da amplitude da titularidade, reside igualmente a amplitude dos destinatários, tendo em vista que todos se encontram envolvidos no processo de implementação, como é o caso do direito a um meio ambiente equilibrado, somente factível com a conjugação de todos os indivíduos, abrangendo até mesmo países.

O surgimento dessa terceira dimensão decorreu do crescimento desordenado mundial e de uma industrialização destituída de progressividade sócio-ambiental e econômica.

Com efeito, os direitos de terceira dimensão envolvem tanto um fazer como um não fazer por parte do Estado. Ou seja, se por um lado ao Poder Público é dada a incumbência de

¹⁸ Ibid., p. 569.

realizar uma prestação voltada à satisfação do direito, concomitantemente lhe e atribuído o dever de não praticar qualquer ação que venha a postergar o direito tutelado. A essa dúplici função dos direitos fundamentais pode ser atribuída a acepção de função informadora da atividade estatal.

No estágio atual dos direitos fundamentais, alguns autores preconizam a existência de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais, fundada no exercício direto e na eficácia imediata de tais direitos. Tal dimensão decorreria do nível de desenvolvimento humano hodierno proporcionado pelo avanço da tecnologia e pelas novas feições agregadas aos direitos fundamentais já consolidados, principalmente em relação aos de primeira geração.

Tal tese é defendida com maior veemência por Paulo Bonavides¹⁹, segundo o qual os direitos de quarta dimensão abrangem basicamente os direitos à informação, à democracia direta e ao pluralismo, tendo em vista que deles decorrem a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade.

Decorre essa quarta dimensão da globalização política dos direitos fundamentais, em que o homem detém a consciência e a capacidade para a vindicação, proteção e defesa desses direitos. Nota-se que igualmente vem a subsidiar essa nova dimensão a eficácia imediata dos direitos fundamentais, não cabendo uma discussão, mas sim uma implementação concreta em face da titularidade e destinação ao homem.

Com efeito, o desenvolvimento dessa quarta dimensão dos direitos fundamentais depende necessariamente do espargir do conhecimento e da convicção política do homem enquanto elemento fundamental e principal destinatário de um sistema jurídico, da crença de que as normas são feitas em prol da coletividade, e não para submissão, desmandos e interesses individuais de quem o era para representar.

Nesse ponto, há de se entender que os direitos fundamentais de quarta dimensão dependem da concretização de um direito fundamental primordial de segunda geração, ou seja, a educação, tanto formal como materialmente.

Por fim, reforçando o que inicialmente foi preconizado, a concretização dos direitos fundamentais não se implementa com a cisão entre as suas dimensões, pois em verdade há

¹⁹ Ibid., p.571.

uma verdadeira interligação axiológica, e até jurídica. Constituem um elo inquebrantável cujo fim precípua vem a ser efetivar a dignidade da pessoa humana.

1.3 AS FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As funções dos Direitos Fundamentais se identificam com o respectivo momento histórico de afirmação de tais direitos, podendo revestir-se como instrumentos de defesa, satisfação ou promoção social e informação da atividade estatal, quando aqui estão presentes as duas outras funções.

Há que se esclarecer que os direitos fundamentais, em dada perspectiva histórica, não se vinculam com exclusividade a uma única função, como a defensiva em seus primórdios. O que de fato ocorre é superposição de determinada função em razão da conjectura histórica vivenciada no seio da sociedade.

Dessa forma, as funções de defesa, prestação social e de informação da atividade estatal sempre fizeram parte da historicidade dos direitos fundamentais, ocorrendo em determinadas épocas a sobreposição de alguma das funções sobre as demais, mas nunca a sua absoluta inexistência.

A dignidade da pessoa humana, como aqui já assentado, se perfaz com a plenitude dos direitos fundamentais, considerando-se atualmente que a concreção desses direitos somente é realizada quando presentes as funções que justificam o seu fundamento de existência, ou seja, quando o sistema normativo vigente em determinado Estado possibilita o desenvolvimento das funções de defesa, promoção e informativa dos direitos fundamentais.

O reconhecimento das funções dos direitos fundamentais imana da própria concepção de Estado Democrático de Direito, de forma que a ausência de uma importa na inexistência da outra. Ou seja, se em determinada ordem jurídico-normativa, não obstante a previsão de tais direitos, não lhes for possibilitado o desenvolvimento de suas funções, aí não haverá um Estado Democrático de Direito, não havendo que se falar, igualmente, em satisfação da dignidade da pessoa humana e proteção ao mínimo existencial efetivo.

Isso posto, cumpre adentrar na temática das funções dos direitos fundamentais.

1.3.1 A função defensiva

É a função primeira que imana dos direitos fundamentais, a de que o seu titular possa se valer dos meios necessários, adequados e suficientes à eficaz prevalência do seu direito fundamental em face da ação do Estado ou da ação privada decorrente da superioridade econômica.

Advém da função de defesa o postulado universalmente aceito segundo o qual a todo direito compreende uma ação apta a reivindicar a sua satisfação.

Com efeito, a função defensiva tem por base dois preceitos que lhe dão substância, revelando a sua natureza dúplice. São eles o direito a uma ação negativa do estado, exprimindo a abstenção de proceder, e o direito de insurgência do indivíduo quando há um descumprimento de tal dever do estado. Nesse sentido bem salienta Canotilho²⁰, *in verbis*:

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam num plano jurídico-subjetivo o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Cumpre salientar que a função defensiva, expressa na vertente em que legitima o exercício positivo de um direito fundamental, pode ser direcionada a objetar uma ação omissiva do estado quando no seu conteúdo revela uma comissão de não agir.

Dessa forma, o indivíduo pode se valer da função defensiva quando o Estado violar o seu dever de não deixar de fazer, ou seja, quando a abstenção de proceder passa a requerer uma conduta do Poder Público, tendo em vista que a omissão viola um direito fundamenta. É o dever, portanto, de não se omitir.

²⁰ Ibid., p. 408.

Nesse ponto a Constituição Federal dispõe de dois mecanismos destinados a suprir essa conduta omissiva, que são a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a fim de tornar efetiva norma constitucional, e o Mandado de Injunção, quando 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, nos termos dos artigos 103, §2º e 5º, LXXI do texto constitucional.

1.3.2 A função promocional ou prestacional

A função promocional dos direitos fundamentais está mais evidente nas constituições programáticas, dirigentes, analíticas como assim é a Constituição Brasileira, em que há uma previsão de extenso rol de direitos que consubstanciam um dever do Estado de implementá-los.

Com efeito, a função prestacional dos direitos fundamentais compreende três imposições ao Estado, envolvendo os deveres de implementação normativa, institucional e da prestação em concreto, abrangendo, respectivamente, a elaboração legislativa necessária à regulação e exercício dos direitos, o desenvolvimento de meios suficientes e adequados à prestação, como a construção de hospitais e escolas, e a disponibilidade do serviço e auxílio material, como a contratação de pessoal adequado e distribuição gratuita de medicamentos e tratamento médico-hospitalar.

Não se deve olvidar que inerente à função promocional está a obrigação do Estado em empreender proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos quando forem alvo de alvedrio por particulares. Dessa forma, por exemplo, sendo dever do Estado assegurar e proporcionar condições de trabalhos dignas, quando essas se encontram vilipendiadas por parte do empregador surge a obrigação do Estado em restabelecê-las por meio do exercício do poder de polícia.

A implementação dos direitos fundamentais torna-se discutível ao se aquilatar quanto à possibilidade do indivíduo pleitear a satisfação do seu direito diante da absoluta inação do

Estado, ou seja, quando sequer há a legislação pertinente esmiuçando a forma de prestação e fruição do direito.

De fato, a supremacia formal e material dos direitos fundamentais, a sua força normativa, a indisponibilidade de sua implementação concreta, bem como o postulado segundo o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, §1, Constituição Federal), são fundamentos suficientes à obrigatoriedade da satisfação pelo Estado dos direitos pleiteados pelo titular.

Dessa forma, os direitos fundamentais, quando há verdadeira inação pelo Estado, podem ser postulados com base no estatuto maior, ou seja, a própria Constituição Federal, em face da eficácia imediata que lhes confere substância, bem como em virtude da máxima eficácia que deve perseguir a aplicação das normas constitucionais.

Atualmente a jurisprudência tem se inclinado à satisfação concreta dos direitos fundamentais, principalmente quando se está diante da mora legislativa. Todavia, desse entendimento surgem outras questões que serão discutidas *a posteriori*, interligadas à legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário no controle das políticas públicas.

1.3.3 A função informativa

A função informativa, por sua vez, visa fundamentar a ação do Estado e de todos, de forma que todo e qualquer ato advindo de um particular ou de um agente estatal deve ter por fim precípua a concretização dos direitos fundamentais. A ação estatal deve ser informada à realização dos direitos fundamentais.

Referida função serve de subsídio para vincular o direcionamento da ação estatal em prol dos direitos fundamentais. Dessa forma, ela envolve não somente a função promocional e defensiva, tendo em vista o seu direcionamento a toda e qualquer ação estatal.

Com efeito, a função informativa dos direitos fundamentais também se aplica às relações entre particulares, preceituando que o fim visado não se pode desvincular da

satisfação dos direitos fundamentais, tendo como exemplo a inafastabilidade da função social da propriedade e dos contratos.

Outrossim, a função informativa visa à máxima amplitude dos direitos fundamentais, ramificando seus postulados por todo o ordenamento jurídico, e por todas as relações sociais, de modo que a formação de uma relação jurídica seja condicionada à sua observância.

Dessa forma, os direitos fundamentais seriam satisfeitos espontaneamente, sem a necessidade de imposição coercitiva, pois já seriam necessários à implementação das ações de Estado, bem como das ações privadas.

Convém salientar que a função informativa propugnada não se confunde com as funções específicas e direcionadas à implementação concreta dos direitos fundamentais, mas há, na verdade, um mutualismo entre ambas voltadas à eficácia universal dos direitos fundamentais.

Tal função guarda relação com a evolução histórica dos direitos fundamentais para uma quarta dimensão, baseada na democracia direta, direito à ampla informação e ao pluralismo, corroborando com o fenômeno da globalização política e universalização dos direitos.

Nota-se que função informativa dos direitos fundamentais está relacionada com a perspectiva objetivo-valorativa de tais direitos, no sentido de que, segundo Ingo Wolfgang²¹, os direitos fundamentais determinam uma ordem dirigida ao Estado incumbindo-lhe da obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais, não obstante a existência de regras e princípios específicos de concretização.

Todavia, seria ingenuidade pregar a total inexistência de conflito entre direitos fundamentais quando da implementação da função informativa. De fato, essa é uma realidade inerente à amplitude dos titulares e destinatários, razão pela qual se fará necessária a devida ponderação e proporcionalidade, com o fim de que a aplicação de um direito não incorra no fenecimento de outro.

²¹ Ibid., p.171

1.4 DIMENSÃO OBJETIVA E SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O estudo das funções dos direitos fundamentais revela que há uma destinação objetiva e subjetiva aferível da análise do mesmo texto normativo. Dessa forma, verifica-se que ao mesmo tempo em que o direito fundamental pode ser requestado individualmente, haverá possibilidade de a própria sociedade exercer tal direito contra o Estado. Esse duplo aspecto rende ensejo ao desenvolvimento do que a doutrina denomina de dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais remonta aos valores, princípios, interesses sociais que serviram de subsídio à decisão política fundamental institutiva do sistema normativo, plasmados na Constituição Federal, bem como às normas que, fixadas como fundamentais, de supremacia constitucional, conferem legitimidade às demais ações do Estado na sua maior amplitude, abrangendo as funções executiva, legislativa e judiciária.

Significa, portanto, a perspectiva de que tais direitos são deferidos objetivamente a todos, constituindo a pedra angular do próprio sistema normativo, e, portanto, de titularidade coletiva.

Pode-se dizer que a dimensão objetiva seria a própria ordem constitucional estabelecida, vindicada por todos e destinada a todos, informando o agir do Estado e dos particulares de acordo com os direitos fundamentais albergados pela norma constitucional fundamental, positivados ou não, servindo como substrato de legitimação.

Dessa forma, além de prescrever o atuar estatal de forma genérica, segundo a sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais condicionam a atuação do Legislativo do Executivo e do Judiciário, tendo em vista a limitação ao exercício da competência legiferante quanto à forma e à matéria veiculada, a vinculação da regulamentação das leis e a interpretação da legislação infraconstitucional conforme os preceitos fundamentais, ao solucionar o caso concreto.

Há de ser ressaltado que além das normas destinadas à organização do estado, ao exercício do poder e às diretrizes constitucionais a que o Estado está obrigado implementar, em conformidade com o artigo 3º da Constituição Federal²², a dimensão objetiva dos direitos fundamentais também envolve as garantias constitucionais procedimentais, tendo em vista que estas são conferidas objetivamente a todos, sendo um mecanismo de proteção, defesa e exercício dos direitos fundamentais como é o caso do *habeas corpus*, do mandado de injunção e do direito de petição.

Outrossim, pode-se mencionar como integrante da dimensão objetiva dos direitos fundamentais as garantias institucionais, isto é, aquelas voltadas a defender certos institutos que a ordem social reputou indispensáveis, como é o caso da proteção da família. Por outro lado, as garantias institucionais também podem ser especificadas segundo a relevância fundamental para a sobrevivência de determinados órgãos, funções e cargos do Estado, salientado como exemplo as garantias dos juízes e dos membros do Ministério Público, bem como as prerrogativas dos parlamentares.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais se justifica pelo fato de que da disposição textual de determinado direito fundamental pode se extrair duas normas, uma no sentido subjetivo e outra no sentido objetivo. Exemplificando, da mesma forma que o direito à manutenção da vida pode ser reivindicado individualmente por cada indivíduo que esteja sofrendo alguma ameaça, ao Estado cumpre, igualmente, além de resguardar vida desse mesmo indivíduo, assegurar esse direito a todos do meio social por se constituir em um direito fundamental objetivamente conferido a qualquer pessoa, realizável tanto por meio da efetiva implementação de política pública de segurança, como através desenvolvimento da política de saúde pública.

Outro campo onde a dimensão objetiva pode ser revelada se relaciona com as normas de processo. De fato, poder-se-ia prenotar que o processo se submete a um interesse específico e determinado de natureza subjetiva, todavia tal entendimento não vem a ser o mais correto, pois, além da previsão do processo abstrato no ordenamento jurídico pátrio, como é o caso das ações diretas de inconstitucionalidade, as normas de processo revelam uma

²² O artigo 3º da Constituição Federal estabelece uma série de diretrizes, programas que vinculam a atuação do Estado. Tratam-se de objetivos fundamentais cuja ordem constitucional dotou de força cogente, abrangendo

dimensão objetiva baseada nos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da inadmissibilidade no processo de provas ilícitas, dentre outros insculpidos no artigo 5º da Carta Fundamental²³.

Tal aspecto da dimensão objetiva dos direitos fundamentais revela o que Ingo Wolfgang²⁴ descreve como mais-valia jurídica no sentido de um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais. Além da vertente jurídica da dimensão objetiva, há também a vertente axiológica, convindo citar o entendimento do supracitado autor²⁵:

Os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de defesa) devem ter sua eficácia valorada não só sob o ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar.

Cumprido salientar que, se por um lado o exercício dos direitos fundamentais decorre da imposição de sua dimensão objetiva, essa mesma dimensão não lhes restringe o aperfeiçoamento e a adequação social.

Nesse sentido, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, jurídica e valorativa, sempre está suscetível ao influxo de novas formas de manifestação da reivindicação do indivíduo e da sociedade. A exemplo do que se preconiza, pode ser citada a admissibilidade da união homoafetiva, a manipulação genética, a possibilidade de utilização de células tronco para tratamento em seres humanos, dentre outras situações decorrentes do atual avanço da sociedade tecnológica.

Outrossim, cumpre ressaltar que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais compreende também a sua eficácia dirigente e irradiante, voltada a informar toda a compreensão do sistema normativo e a direcionar a atividade Estatal e particular à observância da ordem constitucional, bem como a sua eficácia horizontal, tendo em vista serem oponíveis perante as relações privadas, não se constituindo em elementos de livre disposição, pois não se coadunam com uma absoluta liberdade do seu usufruto e exercício.

²³ Os princípios do devido processo legal, e do contraditório e ampla defesa, expresso no artigo 5º, incisos LIV e LV, são garantias imanentes da própria concepção do Estado Democrático de Direito. Representam verdadeiros instrumentos de defesa e consecução dos direitos fundamentais. Em face da proeminente função que os princípios do devido processo legal e da ampla defesa representam para os direitos fundamentais, boa parte da doutrina entende que está diante de verdadeiros sobreprincípios destinada à proteção dos indivíduos.

²⁴ Ibid., p.169.

²⁵ Ibid., p. 170.

Passada a análise da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, impende adentrar na sua dimensão subjetiva, assim entendida a forma de acontecer o direito para o seu titular, de acordo com o seu entendimento e interesse, complacente com as suas necessidades. Retrata a norma jurídica especificamente considerada em razão do direito pleiteado, constituindo a funcionalidade intangível que o preceito jurídico traz para o seu titular no caso concreto.

Dessa forma, a dimensão subjetiva ora sob explanação revela a feição multifacetada dos direitos fundamentais, implicando uma ampla variedade de postulação, de acordo com o seu titular, a necessidade, o destinatário e a ambiência da relação jurídica.

Com efeito, o direito à vida pode ensejar uma variedade subjetiva de direitos. Exemplificando, a manutenção da vida não significa unicamente a proteção da incolumidade e a preservação compleição funcional biológica do ser humano, mas em verdade envolve outros aspectos inerentes à dignidade, como a garantia de um mínimo existencial. Em situação diametralmente oposta, o direito a uma vida digna, para alguém que dependente de tratamento médico adequado e específico, ganha outra feição, voltada à necessidade de convalescimento do próprio organismo.

Não se deve olvidar que a dimensão subjetiva dos direitos não é reconhecida única e exclusivamente em relação ao indivíduo em si considerado, podendo ser verificada em relação a um grupo, comunidade ou associação que vem a reivindicar determinada prestação específica em razão da necessidade subjetiva externada, como se verifica ao se pleitear a interdição de obras de drenagem de um corpo hídrico por esse ser o único meio de aquisição de capacidade econômica de determinada comunidade.

Por seu turno, a busca pela afirmação do direito pleiteado pode levar o seu titular à representação perante as três funções essenciais do Estado. Com o advento de um movimento crescente de afirmação da democracia direta, a fim de viabilizar a eficácia dos direitos fundamentais, vem se desenvolvendo vários instrumentos dialógicos destinados a fornecer um liame direto entre Estado e o indivíduo, mas que ainda é utilizado de forma incipiente.

De fato, a instância que ainda prevalece como defensora e concretizadora dos direitos fundamentais é, indubitavelmente, o Poder Judiciário, tendo em vista, principalmente, a

função institucional de proteção da Constituição Federal e de pautar o seu atuar em conformidade com a ordem constitucional vigente.

Cumpra salientar que a dimensão subjetiva, tendo por base a afirmação de um direito individualmente considerado, não deixa de ser palco de embates entre diversos interesses, titulares e destinatários, quando então se fará necessária a aplicação da devida ponderação, ou até afastamento de determinada regra em razão de sua ilegitimidade ou inconstitucionalidade.

Trazendo à tona a questão das normas inconstitucionais, pode haver discussão acerca da existência de uma dimensão subjetiva, no controle de constitucionalidade abstrato de normas. Há de se crer que a dimensão subjetiva pode sim se fazer presente em determinadas ocasiões, como é o caso da aceitação ou não da manipulação de células tronco destinadas ao tratamento médico de pacientes.

Nesse caso, é evidente o interesse subjetivo de cada indivíduo no que tange à decisão a favor da constitucionalidade da legislação permissiva, pois os influxos dela advindos farão a diferença concreta em uma pessoa fazer ou não determinado tratamento em prol da manutenção ou resgate da completude da dignidade de sua vida.

Em verdade a dimensão objetiva deve ser direcionada à efetivação da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Da mesma forma, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais deve servir ao processo de evolução da primeira, fazendo agregar novos valores e feições antes não concebidos, que informam o movimento de constante legitimação social do direito.

Todavia, voltada à dimensão subjetiva a um claro propósito desintegrador dos direitos reconhecidos e dos valores aceitos, torna-se inegável a supremacia da dimensão objetiva com o propósito de garantir a segurança jurídica, a estabilidade democrática, e a supremacia constitucional.

1.5 A POSIÇÃO ENCICLOPÉDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Da indissolubilidade do trinômio Estado Democrático de Direito, Constituição Federal e direitos fundamentais decorre que esse último integra uma decisão política fundamental, razão pela qual lhe é conferida uma supremacia e força normativa vinculante de todo sistema de normas. Tal posição proeminente é justificada em razão da legitimidade popular que os envolve, expressando os anseios, interesses, bens e direitos reconhecidos como imprescindíveis à consecução da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, a previsão normativa que alberga um direito fundamental normalmente é estabelecida na forma de um princípio, notadamente em razão da feição aberta que norteia os direitos fundamentais, pela plasticidade que lhe é inerente e em face da satisfação multifacetada de suas diretrizes.

Dessa forma, não se nega que uma norma princípio, constituindo-se em um mandado de otimização, estabelecendo diretrizes a serem implementadas com a máxima eficácia e eficiência e em consonância com a exigibilidade social decorrente da realidade cambiante, possa ser a melhor maneira de um direito fundamental vir estabelecido em uma ordem normativa constitucional, tendo em vista a sua abrangente e perene pretensão de eficácia concretizadora pró-futuro, buscando sempre uma adequação social a fim de manter a atualidade do preceito instituído.

Por outro lado, nada obsta que alguns dos direitos fundamentais venham previstos normas-regras, exprimindo um comando normativo que encerra um fazer ou não fazer, ou uma determinada situação que vem a ser resguardada perante o Estado. Nesse caso, o direito fundamental se constituía em uma ordem direcionada a determinado fim específico.

Exemplificando, a disposição constitucional que proíbe a extradição de nacional possui o status de verdadeiro direito fundamental, pois é de relevância basilar ao indivíduo o direito de permanecer na sua própria “terra” de origem, parcela da dignidade da pessoa humana de elevadíssimo valor moral.

Não se deve olvidar que não vem a ser pelo fato de uma norma albergar um direito fundamental que será ela impassível de relativização, visto que em muitos casos tal procedimento vem a ser necessário. Tomando de exemplo a vedação de extradição de

nacional, a Constituição Federal prevê uma exceção expressa (artigo 5º, LI) havendo possibilidade de extradição do naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Constituído sobre a arquitetura de uma regra, o direito fundamental não será suscetível de abertura ou de ponderação no caso de conflito. Dessa forma, a compatibilização com o evoluir social será viabilizada por meio da modificação do arquétipo normativo, isto é, da estrutura da regra, dotando-a assim de uma maior abertura, ampliando o seu conteúdo, ou através da inclusão de exceções na disposição textual, ou mediante a derrogação do próprio texto.

Cumprido explicitar que o abandono de uma regra veiculadora de um direito fundamental pode se dar: em razão de incorporação ao ordenamento de outra dotada de maior legitimidade, constituindo uma ampliação da proteção; em face da consciência social considerar não mais haver a necessidade e imprescindibilidade que permeavam o direito, devendo o mesmo ser derogado; ou, na melhor das hipóteses, quando o direito fundamental incorporado por via da norma-regra é encontrado em um absoluto grau de satisfação social, quando imana da própria substância dos atos e relações jurídicas, sendo despicienda a sua previsão expressa.

No caso da incorporação ao ordenamento jurídico de outra regra dotada de maior legitimidade que a anterior, por se constituir em uma ampliação da proteção do direito fundamental, tal legitimidade não se constitui, por si só, em critério hábil a promover a derrogação da regra antiga, pois do contrário a concepção do ordenamento jurídico com sistema de norma seria irrealizável.

A ausência de legitimidade de uma regra condiz com o seu ínfimo grau de aceitabilidade e satisfação social, requisitando, portanto, uma nova regra que implemente em maior medida o direito fundamental, o que vem a ser possível através do processo de inovação legislativa do ordenamento jurídico.

Tal divisão normativa em regras e princípios, que se constitui em matéria indissociável da temática dos direitos fundamentais, uma vez que tende a demonstrar a forma de veiculação

desses direitos em uma determinada ordem normativa, é bem explicitada por Robert Alexy²⁶, a teor da transcrição se faz imprescindível, *in verbis*:

Regras são normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente, ou autorizam a algo definitivamente. Elas contêm um dever definitivo. Quando os seus pressupostos estão cumpridos, produz-se a consequência jurídica. Se não se quer aceitar esta, deve ou declarar-se a regra como inválida e, com isso despedi-la do ordenamento jurídico, ou, então, inserir-se uma exceção na regra e, nesse sentido, criar uma nova regra. A forma de aplicação das regras é a subsunção. Princípios contêm, pelo contrário, um dever ideal. Eles são mandamentos a serem otimizados. Como tais, eles não contêm um dever definitivo, mas somente um dever-*prima-facie*. Eles exigem que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Pode expressar-se isso abreviadamente, embora um pouco inexatamente, pelo fato de se designar princípios como mandamentos de otimização. Como mandamentos ideais, princípios exigem mais do que é possível realmente, eles colidem com outros princípios. A forma de aplicação para eles típica é, por isso, a ponderação. Somente a ponderação leva o dever-*prima-facie-ideal* ao dever real e definitivo.

Um exemplo de regra que veicula um direito fundamental vem a ser a licença à gestante, sem prejuízo do salário e emprego, com duração de cento e vinte dias com base no art. 7º, XVIII do texto constitucional. Por seu turno, um direito fundamental veiculado por meio de uma norma-princípio vem a ser a proteção à maternidade e à infância, estabelecido no artigo 6 da Constituição Federal, uma vez que não especifica como se dará tal proteção, deixando em aberto para a escolha da opção que confere maior legitimidade social e satisfação do direito fundamental informador da norma de concretização.

Passada a digressão acerca da instrumentalização normativa, cumpre salientar que entre direitos e garantias fundamentais há certa diferença a ser analisada, mas que não vem a interferir negativamente na dinâmica da satisfação dos direitos fundamentais, tendo em vista que esse vem a ser o desiderato de toda a legislação, como já defendido no presente trabalho.

Ao passo que os direitos fundamentais constituem os bens, interesses, necessidades que o corpo social abraçou como imprescindíveis à dignidade da pessoa humana, pode se afirmar que as garantias fundamentais são os institutos ou mecanismos constitucionais que exercem a atribuição de proteção e defesa dos direitos, como instrumento de sua satisfação e exercício.

²⁶ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 37.

Segundo Paulo Bonavides²⁷, as garantias constitucionais são uma das noções mais valiosas para o entendimento da progressão valorativa do Estado Liberal em sua passagem para o Estado Social. Assim, se em um primeiro momento tais garantias exprimiram um aparato de defesa do indivíduo em face das ações do Estado, com fulcro na doutrina liberal, nos tempos hodiernos há um acréscimo de finalidades básicas, representando, também, um meio intangível de defesa da sociedade, dos grupos sociais e da ordem constitucional, bem como um instrumento de concretização material do direito.

As garantias constitucionais não são institutos deferidos em razão unicamente da proteção dos direitos fundamentais individualmente considerados, mas igualmente destinados a servir aos direitos impostergáveis afetos ao corpo social, aos grupos sociais, à própria ordem constitucional e à estabilidade do Estado Democrático de Direito.

Como garantia constitucional voltada ao indivíduo pode ser feita menção do mandado de injunção, instrumento voltado à satisfação concreta do direito fundamental pleiteado, por meio de uma normatização positiva no caso concreto, viabilizada pelo Poder Judiciário. Atualmente essa garantia vem sendo submetida a novas interpretações, ganhando uma força prática que pode ser verificada em vários julgados do Supremo Tribunal Federal, como é o caso dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, em que ficou reconhecido o direito de greve aos servidores públicos, assentando, na oportunidade, a mudança de orientação da mera declaração de mora legislativa, à possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário²⁸.

No que tange às garantias de direitos fundamentais cuja titularidade abrange toda a sociedade, pode ser citada a assistência social, que visa assegurar um rol de direitos que direcionados a assegurar a dignidade humana de todos aqueles que necessitarem. Da mesma forma, também pode ser concebido como uma garantia de toda a sociedade o igual valor do direito de voto, expresso no art. 14 da Constituição Federal.

Quanto aos grupos sociais, podem ser citadas como garantias a vedação de interferência e intervenção do Poder Público na organização sindical (artigo 8º, I Constituição

²⁷ Ibid., p. 526.

²⁸ Brasil. Supremo Tribunal Federal Informativo 485 Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/informativo/pesquisarInformativo.asp>> . Acesso em: 1 jul. 2008.

Federal), e a vedação da interferência estatal no funcionamento das associações (artigo, 5º, XVIII).

Por fim, no que tange às garantias da ordem constitucional, pode ser alvo de referência o princípio da separação dos poderes, a intervenção federal, o estado de sítio, o estado de defesa e as ações diretas de inconstitucionalidade genérica e interventiva.

Com efeito, há determinadas garantias voltadas à defesa e perenização de certos institutos considerados fundamentais para a sociedade, bem como para determinadas instituições às quais o Poder Constituinte conferiu significativo relevo, justificando assim a prescrição de núcleos intangíveis, sem o quais descaracterizaria a instituição que os titulariza.

Há certas instituições agregadas à sociedade que, tendo em vista a relevância considerada, ganham respaldo constitucional com a prescrição de garantias, como é o caso do casamento, da família, da união estável.

Outrossim, existem algumas garantias institucionais que têm como alvo elementos estruturais e funcionais do Estado, como assim o é o bicameralismo, as garantias dos juízes e dos membros do Ministério Público, as garantias dos parlamentares, a indispensabilidade da prestação de contas dentre outras.

De fato, as garantias institucionais variam de acordo com as premissas traçadas pela lei fundamental, bem como pela relevância da instituição para o estado. Todavia, a fixação de tais garantias não deve presumir uma liberdade de ampliação ou a sua utilização divorciada dos fins coletivos. Nesse ponto, o Supremo Tribunal Federal andou bem em declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos primeiro e segundo do artigo 84 do Código de Processo Penal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2797-2²⁹, oportunidade em que ficou assentada a vinculação do foro de prerrogativa de função ao exercício de mandato eletivo, entendimento esse adequado às garantias constitucionais voltadas aos parlamentares, e somente quando detiverem tal condição.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2797-2. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor>>. Acesso em 24 jun. 2008.

A relevância das funções exercidas pelas garantias fundamentais as colocou em um patamar de igualdade para com os direitos fundamentais, o que torna impraticável a sua ab-rogação. Ademais, tal entendimento vem a fundamentar a vedação do fenômeno da dupla revisão no direito constitucional brasileiro, consubstanciado na máxima que defende a impossibilidade de derrogação do art. 60, §4º da Constituição Federal, por suas disposições serem reconhecidas como cláusulas pétreas, ou núcleo duro da Constituição.

Insta considerar que as garantias constitucionais não estão circunscritas ao artigo 60 §4º da Constituição Federal, mas em verdade encontram-se esparsas pelo texto constitucional, como é o caso da legalidade e da anterioridade tributária.

Com efeito, também pode haver garantias constitucionais não expressamente previstas no texto constitucional, mas decorrentes de valores aceitos pela Constituição Federal como é o caso do princípio da proporcionalidade, a vedação ao enriquecimento sem causa, a responsabilidade do Estado, bem como outras decorrentes dos princípios e do regime adotados pela ordem constitucional, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, com fulcro no artigo 5º, §2º do texto constitucional.

Saliente-se, por fim, que atualmente se prescinde de uma diferenciação absoluta entre garantias e direitos fundamentais, pois ambos se conjugam na satisfação da dignidade da pessoa humana.

Superada as devidas considerações acerca das garantias fundamentais, a retomada da temática dos direitos fundamentais se perfaz com a verificação da disposição normativo-constitucional.

Nesse passo, os direitos fundamentais estão expressamente previstos no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – do texto constitucional, envolvendo cinco capítulos: o Capítulo I, Dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivos; o Capítulo II, Dos Direitos Sociais; o Capítulo III, Da Nacionalidade; o Capítulo IV, Dos Direitos Políticos e o Capítulo V, Dos Partidos Políticos.

Dessa forma, são considerados direitos fundamentais expressamente nomeados os previstos entre os artigos 5º e 17 da Constituição Federal. Todavia, não se deve olvidar do

entendimento doutrinário mais abalizado, segundo o qual os direitos fundamentais se espargem por todo o texto constitucional, prescindindo de uma fixação normativa absoluta.

A comprovar tal afirmação podem ser dados como exemplos os decorrentes dos princípios que vinculam a ordem econômica estabelecidos no artigo 170, o direito à educação visando ao pleno desenvolvimento da pessoa do artigo 205 e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no artigo 225, todos da Constituição Federal.

Outrossim, além da referida ramificação por todo o texto constitucional, conferindo-lhe uma maior abrangência, o sistema de direitos fundamentais é inegavelmente aberto como advém do próprio artigo 5º, §2º da Constituição Federal, segundo o qual 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. Nesse passo, cabe salientar a explicação de Uadi Lammego Bulos³⁰:

O art. 5º, §2º, do Texto de 1988 consagrou o princípio da não-tipicidade constitucional, isto é, as liberdades públicas logram uma abertura material, sendo enunciadas a título exemplificativo, e não taxativo.

Significa dizer que os direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal não se encontram enclausurados, formalmente no art.5º, indo além das fronteiras dos seus incisos e parágrafos [...].

A concepção aberta de direitos fundamentais, por sua vez, permite a constante legitimação normativa, ou seja, a compatibilização do texto constitucional com a realidade cambiante vivenciada, permitindo assim novas interpretações e aplicações decorrentes da evolução social.

Decorre de tal característica o fenômeno da mutação constitucional, assim entendida a criação de uma nova norma, decorrente de um mesmo texto, mediante a interpretação e aplicação diante do caso concreto, tendo em vista a necessidade de compatibilizar a prescrição constitucional com as novas aspirações sociais, sem, contudo, modificar a literalidade da lei. Há uma modificação do substrato da norma, embora sua literalidade permaneça imodificável.

Há de se ressaltar que afora a abertura material ora propugnada, e dotada de maior abrangência, com a Emenda Constitucional 45/2004 se fixou na ordem constitucional a

³⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p550.

possibilidade de uma abertura formal em face do artigo 5º §3º da Constituição Federal, segundo o qual permite a integração de tratados e convenções internacionais de direitos humanos ao sistema constitucional, dotando-os de fundamentalidade tanto material como formal.

Convém salientar que em face de tal abertura do sistema dos direitos fundamentais, somada à previsão normativa na arquitetura de regras e princípios e à concepção de que tais direitos se encontram esparsos pelo texto constitucional, exsurgerà a possibilidade de existência de direitos fundamentais materialmente constitucionais e implícitos à disposição constitucional.

Com efeito, não há dificuldade na conceituação dos direitos fundamentais formalmente constitucionais e expressos, pois assim são considerados os que detêm uma disposição textual disciplinada na Constituição Federal, disposição essa que lhes inflige força normativa e supremacia sobre as demais prescrições legais do ordenamento jurídico.

Quanto aos direitos fundamentais implícitos, podem assim ser considerados os que decorrem dos valores e princípios adotados pelo sistema de direitos fundamentais, e pela normatização espaiada desses direitos, indicando a presença de um *numerus apertus*, e não *numerus clausus*.

Jane Reis³¹ considera a existência de três hipóteses em que pode se verificar a presença de normas de direitos fundamentais decorrentes de um processo interpretativo cujo produto não se submete com precisão à literalidade textual:

Em primeiro lugar, isso ocorre quando a indeterminação dos enunciados constitucionais não permite definir de forma inequívoca o conteúdo das normas de direito fundamental, tornando indispensável um esforço tendente a densificar os conceitos neles contidos. *De outro lado*, há casos em que a única norma de direito fundamental, pode ser formulada a partir da interpretação conjugada de vários dispositivos diferentes. E, *por fim*, há situações em que se pode cogitar da formulação de normas de direito fundamental sem a pertinência a um dispositivo determinado, extraindo-as do sistema constitucional como um todo. Essa última hipótese acontece sobretudo em sistemas que, como o nosso, contemplam a possibilidade de reconhecimento de direitos fundamentais não enumerados.

³¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.81.

De fato há certos direitos fundamentais que podem ser considerados implícitos, mas de forma relativa, como os decorrentes da determinação de um conceito da disposição textual, ou quando da interpretação de dois dispositivos diferentes concebem a norma de direito fundamental. Deve ser salientando que os direitos fundamentais aqui conceituados como relativamente implícitos podem decorrer tanto do rol dos direitos fundamentais, quanto dos direitos fundamentais esparsos pelo texto constitucional.

Dessa forma, o que se entende por verdadeiramente implícitos são os direitos fundamentais concebidos ao final pela citada autora, ou seja, que se extrai do próprio sistema constitucional, como decorrente dos princípios e garantias adotados, bem como que venham a exprimir os valores tutelados pela Constituição Federal.

Assim, a matriz embrionária de determinado direito fundamental implícito, não vem a ser um preceito determinado e positivado, mas sim o próprio sistema, fundado no regime e nos princípios adotados, como advém do art. 5º, §2º da Constituição Federal, alhures mencionado.

Exemplos de direitos fundamentais verdadeiramente implícitos são a liberdade de orientação sexual e o reconhecimento da união homoafetiva, a despeito de uma positivação específica, bem como o direito a uma identidade genética já reconhecida pelo Poder Judiciário.

Cabe salientar que além da perspectiva objetiva, os direitos fundamentais verdadeiramente implícitos também são passíveis de serem preconizados segundo a dimensão objetiva, como ocorreu na fixação do direito à expressão política por meio do voto, que determina a vinculação do candidato ao respectivo partido ou coligação que o elegeu, visto que o mandato não lhe pertenceria, cabendo explicitar o entendimento lapidar do Ministro Cesar Asfor Rocha constante da Resolução 22.526 do Tribunal Superior Eleitoral³², demonstrando as bases para a busca e afirmação dos direitos implícitos, *in verbis*:

Ouso afirmar que a teoria funcionalista do Direitos evita que o intérprete caia na tentação de conhecer o sistema jurídico apenas pelas suas normas, excluindo-se dele a sua função, empobrecendo-o quase até à miséria; recuso, portanto, a postura

³² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução 22.526**. Consulta. Eleições proporcionais candidato eleito. Cancelamento de filiação. Transferência de partido. Vaga. Agremiação. Resposta afirmativa. Disponível em : http://www.tse.gov.br/internet/legislacao/eleitoral_blank.htm>. Acesso em 25 jun. 2008, p.7-8.

simplificadora do Direito e penso que a parte mais significativa do fenômeno jurídico é mesmo a representada no quadro axiológico. Outro ponto relevante que importa frisar é o papel das cortes de justiça no desenvolvimento da tarefa de contribuir para o conhecimento dos aspectos axiológicos do Direito, abandonando-se a visão positivista tradicional, certamente equivocada, de só considerar dotadas de força normativa as regulações normatizadas; essa visão, ainda tão arraigada entre nós, deixa de apreender os sentidos finalísticos do Direito e de certo modo, desterra a legitimidade da reflexão judicial para a formação do pensamento jurídico.

Ademais, cumpre ressaltar que o princípio da máxima efetividade da Constituição não defere que, na interpretação do sistema de direitos fundamentais, haja uma contenção quanto ao surgimento de novos direitos, pois do contrário desnaturaria sua característica ínsita, ou seja, a compatibilização com o evoluir cambiante da sociedade, tendo em vista a necessidade de conferir a maior eficácia possível à ordem constitucional.

Com os mesmos fundamentos que subsidiam a existência dos direitos fundamentais implícitos, bem como do sistema de direito fundamental aberto, cumpre nesse momento discorrer sobre os direitos fundamentais materiais, cujo reconhecimento e validade independem da sua fixação de uma ordem formal, mas sendo suficiente que dela decorra, tendo em vista os princípios e valores adotados, bem como as normas de Tratados Internacionais a que o Brasil se integra.

Por seu turno, os direitos fundamentais implícitos é expressão do próprio conceito de direitos fundamentais materiais, sendo que esse último envolve um conceito mais abrangente. Dessa forma os direitos fundamentais em sua acepção material podem exsurgir de oito formas diferentes.

Primeiramente vem a ser indiscutível a presença de direitos fundamentais sob a perspectiva material dispostos em elemento formal, dentro do rol exemplificativo nomeado pela Constituição Federal. Assim, além do revestimento de norma fundamental constitucional, são, também, dotados da fundamentalidade substancial para a ordem constitucional, tendo em vista proeminência do seu conteúdo para a sociedade e o Estado erigidos sob a sua égide.

Em segundo lugar, com reconhecimento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como na doutrina mais abalizada, os direitos fundamentais materiais e formalmente dispostos no texto constitucional também podem ser verificáveis foral do rol dos assim denominados direitos fundamentais, visto que tal elenco de disposições se constituem

em um *numerus apertus*. Como exemplo pode ser citado o direito ao meio ambiente equilibrado disposto no artigo 225 da Constituição Federal, bem como a iniciativa popular prevista no artigo 61, §2º.

Por sua vez, com arrimo na cláusula de abertura presente no artigo 5º, §2º da Constituição Federal, poder-se-á conceber a existência de direitos materiais de conteúdo constitucional, mas que não detém uma expressão textual delineada, ou se a detém não estão previstos no texto fundamental. A esse respeito cabe salientar o posicionamento de Ingo Wolfgang Sarlet³³:

O que se conclui do exposto é que o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo art.5º, §2º, da nossa Constituição é de uma amplitude ímpar, encerrando expressamente, ao mesmo tempo, a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos (no sentido de não expressamente positivados), bem como de direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais.

Com efeito, uma terceira hipótese de direito fundamental materialmente constitucional pode ser concebida de forma implícita, subentendida a determinada disposição textual presente no rol de direitos fundamentais, constituindo o texto de um outro sentido antes impensado, ou da extensão da norma extraída do preceito positivado, a exemplo do direito à intimidade e do direito à inviolabilidade domiciliar.

Sob uma quarta conjectura existem os direitos fundamentais materialmente constitucionais, sem uma positivação expressa, advindos da interpretação de dois ou mais dispositivos constitucionais expressos no rol dos direitos fundamentais. É o que ocorre com o direito ao amplo acesso ao Poder Judiciário, caracterizado pela impossibilidade de a lei vedar ou reduzir que o juiz aprecie a lesão ou ameaça a direito, bem como através da assistência judiciária gratuita aos que não tiverem recursos suficientes, conforme artigo 5º, XXXV e LXXIV da Constituição Federal.

A quinta vertente dos direitos fundamentais materialmente constitucionais não-expressos decorre da interpretação do dispositivo constitucional fundamental fora do rol exemplificativo, mas que está subjacente a determinada disposição textual, ou é relevado por determinada interpretação ampliativa de conceitos. Como exemplo, ao se preceituar no art. 196 que a saúde é direito de todos, garantido mediante políticas que visem à redução do risco

³³ Ibidem.,

de doença e de outros agravos, imana daí que o direito à saúde não é exclusivamente de tratamento de doença, mas sim à sua própria prevenção, incumbindo ao Poder Público do dever de dispor dos meios necessário de se impedir o surgimento e propagação de enfermidades.

Por seu turno, uma sexta perspectiva dos direitos fundamentais materialmente constitucionais não-expressos será identificada pela norma extraída da conjugação de duas ou mais disposições positivadas no texto constitucional, mas que estão fora do rol exemplificativo dos direitos fundamentais, estando espriadas pela Constituição Federal. Pode ser citado como exemplo o direito ao efetivo e adequado acesso ao Poder Judiciário, tendo em vista a atividade jurisdicional ser ininterrupta, bem com em face da obrigatoriedade da proporcionalidade entre o número de juízes, a demanda judicial e a respectiva população, insculpidos no art. 93, XII e XIII da Constituição Federal³⁴.

Nota-se assim, que há certa similitude entre a terceira e quinta proposições, bem como entre a quarta e a sexta expressões de direitos fundamentais materialmente constitucionais, cuja diferença basilar reside na identificação do parâmetro de interpretação, pois enquanto umas são produtos da interpretação de direitos fundamentais expressos no rol constitucional, as outras decorrem da interpretação desses direitos esparsos pela Constituição Federal.

A sétima hipótese, cujo desenvolvimento de seu conteúdo se refere, concomitantemente, à defesa da eficácia imediata dos direitos fundamentais, bem como da adoção do funcionalismo do ordenamento jurídico, preconiza que os direitos fundamentais materialmente constitucionais podem ser coligidos do próprio sistema, decorrendo, portanto, dos princípios, valores e do regime que fundamenta a ordem constitucional.

Nesse passo, os direitos fundamentais materialmente constitucionais não-expressos advindos do próprio sistema, e não de dispositivos determinados, devem guardar conformidade substancial com os valores adotados como fundamentais pelo Estado e sociedade, necessários e imprescindíveis ao indivíduo. Assim, a formulação de tais direitos deve atentar para a satisfação de postulados básicos como o da dignidade da pessoa humana,

³⁴ Constituição Federal. Artigo 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: XII – a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado as férias coletivas, nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente; XIII – o número de juízes da unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população.

da função social da propriedade, valorização do trabalho humano, liberdade religiosa dentre outros.

Como exemplo de direitos da sétima concepção podem ser citados o direito à identidade genética, o direito à orientação sexual e o reconhecimento da união homoafetiva, o direito à inclusão digital como requisito integrador do indivíduo, dentre outros que podem ser elencados, ou que estão por vir em decorrência do desenvolvimento tecnológico, social, econômico e político.

Por fim, chega-se à oitava perspectiva dos direitos fundamentais materiais, ou seja, os positivados em Tratados e Convenções Internacionais cuja aplicação se dá no âmbito do direito interno em razão de guardarem congruência com os princípios e valores previstos na Constituição Federal, podendo ser considerados como se decorrentes do texto fundamental fossem.

Convém salientar que a expressão “tratado”, contida no artigo 5º, §2º não deve ser interpretada de forma prenotada, pois a próprio express não encerra uma acepção cingida à literalidade textual, podendo envolver pactos, convenções, acordos, protocolos dentre outras denominações. Com efeito, a própria Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados prescreve em seu artigo 2º, 1, “a” que a palavra “tratado” indica um termo genérico, sendo imprescindível, todavia, que o acordo seja veiculado por escrito, entre Estados e regido pelo Direito Internacional.

Outrossim, não se deve olvidar que, para a admissão da aplicação do direito fundamental material presente em tratados, com base no artigo 5º, §2º do texto constitucional, necessário se faz a participação do Estado Brasileiro como membro, adentrando formalmente no ordenamento jurídico pátrio, passando por todo o processo que envolve as negociações preliminares e assinatura, aprovação pelo Congresso Nacional, ratificação e publicação, sendo esta última complementar e que visa dar aplicabilidade interna ao compromisso internacional, como salienta Mazzuoli³⁵.

Com efeito, cumpre expressar que apesar de a Declaração Universal dos Direitos Humanos não se constituir da natureza de um tratado, bem como de não vincular, ao menos

³⁵Ibid., p.160.

em tese, os Estados, negar a sua incidência e influência sobre o texto constitucional não vem a ser o entendimento mais escorreito, devendo ser reconhecido que seus preceitos podem sim ser aplicados na legislação interna, tanto em razão da compatibilidade com o regime e princípios adotados pela Constituição Federal, quanto pela posição do Brasil na ordem internacional como Estado que se rege pela prevalência dos direitos humanos, com advém do artigo 4º, II da Constituição Federal.

Corroborar-se com o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet³⁶ ao interpretar o artigo 5º, §2º, para quem o princípio da não-tipicidade na esfera dos direitos fundamentais certamente não é o de restringir, mas sim o de ampliar e completar o catálogo dos direitos fundamentais, integrando, além disso, a ordem constitucional interna com a comunidade internacional.

Atualmente a discussão acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos, bem como quanto à forma de integração com o ordenamento jurídico pátrio, vem sendo travada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343/SP, prevalecendo o entendimento de que o tratado de direitos humanos de que faz parte o Brasil possui um status supralegal, considerando, assim, inconstitucional a legislação que autoriza a prisão civil do depositário infiel³⁷.

De fato, a previsão de direitos fundamentais materiais em tratados internacionais de direitos humanos requer uma aplicação no âmbito interno, mas, todavia, sem o status de norma constitucional, sendo tal supremacia unicamente possível se aprovado com o mesmo procedimento da emenda constitucional previsto no artigo 5º, §3º da Constituição Federal, segundo o qual os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, por três quintos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, como é o caso do Decreto Legislativo com força de emenda constitucional Nº 186 de 2008, que Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007.

Não obstante, às hipóteses mencionadas, há quem preconize que a abertura proporcionada pelo artigo 5º, §2º da Constituição Federal deva ser interpretada segundo a sua

³⁶ Ibid.,p.140

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 90.172. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor>>. Acesso em: 1 jul. 2008.

máxima amplitude, envolvendo até mesmo a possibilidade de se conceber direitos fundamentais materiais infraconstitucionais. Todavia, não se deve descurar quanto ao objetivo da legislação ordinária, ou seja, o de tentar realizar o direito fundamental constitucionalmente previsto da melhor forma e segundo a máxima eficácia, como o é o direito de greve, não se destinando a criá-lo.

Outrossim, por mais que a legislação infraconstitucional constitua um benefício em percentual mais elevado que o previsto constitucionalmente, não se concebe um novo direito fundamental, mas apenas há uma elevação do seu grau de realização antes impensado pelo mandado de otimização constitucionalmente originário.

Em suma, seria irrealizável uma ordem constitucional que almejasse a uma previsão formal absoluta de todos os direitos realizáveis em sociedade, sem a necessária existência de alguma cláusula de abertura, ou a consciência do intérprete e aplicador do Direito da necessidade de evolução normativa provinda do confronto entre a disposição expressa e a realidade cambiante. É nesse ponto que ganha relevo a concepção de uma Constituição Aberta, cujo teor será abordado em tópico posterior apropriado.

Não se deve olvidar, todavia, que referida classificação dos direitos fundamentais materiais não deve ser levada às últimas conseqüências, pois esses direitos devem ser aplicados e interpretados segundo um sistema uno, pois além da complementaridade entre os mesmos, o objetivo de todos não outro vem a ser do que resguardar e efetivar em concreto da dignidade da pessoa humana.

1.6 IMPORTÂNCIA DA TEORIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA SE AUFERIR A LEGITIMIDADE POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A teorização dos direitos fundamentais visa explicar todo o arcabouço jurídico necessário ao surgimento, positivação, implementação, evolução e eficácia dos direitos fundamentais, tendo como elementos basilares um ordenamento jurídico fundado no Estado

Democrático de Direito, uma Constituição Federal com legitimidade popular, a supremacia e força normativa do texto constitucional, a separação das funções do Estado e, indispensavelmente, um Tribunal Constitucional capaz de garantir a supremacia e estabilidade da ordem constitucional.

De fato, assim como nas relações entre particulares, os direitos fundamentais incidem sobre todo o Estado, abrangendo os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, contudo, é nesse último que a pretensão de eficácia de tais direitos se dará com maior ênfase, pois é à função judiciária que se confere, por excelência, a prerrogativa de interpretar o texto e fazer aplicar as normas, bem como expurgar do ordenamento jurídico as disposições normativas que não se coadunam com a ordem constitucional.

É a abrangência do processo de interpretação e realização em concreto dos direitos fundamentais que permitirá a abertura do sistema constitucional aos influxos da evolução social, dotando o texto de maior legitimidade e força, ao passo que permite o desenvolvimento e reconhecimento de novos direitos advindos da fundamentação do próprio sistema.

Dessa forma, como a base da função judiciária é a defesa da ordem constitucional, do Estado Democrático de Direito e dos próprios direitos fundamentais, sendo indisponível a apreciação a lesão ou ameaça a direito, vem a ser inegável concluir que sobre as omissões dos Poderes Legislativo e Executivo, bem como nos atos que desrespeitem direitos ligados à própria concepção de dignidade da pessoa humana, incidir-se-á o controle pelo Poder Judiciário, visto que dotado de legitimidade político-constitucional.

A teoria dos direitos fundamentais, além de informar a função judiciária, dota-a de legitimidade para a concretização dos postulados da dignidade da pessoa humana, imanescentes da ordem constitucional.

Em suma, a própria construção dos direitos fundamentais pode ser atribuída com maior significância ao Poder Judiciário que, nos tempos hodiernos, vem desenvolvendo seu mister em busca da concretização desses direitos impostergáveis do ser humano, ora suprimindo omissões legislativas, ora controlando a atividade administrativa do Estado no afã de evitar seus desvios.

Passada a digressão acerca da identificação dos direitos fundamentais, convém adentrar nos aspectos atuais que norteiam a sua interpretação e eficácia, conforme a hermenêutica moderna, o que irá conferir subsídios à atuação do Poder Judiciário no controle das Políticas Públicas, dotando-o de legitimidade político-constitucional.

2 INTERPRETAÇÃO E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SEGUNDO A MODERNA HERMENÊUTICA E O MODERNO CONSTITUCIONALISMO

Assim como o advento do Moderno Constitucionalismo adveio da ruptura de um modelo baseado no formalismo extremista de outrora, a Moderna Hermenêutica exsurge da necessidade de conferir meios adequados à satisfação material dos preceitos constitucionais, objetivo esse buscado pelo intérprete e aplicador do direito, que sob uma nova ótica do Direito Constitucional, almeja à máxima eficácia da Constituição Federal.

O surgimento da dogmática constitucional moderna adveio do fenômeno da revalorização do Direito, antes concebido e fundante no seu próprio estruturalismo. Dessa forma, o direito concebido em sua pureza científica em tempos pretéritos volta-se a abarcar elementos axiológicos, filosóficos, éticos, sociológicos, econômicos e políticos. Questões como legitimidade e justiça embebem a interpretação do texto legal, tendo como paradigma a Constituição Federal e a supremacia dos princípios fundamentais.

A essa concepção do fenômeno jurídico nos dias atuais cumpre reconhecer a fundamental importância da teorização da estrutura tridimensional do Direito de Miguel Reale³⁸, cuja digressão acerca da validade das normas vem a subsidiar a indissociabilidade da concretização dos direitos fundamentais em face dos elementos sociais e axiológicos:

[...] a validade está simultaneamente na vigência ou obrigatoriedade formal dos preceitos jurídicos, na eficácia, ou efetiva correspondência dos comportamentos sociais ao seu conteúdo, e no fundamento, ou valores capazes de legitimar a experiência jurídica numa sociedade de homens livres.

Por seu turno, o implemento do Moderno Constitucionalismo, primado pela efetividade da Constituição Federal e da eficácia concreta dos direitos fundamentais, teve por base a construção de uma dogmática voltada à normatividade dos princípios, bem como do abandono da auto-subsistência da lei, tendo em vista que a mera subsunção não mais satisfazia os almejos sociais decorrentes do processo de evolução social, política, econômica, cultural e tecnológica.

³⁸ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.116.

Nesse passo, corroborando com esse entendimento, cabe salientar a lição de Luís Roberto Barroso³⁹ para quem os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Daí advém a proeminência dessa tipologia normativa no seio do ordenamento jurídico.

Com efeito, o reconhecimento da força normativa dos princípios, além de permitir a abertura do texto constitucional a novas interpretações, ensejando o surgimento de novos direitos, bem como a reavaliação de entendimentos antigos, no intuito de alcançar a máxima eficácia da Constituição Federal, contribuiu para o surgimento da Moderna Hermenêutica, jungida à satisfação dos direitos fundamentais.

Ocorre que os princípios, diferentemente das regras, detêm uma carga valorativa muito alta, externando um mandado de otimização cuja pretensão de eficácia não reconhece um limite estabelecido, buscando-se sempre um aprimoramento da satisfação do direito. Ademais, a amplitude valorativa dos princípios proporciona a orientação de todo sistema normativo, além de condicionar a atividade do intérprete e do aplicador do Direito, visto que estes estão vinculados permanentemente à concretização dos direitos fundamentais plasmados pelos princípios. Dessa forma, o campo para a atuação do exegeta se alargou de forma significativa, justificando a necessidade de adequação da hermenêutica tradicional aos novos influxos proporcionados pelo Moderno Constitucionalismo.

A moderna hermenêutica constitucional se direcionou ao movimento de efetivação dos valores constitucionais assegurados, ao tempo que minou o terreno do Direito para a abertura de novas concepções antes impensadas, não mais concebendo a Constituição Federal como uma carta de intenções, mas sim um verdadeiro documento supremo e fundamental com força vinculante, cuja necessidade de efetivação se faz primordial. Tal entendimento, quanto aos influxos decorrentes do surgimento da hermenêutica contemporânea, pode ser presenciado nas palavras de Paulo Bonavides⁴⁰:

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional: ponderação direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 29

⁴⁰ Ibidem., p.476.

Redundou assim na busca do sentido mais profundo das Constituições como instrumentos destinados a estabelecer a adequação rigorosa do Direito com a Sociedade; do Estado com a Legitimidade que lhe serve de fundamento; da ordem governativa com os valores, as exigências, as necessidades do meio social, onde essa ordem atua dinamicamente, num processo de mútua reciprocidade e constantes prestações e contraprestações, características de todo sistema político com base no equilíbrio entre governantes e governados.

Pode-se afirmar que nos tempos hodiernos a busca pela eficácia dos direitos fundamentais é o combustível propulsor da moderna hermenêutica, voltada à reafirmação da Constituição Federal como norte a ser seguido pelo Estado, considerado nas suas três funções.

A Moderna Hermenêutica objetiva, assim, na solução dos embates jurídicos, prescrever o melhor sentido do texto constitucional, integrando-o à realidade cambiante, tornando-o adequado e mais legítimo ao meio que preordena, reconhecendo valores jurídicos implícitos e extrajurídicos que irão vincular a produção normativa, almejando o mais alto grau de justiça.

Os processos de integração e colmatação do ordenamento jurídico proporcionados pela moderna hermenêutica, com arrimo na supremacia e força normativa dos princípios constitucionais, não mais se baseiam em meros procedimentos lógicos, sistemáticos ou gramaticais, não obstante a relevância dos mesmos para a evolução do Direito, ao passo que ainda se constituem em métodos interpretativos integrantes da hermenêutica contemporânea e largamente aplicáveis, mas invocam outros artifícios, sem os quais a adequação do texto constitucional à realidade social cambiante não lograria êxito.

Desse modo, o novo dogmatismo constitucional, acompanhado do processo evolutivo da hermenêutica, afora o reconhecimento da normatividade dos princípios e da supremacia dos valores que permeiam o texto constitucional, ao tempo que fez surgir novos instrumentos de auxílio à produção normativa, ensejou o desenvolvimento e aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, demonstrada pela efetiva e gradativa utilização de tais instrumentos hermenêuticos com subsídio à implementação de direitos fundamentais.

Nota-se nos tempos hodiernos um aprimoramento do provimento jurisdicional, não mais sendo caracterizado como um mero procedimento de subsunção, elevando-o ao papel de verdadeira fonte de direito, externalizando aspectos valorativos, éticos, filosóficos, sociológicos, políticos e econômicos.

Com efeito, vem a ser proeminente iniciar a análise dos instrumentos interpretativos e dogmáticos imanes da Moderna Hermenêutica e do Moderno Constitucionalismo que visam conferir legitimidade política e constitucional ao Poder Judiciário no Controle de Políticas Públicas, tendo em vista que parte fundamental desse novo atuar jurisdicional busca subsídios na interpretação e eficácia dos direitos fundamentais.

2.1 CARACTERÍSTICAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUA RELAÇÃO COM A SATISFAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal, documento fundamental do Estado Brasileiro, é dotada de algumas características que a tornam peculiar, diferenciada em relação às demais normas base da legislação alienígena. Tal diferenciação decorre do próprio processo de construção e afirmação dos direitos e garantias considerados essenciais e indispensáveis à comunidade brasileira, bem como das normas fundamentais que irão ditar a arquitetura do poder e da organização do Estado.

Montesquieu⁴¹ informa uma grande variedade de elementos que podem vir a influenciar a positivação das leis em geral e, conseqüentemente do Estado, todavia, apesar de valiosa a afirmação, cumpre circunscrever a discussão que ora se adentra unicamente à identificação das características da Constituição Brasileira e a sua relação com a eficácia dos direitos fundamentais, voltada à legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário no controle de Políticas Públicas.

Com efeito, considerando a existência de um liame indesejável entre a Constituição Federal e os direitos fundamentais, não se nega a conclusão de que certas características da Carta Fundamental irão interferir na dinâmica de tais direitos imprescindíveis à afirmação da dignidade da pessoa humana, lhes conferindo, até mesmo, subsídios que determinarão o poder de vinculação em relação à legislação infraconstitucional, bem como às próprias funções executiva, legislativa e judiciária.

⁴¹ MONTESQUIEU, Barão de [Charles-Louis de Secondat]. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 16.

Isso posto, pode-se afirmar que influenciará a pretensão de eficácia dos direitos fundamentais o fato da nossa Carta Magna vir a ser conceituada como uma Constituição democrática, analítica, rígida, formal, plástica e aberta. Saliente-se, outrossim, que a abordagem ora pretendida não levará às últimas análises de tais características, mas voltar-se-á unicamente ao estabelecimento de sua definição e a sua correlação com os direitos fundamentais.

2.1.1 A Constituição Democrática

A Constituição Federal brasileira, cuja gênese reside em um processo de redemocratização do país, é considerada democrática em razão da participação popular no processo constituinte.

Tal característica advém da adoção de um Estado Democrático de Direito, fundado no pluralismo, dignidade da pessoa humana, soberania popular, justiça, direitos fundamentais e supremacia da ordem constitucional. Nota-se aqui, mais uma vez, a presença do trinômio fundamental da ordem constitucional, ou seja, Estado Democrático de Direito, direitos fundamentais e Constituição Federal.

A Constituição democrática irá informar o movimento de concretização dos direitos fundamentais segundo os valores aceitos e reconhecidos pela população. Não ensejará, portanto, um Estado meramente de Direito, fundado na ordenação pura, em que os conflitos são puramente solucionados pela subsunção.

O estabelecimento de uma Constituição democrática informa que a plêiade de direitos fundamentais incorporados decorre de uma amplitude de interesses e valores que almejam sua execução.

Dessa forma, a Constituição democrática não se encerra em uma mera carta de ditames ideológicos, pois à medida que os titulares dos direitos e interesses nelas plasmados pugnam

por uma devida positivação, há de se promover, inafastavelmente, a tutela e concretização desses interesses e direitos. A ausência desse direcionamento na consecução da ordem constitucional, notadamente dos direitos fundamentais, destitui Constituição Federal da sua legitimidade e força normativa.

Com efeito, a Constituição democrática somente assim será considerada na medida em que privilegiar a concretização, segundo a ética, justiça, racionalidade e proporcionalidade, dos direitos fundamentais, pois do contrário será considerada com uma carta de outorga de orientações ideológicas sem força cogente.

2.1.2 A Constituição Analítica

A constituição analítica, também denominada de programática e dirigente, se caracteriza por apresentar um extenso rol de dispositivos, direcionados à determinação de programas, ações e planos a serem implementados pelo Estado, voltados à consagração dos objetivos considerados fundamentais pela Carta Magna.

A importância da Constituição analítica para os direitos fundamentais é que à medida que se positiva no texto supremo a obrigatoriedade de adoção de medidas visando à satisfação de determinados direitos fundamentais, não poderá o Estado delas se desgarrar, constituindo, assim, uma vinculação cogente de preceito fundamental.

Nesse sentido, a promoção do bem de todos na Constituição Federal envolve um grande número de ações, englobando a promoção do trabalho condizente com a dignidade humana, da saúde, da educação, do meio ambiente, dentre outros que exprime a concretização de direitos fundamentais.

Cumpra aqui salientar que apesar da Constituição analítica prescrever um extenso rol de planos e ações voltados à consagração do Estado, do indivíduo e da sociedade em atendimento aos direitos fundamentais, tal rol não vem a ser *numerus clausus*, mas sim

numerus apertus, tendo em vista que a maioria dos direitos fundamentais se acham inseridos em normas princípios, cujo leque de satisfação detém significativa amplitude.

Dessa forma, não obstante a existência de normas de eficácia limitada, a ausência de letra de lei que lhe implemente o conteúdo não vem a ser razão suficiente para lhe negar a vigência, podendo o interessado lançar mão da garantia constitucional do mandado de injunção, por exemplo, tendo em vista que as normas definidoras de garantias e direitos fundamentais têm aplicação imediata, conforme o artigo. 5º, §1º da Constituição Federal

2.1.3 A Constituição Rígida

A rigidez constitucional vem a ser uma das características mais proeminentes ao reconhecimento da supremacia e normatividade dos direitos fundamentais.

A Constituição rígida se caracteriza por possuir um processo mais solene para a modificação formal de suas disposições textuais. Dessa forma, a positivação ordenada no texto constitucional tende a se perpetuar, garantindo valores considerados essenciais à estabilidade e progresso da sociedade.

No caso brasileiro a modificação do texto constitucional somente se perfaz por meio de emenda constitucional (artigo 60 da Constituição Federal), cujo procedimento duplice de discussão e aprovação entre Câmara dos Deputados e o Senado Federal permite uma ampla análise acerca da necessidade e legitimidade da modificação a ser proposta, tendo como parâmetro a essência da Constituição Federal.

Assim como a ordenação fundamental de cada Estado está circunstanciada pelas particularidades que lhe conferem unicidade, a peculiaridade do Estado brasileiro, no seu amplo aspecto social, histórico, político, cultural econômico, conferiu um plus à rigidez constitucional, fundando a existência de disposições mínimas irredutíveis, que nem mesmo por emenda constitucional são susceptíveis de modificação ou derrogação formal.

Tais elementos podem ser encontrados no artigo. 60, §4º da Constituição Federal, constituindo cláusulas pétreas a forma federativa de estado, o voto direito, secreto universal e periódico, a separação de poderes e os direitos e garantias fundamentais.

Há de ser salientado que os elementos intangíveis do texto constitucional, não estão circunscritos ao rol do referido artigo 60, §4. Os direitos e garantias fundamentais, como já salientado, não se encerram em um rol taxativo, podendo ser identificados em todo o texto constitucional, sem a obrigatoria delimitação em determinado título, capítulo ou seção.

Nota-se que a Constituição Rígida se constitui em um verdadeiro muro de contenção de tendências e condutas voltadas à derrocada dos direitos fundamentais, como é exemplo a infame tese da dupla revisão constitucional.

Além de proporcionar uma maior proteção aos direitos fundamentais, dotando-o da característica de imutabilidade negativa, ou seja, que lhe reduza o sentido ou o derogue por completo, a rigidez constitucional confere subsídios valiosos á teorização da supremacia da Constituição Federal, cujo devido tratamento será dispensado em tópico à parte.

2.1.4 A Constituição Escrita

A Constituição escrita vem a ser informada pela codificação, formalização em texto escrito, em um documento solene, de reconhecida fundamentalidade, dos elementos integrantes da ordem estatal, englobando os direitos e garantias fundamentais, funções do Estado, competência, exercício do poder, bem como todos os valores e princípios imanentes ao sistema normativo constitucional. Nesse aspecto ela se revela como a decisão política fundamental.

A Constituição escrita se constitui, assim, em um marco de reconhecimento dos direitos fundamentais, protegendo-os das ações do Estado, bem como daquele que por interesses econômicos, por exemplo, não guarda a devida observância ou logra subverter-lhes o conteúdo em prol da satisfação particular.

Nesse sentido, convém citar a doutrina Uadi Lammêgo Bulos⁴²:

As constituições escritas equivalem à lei maior de um povo. Correspondem às chamadas constituições legais, pois são dotadas de coercibilidade para produzir efeitos estabilizadores e racionalizadores. Objetivam espargir sua força normativa nos diversos quadrantes da vida de relações, funcionam como instrumentos assecuratórios de direitos fundamentais, a exemplo dos políticos, sociais, individuais, coletivos e econômicos.

Nota-se, portanto, que as constituições escritas possuíram e possuem importância fundamental na consagração dos direitos fundamentais, notadamente pelos efeitos estabilizantes, instituindo uma segurança jurídica voltada à dignidade da pessoa humana, tendo em vista derrogação do poder absoluto do Estado, delimitando o seu exercício, com vistas à observância da ordem constitucional.

Das constituições escritas advirão os substratos à formulação da concepção de Constituição rígida, sendo ambas imprescindíveis à construção de tese da supremacia da Constituição Federal.

2.1.5 A Constituição Plástica

O conceito de Constituição plástica remonta a uma capacidade do sistema normativo constitucional de se adaptar aos influxos da realidade social cambiante. Mediante essa concepção, o sistema normativo constitucional espargue suas normas perante toda a sociedade, realizando-se nesta, adaptando suas disposições aos novos anseios e tendências que surgem, sem, contudo, perder a sua essência fundamental.

A plasticidade da Constituição Federal pode ser identificada por meio da normatividade dos princípios, bem como pela previsão de regras de aberturas, como ocorre com o art. 5º, §2º da Constituição Federal, determinando a possibilidade de exurgirem direitos fundamentais decorrentes dos princípios e do regime por ela adotado, bem como dos tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro.

⁴² Ibidem., p. 42.

Com efeito, a Constituição plástica, ao primar por uma adequada compatibilização com o evoluir social, alarga a sua dimensão satisfativa dos direitos fundamentais, dotando o texto constitucional de uma legitimidade permanente.

O direito se realiza na sociedade, e, da mesma forma, é informado por ela. Todavia a adequação social buscada pela constituição plástica não se coaduna com interpretações ou conceitos que venham a destoar a norma de direito fundamental resguardada, devendo está lidimamente evidenciada a congruência entre a situação fática que se almeja proteção e a essência da norma de natureza constitucional.

Concepção entrelaçada ao conceito de Constituição Plástica diz respeito ao sentido de Constituição aberta, cuja temática cumpre adentrar.

2.1.6 A Constituição Aberta

O conceito de Constituição aberta remonta à capacidade das normas constitucionais de se adaptarem e se realizarem no seio dos seus titulares e destinatários. Tem por base um sistema aberto de valores e normas (regras e princípios) que se enraíza por todos os segmentos da sociedade, demonstrando uma verdadeira amplitude horizontal, absorvendo os influxos da realidade e adaptando-se a ela, no afã de uma melhor e maior realização da Constituição Federal.

Na mesma linha de raciocínio, Canotilho⁴³ anota lapidar conceituação acerca do que vem a ser um sistema normativo aberto, ao definir o sistema jurídico do Estado de direito português, *in verbis*:

[...] é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e justiça; [...].

⁴³ Ibid., p.1159.

Por sua vez, uma Constituição aberta deve necessariamente estar fundada em princípios, de supremacia e força normativa constitucional, não obstante a presença de regras em sua estrutura

Ocorre que os princípios conferem uma significativa abertura ao texto constitucional. Por exprimirem valores, ideais e compromissos que revelam os interesses de uma ordem social fundada na Constituição Federal, os princípios possuem uma grande capacidade de satisfação, não se encerrando em uma mera ordem de realização ou negação, mas sim se constituindo em um mandado cuja satisfação sempre estará voltada à máxima implementação, em conformidade com a realidade em que imprimirá concretude.

Dessa forma, o reconhecimento dos princípios (explícitos e implícitos) e da sua normatividade no texto constitucional confere uma arquitetura aberta ao sistema normativo, permeabilizando-o com novos valores, tendências, ideais e compromissos assumidos com a sociedade, estando esses em conformidade com o sistema, o regime e os direitos e garantias fundamentais albergados pela Constituição Federal.

Outrossim, além de permitir a capacidade de adequação da Constituição Federal à mutabilidade das relações sociais, os princípios, por se constituírem em ditames de satisfação perene e progressiva, possuem uma capacidade elementar de produção normativa progressiva, propícia ao surgimento e tutela de novos direitos fundamentais, bem como ao alargamento da concepção de alguns direitos fundamentais, a fim de abrigar interesses, situações e relações antes impensáveis e que fazem jus ao devido reconhecimento.

Nota-se, portanto, que os princípios se constituem na pedra angular do conceito de Constituição Aberta, possuindo a natureza jurídica de verdadeiras cláusulas de legitimação da Carta Magna.

Com efeito, a Constituição aberta também é caracterizada pela positivação de instrumentos dialógicos democráticos, em que a participação popular na construção do Estado não se encerra no exercício do voto, requestando uma verdadeira integração direta na formação da vontade política, bem como no direcionamento das políticas públicas. Tais instrumentos possibilitam uma verdadeira abertura e conformação da norma constitucional aos interesses sociais que visa tutelar e concretizar, direcionando a realização normativa à

máxima conformação fática. Pode-se citar como exemplos de tais instrumentos o direito de petição, as audiências públicas, a iniciativa popular, participação popular em colegiados, dentre outros.

Por fim, há de se ressaltar que a Constituição Federal possui de forma explícita uma cláusula de abertura no art. 5º, §2º, estabelecendo a compreensão de novos direitos e garantias não expressos no texto constitucional, mas que decorram do regime e dos princípios por ela adotados, bem como dos tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte.

Deflui do conceito de Constituição aberta a necessidade de permanente legitimação da lei fundamental. A legitimidade da Constituição Federal, por seu turno, vem a ser elemento fundamental na verificação da sua supremacia, bem como da sua força normativa, não obstante a relevância da sua posição na estrutura hierarquizada do ordenamento jurídico.

2.2 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL EM FUNÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O reconhecimento de que a Constituição, enquanto norma fundamental de um ordenamento jurídico, detém uma supremacia em relação às demais leis, é uma construção advinda do positivismo jurídico, que a colocou no ápice do sistema escalonado normativo. Todavia, a supremacia da Constituição ganhou novos ares com o advento da Moderna Hermenêutica Constitucional e do Moderno Constitucionalismo, tornando-se imprescindível ao reconhecimento da supremacia a normatividade dos direitos fundamentais, segundo os valores norteadores da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito.

A Constituição, enquanto sistema fundamental vinculante, possui um status de superioridade em relação às demais leis, em sentido lato, vinculando tudo e a todos à sua observância, sem a qual atos e relações, de maneira geral, serão destituídos de validade. Tal vinculação igualmente subsiste quanto à elaboração normativa, uma vez que a Constituição é considerada como fonte de normas, visto que todas as demais espécies legais dela imanam.

Com efeito, sendo a Constituição Federal a norma suprema, o seu fundamento de validade reside no seu próprio texto, nos valores que propugna e defende, na ordem constitucional que estabelece, enquanto decisão política fundamental de um Poder Constituinte com representatividade popular.

A supremacia da Constituição Federal, por seu turno, atualmente reconhecida, não se limita à construção proposta na sua absoluta pureza jurídica dantes preconizada, mas em verdade envolve uma dupla perspectiva de natureza formal e material vinculativas.

Do ponto de vista formal, a supremacia da Constituição Federal se constitui em norma superposta às demais espécies normativas e aos atos estatais e privados.

A Constituição Federal, colocada no ápice no ordenamento jurídico estatal, determina o fundamento de validade de todas as normas. A norma constitucional, portanto, não possui a natureza de simples orientação, mas em verdade, se constitui em verdadeira ordem inafastável, de aplicação obrigatória.

Da supremacia constitucional decorre que nenhuma lei pode ser incompatível com a Constituição Federal, pois do contrário operar-se-á o fenômeno da inconstitucionalidade, no caso de normas inconstitucionais, produzidas com o advento da Constituição, ou o fenômeno da derrogação, quando as normas erigidas sob o pálio de um ordenamento pretérito não mais guardam consonância com a nova ordem constitucional.

Cumprе salientar que pode haver de normas anteriores à Constituição Federal virem a ser declaradas inconstitucionais. Tal fenômeno ocorre quando, uma vez recepcionada uma norma pretérita, ela venha a se tornar inconstitucional em face de uma nova interpretação do texto constitucional, ou do reconhecimento de um direito fundamental advindo do próprio sistema normativo constitucional, tornando-a incompatível com a ordem suprema hodierna. Nesse caso, o instrumento apropriado a expurgar a norma com tal vício vem a ser a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Com efeito, a supremacia constitucional vincula, inarredavelmente, todos os atos de Estado, sendo direção obrigatória a ser seguida pelas funções judiciária, executiva e legislativa. Dessa inafastabilidade da observância e aplicação do texto constitucional decorre

o princípio da simetria consubstanciado no artigo 25 da Constituição Federal, que se constitui em verdadeira limitação constitucional à autonomia das ordens parciais do Estado, tendo em vista a obrigatoriedade das unidades federativas de se organizarem e se regerem pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios da Lei Fundamental.

A supremacia constitucional também invoca do particular a sua estrita observância, ressaltando que, a liberdade propugnada pela inafastabilidade da prévia disposição legal para se exigir ou vedar um comportamento, conforme artigo 5º, II da Constituição Federal, não se constitui em liberalidade de conduta, mas sim em livre-arbítrio de base constitucional.

Por seu turno, a supremacia material da Constituição Federal irá indicar uma vinculação de conteúdo constitucional em relação às demais normas do ordenamento jurídico, tendo em vista o fundamento material para a produção legal infraconstitucional, bem como as imposições substanciais ao exercício da concretização do texto constitucional.

Segundo Canotilho⁴⁴, no quadro desse processo de criação, concebido como um processo gradual, as normas superiores constituem fundamento de validade das normas inferiores e determinam, até certo ponto, o conteúdo material.

Dessa forma, a supremacia material da Constituição acaba por delimitar de forma negativa ou positiva o conteúdo das espécies normativas que dela emanam.

A delimitação negativa material, nesse caso, se externaliza na imposição de limites materiais ao legislador ordinário quando da concretização da Constituição Federal. Nota-se, portanto, que da supremacia do conteúdo normativo constitucional imana o entendimento que preconiza ser também o legislador destinatário dos princípios e regras fundamentais advindos da Constituição Federal.

Por seu turno, a delimitação positiva poder ser caracterizada tanto em razão da discriminação de parcela do conteúdo a ser regulamentado pela norma infraconstitucional, bem como em razão da fixação da competência material. Como exemplo, pode ser citado o art. 24 da Constituição Federal, pois se por um lado os seus incisos delimitam o conteúdo das normas infraconstitucionais afetas à competência concorrente, igualmente circunscreve a

⁴⁴ Ibid., p.1148

substância das normas estaduais, ao preceituar o seu caráter suplementar em face da existência de norma federal.

Essa perspectiva determinista das demais normas visa a fundamentar a indissociabilidade dos “ramos do Direito” em face da Constituição Federal. O Direito Civil, por exemplo, quando da regulamentação das relações particulares no caso concreto, não pode está desvinculado dos fins constitucionais, das garantias e dos direitos fundamentais, pois a além da concretude estar delimitada pelos fins admitidos pela Constituição Federal, a própria norma constante do Código Civil somente tem por legítimo o seu conteúdo até onde permite o crivo constitucional. É nesse ponto que reside a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Ademais, cumpre salientar que além da função de criação de normas, determinando-lhes a substância, a supremacia material da Constituição Federal exerce as atribuições de integração, colmatação, informação, interpretação e harmonização do ordenamento jurídico, espargindo os valores da ordem constitucional por todo o sistema, a fim de conferir validade e legitimidade às proposições infraconstitucionais.

Ressalte-se que vem a ser traço característico à ordem que reconhece a supremacia constitucional a existência de um Tribunal Constitucional, cuja defesa da Constituição Federal vem a ser função precípua, papel esse exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Não obstante a relevância do Tribunal Constitucional, a defesa da ordem constitucional é um imperativo conferido a todo o Judiciário, constituindo a essência própria da sua atividade de concretização do direito.

Não se olvide, todavia, que o reconhecimento da supremacia da Constituição Federal, além de vir a ser um sentimento dos destinatários e titulares da norma constitucional, cuja efetivação se busca diuturnamente, não se esvazia na constatação já formulada em relação à posição material e formal no seio do ordenamento jurídico, mas dependerá do grau de satisfação dos valores albergados, bem como do índice de legitimação social atingido. A existência de uma Constituição Federal sem tais caracteres não lhe confere o status de norma suprema, mas unicamente uma carta de proposições ideológicas.

2.3 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E A VINCULAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Outra teorização que adveio do moderno dogmatismo constitucional reside no reconhecimento da força normativa da Constituição Federal.

Tal característica advém diretamente da concepção alhures analisada acerca da supremacia da Constituição, visto que ambas convivem entrelaçadas. A supremacia de uma norma fundamental não pode estar desvinculada do seu poder de informar e direcionar a prerrogativa de elaboração das demais espécies normativas, bem como da sua própria concretização.

Com efeito, força normativa significa o poder imanente de uma norma de natureza fundamental, dotada de supremacia jurídica e social, de vincular, informar, integrar, direcionar e colmatar todo o ordenamento jurídico e a elaboração normativa voltada à concretização dos valores, interesses e direitos estabelecidos e reconhecidos como inarredáveis, bem como de compatibilizar e adequar o sistema de normas ao interesses motores da realidade cambiante, de forma nortear todo o agir social e do Estado.

Analisando sob outro enfoque, a força normativa determina a estrita obediência das funções estatais (legislativa, executiva e judiciária) a determinadas normas e valores cogentes, cuja disposição discricionária não vem a ser legítima, por encerrarem um interesse superior.

Cumprе salientar que, de início, a força normativa, como hoje é concebida, era uma característica considerada não imanente da Constituição, conforme advém da concepção de Ferdinand Lassale, citado por Konrad Hesse, para quem a constituição era uma mera folha de papel⁴⁵.

Segundo a concepção defendida por Lassale, o texto constitucional, na verdade exprimia as disposições de um poder de fato, econômico, militar, social e intelectual. Quando as disposições que regem esses poderes de fato não estivessem condizentes com a realidade

⁴⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p.9.

vivenciada no Estado a Constituição deveria sucumbir. Imperava-se aí uma constante e absoluta insegurança jurídica, semente primordial à instalação de um regime absolutista.

De fato, não há que se negar que fatores econômicos e políticos, de certa forma, em vários momentos atuam decisivamente na feitura das normas. A própria Constituição Federal, assume um aspecto compromissório, representando uma verdadeira conjugação de tendências e interesses representados por grupos.

Nos tempos hodiernos, em que as barreiras entre estados estão sendo vencidas, como fenômeno decorrente do processo de globalização, dinamizado pela difusão da tecnologia e instituição da rede mundial de computadores, há que se alertar para a formação dos conglomerados econômicos mundiais cujo poderio tanto se desenvolveu que possibilita subjugar Estados e regiões aos seus interesses, movendo e direcionando a própria legislação interna, ao tempo que os governantes se deixam envolver, permitindo-se um ciclo vicioso de má distribuição da riqueza legalmente estatuído.

Todavia, nenhum poder humano é onipotente. A própria Constituição Federal, ao conceber as bases de um sistema capitalista não o definiu como puro, prevendo princípios de observância obrigatória, preconizando uma equação econômico-social cuja ausência de proporcionalidade irá culminar com a desintegralização do sistema econômico adotado. É nesse ponto que deve atuar a força normativa da Constituição Federal.

O entendimento contrário incorreria em uma verdadeira abnegação da Constituição, perfilhando, assim, do entendimento preconizado por Konrad Hesse⁴⁶:

Se as normas constitucionais nada mais expressam do que relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica da ausência do direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela *Realpolitik*.

Não se deve olvidar, todavia, que a teorização de Lassale concebeu um importante elemento formador da Constituição, isto é, a previsão no texto constitucional de uma gama de fatores, interesses, bens, valores, reconhecidamente necessários e relevantes à sociedade, conferindo assim um sentido de legitimidade.

⁴⁶ Ibid., p. 11

O erro de Lassale, contudo, pode ter sido em razão da concepção formalística, centrada no positivismo jurídico e na pureza do direito, fazendo-o preceituar que a “Constituição Real” derogaria a ‘Constituição escrita’, ou seja, que o texto constitucional uma vez positivado não seria capaz de adequar-se à realidade social cambiante, nem poderia ser interpretado segundo uma orientação axiológica, quando em verdade tais instrumentos hermenêuticos visam conferir uma maior legitimidade e força à Carta Fundamental.

O fato é que a teorização da ordem constitucional pretérita primava por uma absoluta separação entre norma e realidade, tornando inconcebível a captação constitucional dos influxos sociais. Tal concepção hoje vem a ser indefensável, em face do reconhecimento de que as leis em geral, incluídas as constituições, são frutos de um processo histórico, dinâmico e progressivo de constante aperfeiçoamento e adequação, pois não vem a ser fundamento das normas humanas uma estagnação perene, tendo em vista o próprio evoluir inerente à espécie humana. Nesse ponto cumpre mais uma vez agregar à presente digressão as palavras de Konrad Hesse⁴⁷:

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. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separadas das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas.

A força normativa da constituição se exprime inicialmente na sua capacidade de previsão em seu conteúdo dos postulados, valores, tendências, interesses, institutos, direitos considerados fundamentais para a sociedade de determinada época. Essa vem a ser a primeira conjectura sobre a qual pode ser analisada a força normativa constitucional.

De fato, quanto maior o comprometimento do texto constitucional na tutela e posituação dos valores e interesses socialmente aceitos, maior será o grau de legitimidade, e, portanto, maior será a sua possibilidade de efetivação, bem como maior será a sua força normativa.

Há na verdade um liame inseparável entre a posituação constitucional e a realidade social, de maneira que, ao tempo que a Constituição procura ordenar as relações sociais, na

⁴⁷ Ibid., p. 14

sua mais abrangente concepção, também desta sofre influxos, culminando com um processo de particularização da ordem constitucional de cada Estado.

Dessa forma, a Constituição não implementa a sua força normativa mediante a simples subsunção, sendo imprescindível a análise da realidade em que é posta, os valores considerados essenciais, os direitos indisponíveis dos indivíduos, a fim de adensar a própria disposição plasmada em seu texto, conferindo eficácia vinculante à norma constitucional.

Cumprir observar que a relação constituição e realidade social deve se apresentar em perfeita harmonia, não havendo a superposição de uma sobre outra, sob a égide da racionalidade, ética, justiça e proporcionalidade. Todavia, vindo a se estabelecer uma normatividade desgarrada da realidade, e vice-versa, estar-se-ia diante de uma ordenação sob a égide de um novo positivismo, em que vigoraria a fossilização da Constituição, no caso da prevalência da positivação, ou se instalaria a verdadeira liberdade social ilimitada, sem parâmetros normativos, vigorando aí a insegurança jurídica, no caso da supremacia das relações sociais. Em ambos os casos pode-se prever o fim da democracia e o prelúdio do absolutismo.

Com efeito, não se deve olvidar que o fenômeno social inegavelmente detém um dinamismo bem mais acentuado que o fenômeno jurídico. Assim, se de uma determinada ordem constitucional adveio um conjunto de relações sociais de determinada época, a sua eficácia atemporal será determinada pela sua capacidade de adaptação às novas orientações coletivas. Surge aqui uma nova perspectiva de avaliação da força normativa da Constituição, isto é, segundo a sua adequação social.

A perenização da força normativa da Constituição está diretamente ligada com a capacidade do texto constitucional de regular as relações sociais surgidas com o advento dos novos rumos da sociedade. Nesse ponto, o Poder Judiciário ganha posição proeminente, pois sendo ele o intérprete por excelência das leis e da Constituição Federal, bem como sendo quem realiza a atividade de colmatação, integração e adequação do ordenamento jurídico à realidade social, e esta àquele, será ele o garantidor e perpetuador da força normativa da Constituição. É nesse ponto que se verifica a legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário, ao garantir a legitimidade constitucional em razão do interesse da sociedade.

A referida adaptação do texto constitucional à realidade, todavia, não se expressa na simples tutela ou reconhecimento de determinada situação ou direito antes não previsto. Em verdade, a força normativa da constituição deve exprimir a compatibilização com tendências, comportamentos, costumes que tendem a se perenizar em razão do respaldo social que recebem, como é o caso do tratamento terapêutico com células tronco.

Não se deve olvidar que a adequação que ora se preconiza não se revela na derrogação do texto constitucional, pois se há uma necessidade de adequação à realidade cambiante, tal fato não pode conferir subsídio à derrogação da Constituição Federal. Todavia, a existência de 56 emendas ao texto constitucional denuncia, em verdade, um entendimento diverso tomado pelo legislador pátrio.

Ocorre que as modificações ocorridas, além de compatibilizar o texto constitucional com os novos influxos da sociedade tecnológica, afora algumas prescrições de cunho eminentemente político, não modificaram a essência da constituição, ou seja, a supremacia dos direitos fundamentais com as suas respectivas garantias. Ademais, impende ressaltar que algumas modificações conferiram um maior direcionamento à efetivação de tais direitos, notadamente no que diz respeito às emendas constitucionais 19 e 45.

Dessa forma, o que se veda à integração do texto constitucional à realidade social é que tal movimento incorra na desnaturação da ordem constitucional, o que revela, portanto, a verdadeira força normativa da Constituição Federal. Assim, da mesma maneira que a realização da disposição normativa, produto da interpretação do texto constitucional, deve se dar perante uma nova concepção social, essa última deve guardar consonância com os postulados de ordem constitucional.

A adequação social da Constituição Federal é um imperativo de legitimidade destinado à própria defesa dos direitos fundamentais, pois, se da evolução social, decorre o surgimento de novos direitos, bem como novas facetas e formas de exercício de antigos postulados, o divórcio do texto constitucional diante de tais conjecturas culmina em flagrante situação de postergação da opção político-democrática, e porque não da dignidade da pessoa humana, privando o indivíduo de princípios que norteiam a própria ordem constitucional, como a liberdade e a igualdade

Não obstante a adequação social da Constituição Federal operada por meio da inovação legislativa, como alhures demonstrada, tal movimento constitucional tem por base a busca pela a efetivação dos princípios, pois como mandados de otimização que são, a sua pretensão de eficácia é a máxima possível, direcionada a albergar novas conjecturas que possam ser reconhecidas como imanentes de seu conteúdo.

Por seu turno, a força normativa da Constituição também depende do direcionamento orientado à sua concretização, isto é, da força imanente dos destinatários e titulares das normas de natureza constitucional no interesse de concretizá-las. Trata-se da demonstração, por todos, da vontade de constituição, de satisfazê-la, e de reconhecer que a satisfação da Carta Fundamental vem a ser elemento imprescindível à consagração e implementação dos direitos e garantias fundamentais.

Há que se ter o elemento motor da ordem jurídica para o reconhecimento da força normativa da Constituição Federal, ou seja, que todos aqueles que subjazem sob seus preceitos tenham a vontade manifestamente demonstrada em concretizá-la. A ausência de tal força motriz, por sua vez, direciona a uma verdadeira ditadura com uma Constituição democrática, sendo o Estado governado ao bel prazer de poucos, enquanto o povo permanece no absoluto ostracismo, cuja satisfação dos direitos fundamentais se cinge ao plano meramente ideológico.

Segundo Konrad Hesse⁴⁸, a vontade de constituição se expressa em três premissas, a compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, na compreensão de que essa ordem é mais que uma ordem legitimada pelos fatos e na consciência de que essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana.

Nos tempos hodiernos a concepção da sociedade aberta de intérpretes constitucionais bem exprime a compreensão acerca da vontade de constituição, tendo o Supremo Tribunal Federal reconhecido na figura do *amicus curiae* tal vontade, conforme se verifica em trecho

⁴⁸ Ibid., p.19.

do voto do Ministro Joaquim Barbosa na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.921⁴⁹, *in verbis*:

"A intervenção de terceiros no processo da ação direta de inconstitucionalidade é regra excepcional prevista no art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999, que visa a permitir 'que terceiros — desde que investidos de representatividade adequada — possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99 — que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* — tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional.' (ADI 2.130-MC, rel. min. Celso de Mello, DJ 2-2-2001). Vê-se, portanto, que a admissão de terceiros na qualidade de *amicus curiae* traz ínsita a necessidade de que o interessado pluralize o debate constitucional, apresentando informações, documentos ou quaisquer elementos importantes para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade."

Cumprе salientar que a concretização da Constituição Federal, determinada pela sua força normativa não vigora conforme uma vontade unidirecional.

A força normativa da constituição intenta à adequada satisfação de seus preceitos de forma proporcional, garantindo a necessária convivência entre todos. Tal necessidade decorre pelo fato de que o conteúdo da Constituição não revela uma matéria isolada, ou seja, não se prende unicamente a determinado segmento, mas sim visa positivar todos os interesses que a ordem social reconheceu como necessários e merecedores de tutela suprema.

Outrossim, o próprio evoluir social determina tanto a mudança de tais interesses, como a agregação de outros, bem como novos valores, numa verdadeira dinâmica estabelecida entre a Constituição e a realidade cambiante, não podendo ser desprezados, mas sim compatibilizados, de forma a garantir a máxima legitimidade do texto constitucional.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999 anotada jurisprudencialmente. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/portal/legislacaoAnotadaAdiAdcAdpf/verLegislacao.asp?lei=259>>. Acesso em: 8 jul. 2008.

Isso posto, a força normativa da constituição, para ser implementada, vai depender igualmente da capacidade de harmonização dos diversos interesses, quase sempre contrapostos, mas que a união de todos vem a ser necessária à garantia de uma ordem constitucional eficaz. Incide nesse ponto o princípio da unidade da Constituição Federal, o princípio da proporcionalidade, bem como a técnica da ponderação, cuja abordagem será realizada em tópico específico.

Por fim, há de ser ressaltado que a configuração da força normativa da constituição requer uma interpretação conforme o texto constitucional, bem como a adoção daquela que lhe confira uma máxima efetividade de maneira que, nas palavras de Hesse⁵⁰ (1991, p. 23), se consiga concretizar o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

A força normativa da Constituição Federal, assim considerada o seu poder de vincular, informar, integrar, direcionar e colmatar todo o ordenamento jurídico e a elaboração normativa, bem como compatibilizar, adequar o sistema de normas aos interesses motores da realidade cambiante, deve ser concretizada diuturnamente e de forma perene, caminhando entrelaçada com o evoluir social. A força normativa da constituição não pode ser concebida como uma obra acabada, mas sim que se aprimora de tempos em tempos, sem, contudo, retroceder quanto à sua essência, resguardando o seu núcleo intangível formado pelos direitos e garantias fundamentais.

2.4 A CONCEPÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO COMO ÁRVORE NORMATIVA

O sistema escalonado de normas sob a arquitetura piramidal foi uma das principais teorizações acerca do ordenamento jurídico, podendo ser citados como expoentes na preconização desse modelo Hans Kelsen e Norberto Bobbio.

⁵⁰ Ibid., p.23

Tal escalonamento de normativo possui relevância fundamental na sedimentação da primazia da ordem constitucional, uma vez que, ao estabelecer a Constituição no ápice da pirâmide normativa, conferiu subsídios à teorização da supremacia e da força normativa da Constituição, uns dos pilares do atual estágio do Estado Democrático de Direito.

Com o evoluir da dogmática constitucional e da hermenêutica voltada à concretização da Constituição, em compasso com o reconhecimento da normatividade e supremacia dos princípios, bem como em busca da efetivação dos direitos fundamentais, a estrutura piramidal deixou de possuir uma natureza pura e estagnada, sob uma forma geométrica predefinida.

O conceito de ordem aberta de normas e valores, sistematizada, organizada e harmônica, em plena vinculação com os princípios estabelecidos em uma Constituição, não condiz com a estrutura piramidal antes preconizada como bastante ao estudo do ordenamento jurídico.

O Direito, de uma ciência pura passou a ser concebido segundo a sua multidisciplinaridade, abrangendo diversos campos da realidade social cambiante. Outrossim, se antes o direito era concebido segundo a sua pureza, nos tempos hodiernos vem a ser impossível conceber o fenômeno jurídico isolado dos influxos axiológicos, éticos, filosóficos, sociais, econômicos políticos, culturais e tecnológicos empreendidos pela sociedade globalizada.

Ademais, cumpre salientar que o reconhecimento da multidisciplinaridade do Direito, em conjunto com o reconhecimento da influência que lhe impõe os fatores externos supramencionados, foram dois entendimentos vitais para a progressiva legitimação da ordem jurídica, cujo tal processo ainda se desenvolve nos dias atuais, mas não mais tão incipiente e letárgico, tendo por base, principalmente, a reformulação da supremacia e normatividade dos princípios, bem como o primado da afirmação e concretização dos direitos fundamentais.

Dessa forma, se antes a solução do caso concreto era o produto da análise da norma e da realidade em separado, para se chegar a uma conclusão, hoje, de maneira diametralmente oposta, se concebe por necessária que a norma extraída do texto se realize dentro da realidade,

a fim de se conferir justiça e legitimidade ao ordenamento jurídico. Nesse passo, convém citar a passagem sedimentada por Konrad Hesse⁵¹:

O significado da ordenação jurídica pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão.

Com efeito, a estrutura do ordenamento jurídico que ora se propõe revela o arquétipo de uma árvore assim definida: no tronco estaria a Constituição Federal, sendo as raízes sobreprincípios que, apesar de fazerem parte do tronco constitucional, têm certa primazia por se constituírem em postulados inerentes à dignidade humana, universalmente reconhecidos e intangíveis à ordem estatal fundada no Estado Democrático de Direito; os vários galhos e suas ramificações seriam os “ramos” do direito com as respectivas regulamentações, prosseguindo da mais espessa lei, à mais fina ordem estatal, havendo uma inter-relação entre os “ramos”, tendo em vista a mesma origem ; por seu turno, as folhas se constituiriam no grande universo de relações sociais, econômicas, culturais políticas, bem como as decorrentes do processo tecnológico globalizado, que ao mesmo tempo que vêm a ser determinadas pelo Direito, confere a oxigenação necessária ao ordenamento jurídico, revelando uma relação íntima de vinculação e influência; por último, a seiva da árvore normativa se constitui na sua própria essência, estabelecendo o vínculo necessário e inquebrantável entre todo o sistema.

Trata-se, portanto, do ordenamento jurídico como verdadeiro organismo vivo em constante evolução, mas sem ficar destituído dos atributos fundamentais que constituem a sua essência e o diferencia dos demais sistemas.

No arquétipo da “árvore normativa” as normas de direitos fundamentais previstas no tronco irão influenciar todo o ordenamento jurídico, representado pelos galhos, bem como o complexo das relações sociais, representados pelas folhas. Por outro lado, as relações sociais (folhas), suscetíveis à aspiração de novos valores, interesses e pretensões, irão influenciar todo o ordenamento, inclusive o próprio desenvolvimento dos direitos fundamentais que nelas se concretiza, tendo em vista o liame inseparável (seiva) que os faz parte de um mesmo sistema.

⁵¹ Ibidem, p. 13

Quando há verdadeira sintonia e harmonia no sistema de normas, a segurança jurídica, a ordem, a justiça e a liberdade reinam, perenizando a árvore normativa sob a égide de um Estado Democrático de Direito. Todavia, se sobrevier disfunção, notadamente pela aspiração das relações sociais a elementos inócuos ou degradantes do ordenamento, haveria de ocorrer verdadeira estagnação de todo o sistema ou a sua condenação à derrocada.

A arquitetura ora preconizada, contudo, não pode ser levada aos pormenores das características do organismo vegetal, principalmente por ser uma ilustração de como a concepção do ordenamento jurídico se desenvolve nos tempos hodiernos.

A construção preconizada visa reverenciar, principalmente, que a efetivação dos direitos fundamentais não subsiste na simples afirmação de normas apostas em uma estrutura suprema e rígida que sustenta todo um ordenamento. Tal entendimento, outrossim, se revela necessário ao reconhecimento da própria força normativa da Constituição Federal, que se faz presente como norma fundamental norteadora da realidade social.

Em verdade, a pretendida eficácia e efetividade dos direitos fundamentais decorre da dinâmica entre o direcionamento das relações sociais à concretização desses direitos, bem como da absorção pelas normas de direitos fundamentais dos influxos advindos das relações sociais, guardada a devida proporcionalidade e razoabilidade.

2.5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE INTERPRETAÇÃO APLICÁVEIS À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A Constatação da inegável evolução que ocorreu com esse novo ideário de concretização constitucional foi a teorização da supremacia e força normativa dos princípios, bases de todo sistema, que irão servir de critério de fundamentação, interpretação, colmatação, integração, direção e limitação do próprio organismo normativo, espargindo suas diretrizes por todo ordenamento.

Dessa nova concepção de sentido dos princípios, a sua função interpretativa é inegavelmente a primordial para se garantir o equilíbrio do sistema normativo, tendo em vista que será por meio dela que, na procura pela melhor solução ao caso concreto, possibilitará às instâncias do Judiciário adensar o mandado de otimização veiculado no princípio e concretizá-lo na realidade social.

Todavia, não se deve olvidar que a função interpretativa dos princípios difere dos princípios interpretativos que se qualificam como instrumentos hermenêuticos.

O princípio da dignidade da pessoa humana, plasmado no texto constitucional, inegavelmente detém uma função interpretativa, pois informa o conteúdo de normas infraconstitucionais e se constitui em verdadeira via por onde deve percorrer o intérprete. A interpretação e aplicação de determinada norma, *in casu*, deve guardar o melhor meio de concretizar a dignidade da pessoa humana.

Verifica-se, portanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana oferece tanto um conteúdo material como um conteúdo interpretativo.

Diversamente ocorre com os princípios de interpretação constitucional que se destinam a aclarar o sentido das normas (princípios e regras constitucionais), mas não trazem consigo um mandado de otimização. A instrumentalidade lhe é inerente. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso⁵² esclarece o sentido dos princípios instrumentais de interpretação ao asseverar a sua compleição em premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta.

Não obstante o seu caráter instrumental, os princípios de interpretação constitucional também se revestem de caráter fundamental e orientador do sistema normativo, constituindo-se em verdadeiras diretrizes hermenêuticas de concretização constitucional.

Passado o breve prólogo cumpre adentrar na temática dos princípios de interpretação especificamente constitucional, tendo em vista a sua relevância na efetividade dos direitos fundamentais em concreto.

⁵² Ibid., p.359.

2.5.1 Princípio da Supremacia Constitucional

O Princípio da Supremacia Constitucional prescreve a hegemonia da Constituição Federal, como norma fundamental do ordenamento jurídico. Prescreve a sua superioridade sobre todas as outras normas e atos do Estado e de particulares.

Como norma suprema, ela deve ser obrigatoriamente observada pelo intérprete na construção da solução ao caso concreto e no procedimento de concreção dos ditames legais postos em patamar inferior à Constituição Federal.

Trata-se de um princípio essencial da ordem constitucional e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito.

A supremacia constitucional informa, outrossim, que, em razão da natureza suprema da Carta Fundamental, não se pode admitir uma interpretação destoante do que ela prescreve, ou dos valores protegidos e escolhidos como válidos, direcionadores de toda vida do Estado.

2.5.2 Princípio da Força Normativa da Constituição

Pelo princípio da Força Normativa da Constituição o intérprete deve buscar a interpretação capaz de conferir maior aplicabilidade ao texto constitucional. Deve-se primar pelo reconhecimento de que a norma constitucional é detentora de potestade fundamental e legitimadora das demais normas, constituindo-se em verdadeiro vetor de ordenação positiva.

A força normativa da constituição tem a função de espargir valores legitimamente escolhidos e positivados, sendo esses de observância obrigatória, visto que revelam o próprio interesse dos indivíduos submetidos à soberania Estatal.

Por fim, a força normativa da Constituição preconiza que os postulados por ela traçados são de observância obrigatória, não se constituindo em uma diretriz opcional, mas sim em um mandado de implementação obrigatória, sujeitando os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a adequar o exercício de suas funções aos valores positivados e implícitos do texto constitucional.

2.5.3 Princípio da Máxima Efetividade Constitucional

Pelo princípio da máxima efetividade constitucional, o intérprete deve perseguir o sentido da norma que mais realize o preceito constitucional informador que lhe confere fundamento.

Dessa forma, se o intérprete e aplicador do Direito estiver diante de uma norma cujo conteúdo seja vago, ou que prescreva um conceito indeterminado de amplitude elevada, como “interesse público”, deve pautar a sua atuação em consonância com o sentido mais eficaz que se pode extrair da proposição normativa veiculadora dos valores constitucionais fundantes do Estado Democrático de Direito.

Outrossim, o princípio da máxima efetividade do texto constitucional decorre da própria concepção de princípio como um mandado de otimização, cujo conteúdo revela uma pretensão de realização que deve ser alcançada da forma mais ampla possível, em conformidade com os parâmetros constitucionais de razoabilidade e proporcionalidade.

Isso posto, a máxima efetividade do texto constitucional determina a interpretação e aplicação da norma constitucional do modo que melhor satisfaça aos valores albergados no texto constitucional.

2.5.4 Princípio da Unidade da Constituição

Tal princípio prescreve que a Constituição Federal, ao ser interpretada, deve ser entendida como um todo unitário, extraindo-se daí dois postulados: a) da inexistência de hierarquia entre normas constitucionais; b) e de que quando da interpretação de uma norma constitucional não se deve considerá-la isoladamente, mas sim extrair do texto o seu sentido dentro do sistema, observando a sua inter-relação com as demais normas.

Por seu turno, decorre da aplicação desse princípio a inexistência de contradição entre normas do texto constitucional, não obstante o tratamento de diversos direitos que às vezes se contrapõem. Nesse sentido, salienta Canotilho, citando K. Stern⁵³:

Como ponto de orientação, guia de discussão e factor hermenêutico de decisão, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre normas constitucionais a concretizar (ex.: princípio do Estado de Direitos e princípio democrático, princípio unitário e princípio da autonomia regional e local). Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.

O princípio da unidade da Constituição confere subsídios a se admitir a impossibilidade de previsão de direitos fundamentais absolutos, pois do contrário, estaria institucionalizado a verdadeira insegurança jurídica, bem como o caos do ordenamento jurídico e social. Ademais, a unidade da constituição também confere fundamento à adoção da técnica da ponderação, no caso concreto, quando se há um conflito aparente de normas de igual peso, não sendo admitido a postergação de um direito ou garantia em favor de outro, mas sim devendo reduzir o âmbito de abrangência e realização de ambos com a devida proporcionalidade, visando a uma harmonia e adequação que lhes garanta a vigência.

2.5.5 Princípio da Conformidade ou Justeza Constitucional

⁵³ Ibid., p. 1223.

Veda-se, com base nesse princípio a interpretação da norma que vise, no caso concreto, a desvirtuar o sistema de funções instituídas pela Constituição Federal.

Não pode o Judiciário, imiscuir-se no exercício das funções legislativa e executiva, nem tolher de tais funções as atribuições que lhes são inerentes, seja legislando mediante uma decisão positiva, seja regulamentando ou prescrevendo políticas públicas com base em normas constitucionais programáticas.

Atualmente se verifica uma flexibilização desse princípio no que tange ao mandado de injunção. Diversas decisões do Supremo Tribunal Federal veiculam verdadeiros comandos positivos para no caso concreto regulamentar o exercício de um direito constitucional em razão da ausência de comando legislativo, óbice esse não só inconstitucional, mas violador da ordem estatal democrático-jurídica, pois veda o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.

2.5.6 Princípio da Concordância Prática ou da Harmonização

Pelo princípio da concordância prática ou da harmonização evidencia-se uma característica inerente ao próprio conceito de sistema, ou seja, a compatibilização e a convivência harmônica entre as mais diferentes normas protetoras de direitos e garantias fundamentais.

Por esse princípio o intérprete/aplicador deve buscar a interpretação que venha a estabelecer a convivência harmônica entre normas, de maneira que a proteção de uma não importe a supressão do manto protetor de outra.

Ao decidir o caso concreto deve-se sempre primar por uma solução que conduza à harmonia do sistema, capaz de satisfazer o destinatário do provimento judicial, mas sem postergar o interesse público subjacente à garantia de um direito fundamental, pois do contrário, estar-se-ia instituindo verdadeira insegurança jurídica, já que se permitiria a satisfação de interesses sem um limite aceitável.

O princípio da concordância prática é bem visualizado quando se está diante de um conflito aparente de direitos fundamentais, quando deve se proceder ao devido sopesamento entre eles diante do caso concreto.

2.5.7 Princípio do Efeito Integrador

Na concepção de Canotilho⁵⁴ (2003,p. 1224), o princípio do efeito integrador significa que na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve-se primar pelos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política.

Todavia há de se alertar que a aplicação de tal princípio deve voltar-se a ideais legítimos, objetivos verdadeiramente traçados pelo constituinte originário e que ganham relevância no evoluir constitucional, agregando novos valores defendidos pela sociedade.

Deve vedar-se a aplicação de tal princípio para justificar a adoção de uma política de “interesses”, destituída de legitimidade. Um bom exemplo da aplicação errônea desse princípio é a defesa da cláusula da reserva do possível frente à garantia constitucional do mínimo existencial. Todavia, a evolução da jurisprudência, para fortuna da sociedade, vem afastando tal argumento, direcionando-se a uma verdadeira efetivação do texto constitucional. É transformar letras em satisfação humana da dignidade.

2.5.8 Princípio da Interpretação Conforme a Constituição

A aplicação desse princípio ostenta significativa importância no sistema de controle de atos públicos pelo Judiciário, notadamente no sistema de controle constitucional em abstrato ou via ação direta.

⁵⁴ *Ibis.*, p.1224.

Significa que na aplicação da lei, deve-se perseguir o sentido que guarda conformidade com o preceito constitucional informador, afastando interpretações destoantes do real sentido aceito e pretendido pela Constituição Federal.

Valendo-se outra vez da lição de Canotilho⁵⁵, há três dimensões fundamentais decorrentes desse princípio:

[...] o *princípio da prevalência da constituição* impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais; o *princípio da conservação de normas* afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a constituição; o *princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição mas contra legem* impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição, mesmo através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais.

Não obstante a previsão expressa da interpretação conforme a constituição no procedimento de controle abstrato de normas, conforme artigo 28 da Lei 9868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, o fato é que tal princípio deve estar vinculado a toda atividade jurisdicional, pois cabendo ao Poder Judiciário, como um todo, a defesa da ordem constitucional, não vem a ser admissível que qualquer dos seus membros aplique uma interpretação que afaste o sentido plasmado na norma constitucional.

2.6 COLISÃO E HARMONIA ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal, analítica que é, previu em seu corpo uma extensa normatização que veio a fundamentar a existência do Estado Brasileiro, fazendo parte desse universo de normas um significativo acervo de direitos fundamentais. Todavia tais direitos fundamentais não exprime em um rol fechado, como já salientado, possuindo ampla abertura,

⁵⁵ Ibid., p.1226.

proporcionando a teorização acerca da existência de direitos fundamentais externos ao rol estabelecido, mas dentro do sistema normativo constitucional, bem como direitos fundamentais não expressos, mas que podem ser verificados através de uma interpretação teleológica e sistêmica.

Nesse passo, inegavelmente o conflito aparente faz parte da vivência dos direitos fundamentais, pois diante de tal universo não se pode admitir a absoluta aplicação de algum direito fundamental, tendo em vista a imprescindibilidade de resguardar a integridade e harmonia do sistema normativo.

Com efeito, as colisões oriundas entre direitos fundamentais se externarão de formas variadas, podendo envolver direitos fundamentais de titulares diferentes sobre uma mesma perspectiva ou não, entre titulares de direitos diferentes, entre um titular e um grupo, dentre outros. De relevância para o controle jurisdicional das Políticas Públicas será o reconhecimento de que a solução no caso de embate entre direitos fundamentais não prescinde da análise fática, não havendo como dirimir a questão com o simples sopesamento abstrato normativo, mesmo porque, como já salientado, o direito se realiza na realidade social e dessa sofre influxos.

Cumprе salientar que a colisão entre direitos fundamentais alvo de breve exposição, tem por base a arquitetura de tais direitos em normas-princípio, e não em normas-regras, tendo em vista que o conflito entre essas últimas se resolve por meio da exclusão aplicação de uma exceção, enquanto em relação aos princípios a solução se dá por meio da ponderação mediante aplicação do princípio da proporcionalidade, tendo em vista a pretensão de ampla realização que os informa.

Na busca pela convivência harmônica entre os princípios, a proporcionalidade será o vetor primordial por onde deve se guiar o intérprete e o aplicador do direito. Nesse passo, segundo Robert Alexy⁵⁶ o princípio da proporcionalidade se subdivide em três outros representados pelo princípio da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

⁵⁶ Ibid., 110

Pelo princípio da idoneidade, o meio empreendido na consecução de um dado princípio deve ser adequado e suficiente à consecução de tal objetivo. Condiz, portanto, com o conceito de efetividade de modo, que, a utilização de um procedimento inidôneo á concretização de um direito fundamental estabelecido em uma norma princípio deve ser abandonado, pois do contrário haverá uma dupla lesão, postergando imotivadamente tanto o princípio a que se pretendia perfazer, como, igualmente, o princípio cujo âmbito de abrangência foi reduzido em prol da relevância executória do primeiro.

Por seu turno, o princípio da necessidade revela um ideal de eficácia, ou seja, dentre as possibilidades de concretização de um direito fundamental explicitado em uma norma-princípio deve-se primar por aquela em que o método escolhido melhor satisfaça o direito fundamental, da forma menos dispendiosa, e que repercuta a mínima intervenção necessária em outro princípio, eventualmente em conflito com o que se busca satisfazer.

Quanto ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, esse vem a revelar a base da técnica da ponderação entre princípios instituidores de direitos fundamentais, que, segundo Alexy⁵⁷, pode ser expressa pela fórmula “quanto mais alto é grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”. Assim, a justificativa de uma intervenção em um direito fundamental reside na necessidade de implementação de outro, bem como na relação comprobatória de que a intervenção no primeiro é bem mais aceitável e menos grave que a postergação daquele cuja concretização se almeja.

Não se deve olvidar que a ponderação não se encerra por aí, envolvendo a técnica de sopesamento na qual se estabelece pesos quanto à relevância concreta e abstrata da concretização dos princípios que expressam direitos fundamentais, bem como graus de interferência que dados princípios podem suportar, interrelacionando-se todas essas variáveis no afã de se chegar à conclusão mais aproximada do ideal de justiça estabelecido pelo Estado Democrático de Direito.

Há de ser ressaltado que muito embora ocorra certa valorização de alguns direitos fundamentais com a indicação de seus pesos, isso não incorre na negativa do princípio da unidade da Constituição Federal, pois o que se busca é a vedação do exercício absoluto de tais

⁵⁷ Ibid., 68

direitos, garantindo, assim, a harmonia do texto constitucional. Ademais, a simples atribuição de peso não é suficiente para satisfazer o conflito aparente de princípios, razão pela qual não subsiste a supremacia entre normas constitucionais, sendo necessária a identificação do grau de intervenção.

Nota-se que a ponderação requer certa abertura quanto à valoração dos princípios em conflito, notadamente quanto à atribuição de pesos, demonstrando assim certo subjetivismo do intérprete e aplicador do direito ao cotejar as normas em face da realidade a qual deve ser aplicada, razão pela qual necessariamente dever-se-á primar pelo sentido de implementação constitucional e indissociabilidade dos valores norteadores da justiça, ética, da dignidade da pessoa humana plasmados na Constituição Federal.

De fato, o sopesamento entre princípios não pode encerrar uma regra fechada apriorística, segundo a qual a sua mera aplicação seria suficiente ao encontro de uma justa solução ao caso concreto. Outrossim, a própria conceituação de princípio torna inadequada a pretensão de formulação de uma regra fundamental que venha a assegurar a devida conclusão, quando se estiver diante de um conflito aparente entre princípios.

Todavia, se há uma pretensão voltada à instrumentalização de um norte imutável dentre às universalidades de conjecturas acerca da decisão mais escorreita, quando se estiver diante de conflito aparente entre princípios, a solução pode ser percebida nas digressões formuladas por Konrad Hesse⁵⁸, *in verbis*:

[...] o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (*Telos*) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito.

Dessa forma, o limite da ponderação reside na própria Constituição Federal, nos valores, interesses, direitos, bens, objetivos e institutos considerados fundamentais para a estruturação do Estado e perenização da ordem social, de forma que será destituída de legitimidade a interpretação do julgador que meramente vise à adequação da proposição normativa à realidade cambiante, postergando o próprio direito.

⁵⁸ P.23

Isso posto, se mediante a ponderação entres princípios a solução encontrada não estiver em consonância com o sistema normativo e axiológico da Constituição Federal, essa não deterá legitimidade para a devida execução, devendo ser reformulada toda a construção dialética entre os princípios de forma a encontrar a proporcionalidade de reconhecida legitimidade constitucional.

2.7 ESPÉCIES NORMATIVAS CONSTITUCIONAIS E A VINCULAÇÃO DO PODER PÚBLICO

Outro aspecto advindo da reformulação da dogmática constitucional reside no reconhecimento da vinculação do Poder Público, com um todo, às normas detentoras de supremacia e força normativa constitucional.

Todavia, como é cediço, há normas extraídas do texto constitucional que necessitam de uma determinada regulamentação a fim de que o direito fundamental nela estabelecido seja devidamente usufruído dentro de parâmetros legais de aceitabilidade, em consonância com a Constituição Federal. Ou seja, há normas de natureza constitucional entrevadas pela reserva legal.

É de conhecimento notório, outrossim, que o Legislador pátrio ainda não logrou êxito em regulamentar todas as normas constitucionais dependentes de lei. Com efeito, diante de tais circunstâncias, seria concebível que um direito fundamental não pudesse ser usufruído em razão da mora legislativa? É evidente a resposta negativa, pois do contrário se estaria destituindo da Constituição Federal a sua força normativa e sua supremacia.

Decorre de tal digressão que a eficácia das normas constitucionais pode ser perquirida em relação às suas perspectivas jurídica e social.

No que tange à eficácia jurídica, todas as normas constitucionais as detém. O sistema normativo constitucional legitimamente estabelecido se constitui de regras e princípios de

força cogente e paralisante relativamente a qualquer tipo de conduta tendente a postergá-los, bem como detentores de uma superioridade formal e material.

A eficácia jurídica das normas constitucionais, remonta à própria eficácia da Constituição Federal. Dessa forma, deve haver observância formal e material das normas infraconstitucionais às normas constitucionais, não sendo válida a afirmação de que em face de reserva legal e em razão da inexistência de regulamentação de dado dispositivo, o direito fundamental estabelecido pelo texto constitucional possa ser postergado ou usufruído de forma desarrazoada e desproporcional, representando verdadeira inconstitucionalidade no sistema normativo a que pertence.

A eficácia jurídica das normas constitucionais é representada por dois princípios basilares, o da supremacia e o da força normativa da Constituição Federal. Dessa forma, por mais que se possa verificar a ausência de uma regulação do direito fundamental a ser usufruído, a norma constitucional resguarda o seu reconhecimento, sendo inconstitucional toda e qualquer ação que desvirtue ou postergue a sua finalidade.

Ademais, com o advento da ordem constitucional toda e qualquer disposição normativa pretérita com ela incompatível (incompatibilidade com os direitos fundamentais notadamente) tornar-se-á inválida, não obstante a ausência de eventual regulamentação do dispositivo presente no texto constitucional.

Por outro lado, a despeito da reconhecida eficácia jurídica, as normas constitucionais não possuem uma eficácia social absoluta, o que vem a requerer de todos os destinatários e titulares da ordem constitucional o esforço contínuo na sua implementação.

A eficácia social da norma constitucional diz respeito à sua efetividade, ou seja, a sua vivência, adensamento, concretude na realidade a que se deseja nortear. É a concretização fática da proposição jurídica dentro da sociedade. Nesse sentido, ressalta Miguel Reale (1999, p.114) que eficácia vem a ser o cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao reconhecimento (Anerkennung) do Direito pela comunidade, no plano social, ou, mais particularizadamente, aos efeitos sociais que uma regra suscita através do seu cumprimento.

Com efeito, a eficácia social de uma norma constitucional dependerá, em certos casos, de um veículo normativo regularizador. Da mesma forma, há outras hipóteses em que o preceito jurídico “meio” (norma infraconstitucional) servirá para definição do âmbito de abrangência da norma constitucional, e, por fim, existem determinadas normas constitucionais, por suficientemente reguladas no próprio texto não dependerão de uma norma “meio” a determinar sua eficácia social.

Nesse passo, os direitos fundamentais podem vir expressos em normas de eficácia plena (bastante em si mesma para produzirem efeitos), eficácia contida (havendo a necessidade de uma norma infraconstitucional reduzir-lhe a abrangência, regulamentando-a) e eficácia limitada (sendo necessária uma regulamentação afim de se exercer os direitos de que advêm da disposição normativa, tanto em relação a uma disposição programática, quanto em relação a uma proposição institutiva), segundo a classificação proposta por José Afonso da Silva.

Advém de tal classificação três problemas em cuja atualidade ainda persiste, envolvendo a obrigatoriedade do legislador de legislar, a legitimidade do Poder Judiciário como legislador positivo e a eficácia imediata dos direitos fundamentais.

Ressalte-se que não obstante o reconhecimento da necessidade de algumas disposições constitucionais necessitarem de certa regulamentação, em verdade as normas constitucionais sempre possuíram um mínimo de eficácia social, pois delas imana a potencial capacidade de concretização por seu titular, que nos tempos hodiernos vem granjeando maior amplitude em face da nova perspectiva de manejo do mandado de injunção.

No que tange à legitimidade do Poder Judiciário como legislador positivo, cumpre observar que a análise dessa temática será desenvolvida no terceiro capítulo, abrangendo a legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, razão pela qual serão alvo de abordagem, nesse momento, os dois tópicos a seguir expostos.

2.7.1 A obrigatoriedade da inovação legislativa pelo Poder Legislativo

Vinculada à instituição de uma Constituição Federal reside a sua pretensão de concretização, movimento esse que deve ser perseguido e implementado pelos titulares e destinatários da nova ordem jurídica que se instala. Todavia, depois de vinte anos completos, a Constituição brasileira ainda não logrou êxito em uma regulação adequada, notadamente quanto ao exercício de direitos fundamentais.

Com efeito, diante de tal fato, surge o questionamento acerca da obrigatoriedade ou não de implementação normativa da Constituição Federal pelo Poder Legislativo, ou seja, se, diante de uma reserva legal, como ordem constitucional para legislar, teria o legislador discricionariedade na elaboração normativa apta ao exercício do preceito constitucional.

O legislador pátrio, no exercício de sua função de concretização do texto constitucional, desenvolve basicamente três atividades externalizadas na forma de estabelecimento de objetivos, atendimento de objetivos e fixação de meios.

Na primeira hipótese o direito fundamental a ser concretizado se submete aos objetivos traçados pelo legislador. Nesse caso, a Constituição Federal apenas informa, por meio de uma norma (princípio ou regra) qual vem a ser o direito fundamental plasmado, submetendo aos auspícios do Poder Legislativo a fixação de objetivos a fim de concretizar o preceito constitucional.

No que tange à segunda hipótese, o direito fundamental já vem assegurado sobre um maior viés constitucional, tendo em vista que a Constituição Federal não se restringe a declarar o direito fundamental, traçando, outrossim, os objetivos a serem perseguidos pelo legislador, cabendo a esse a possibilidade de escolha do que melhor atenda ao direito fundamental estabelecido, de acordo com as razões que norteiam a realidade social dinâmica.

Por fim, a terceira hipótese revela a possibilidade de o legislador pátrio escolher os meios de implementação do direito fundamental, em tal perspectiva, a Constituição Federal, além de fixar o direito fundamental, estabeleceu os objetivos a serem perseguidos,

Ante o exposto, qual seria a discricionariedade do legislador quanto à concretização do texto constitucional? A resposta, em consonância com o momento atual de busca pela efetivação dos direitos fundamentais e concretização legitimada da Constituição Federal, é

que, de fato, ao legislador pátrio não foi dado a escolher entre regulamentar ou não as disposições constitucionais, residindo a sua discricionariedade, como já salientado, unicamente na possibilidade de se estabelecer objetivos, escolher quais dentre os objetivos fixados e determinar os meios de satisfação.

Dessa forma, em razão da imperatividade que imana do texto constitucional, bem como em razão da força normativa e da supremacia da Constituição Federal, leva-se a concluir que a tese da discricionariedade do Poder Legislativo não reside na opção entre legislar ou não, entre regulamentar ou não a norma constitucional, mas sim, em verdade, na forma e amplitude como se dará esse movimento de concretização constitucional.

Tal entendimento pode ser extraído das linhas tecidas por Robert Alexy, pois fora das normas constitucionais que obrigam ou proíbem o legislador de atuar, a sua discricionariedade seria unicamente estrutural, ou seja, para definir objetivos, escolher meios e para sopesar, e não no que respeita à atividade de legislar voltada à regulamentação do texto constitucional. Nesse sentido, salienta Alexy⁵⁹ acerca da definição de objetivos:

Diante de um direito fundamental, o legislador tem uma discricionariedade para definir objetivos se esse direito contiver uma autorização de intervenção que ou deixe em aberto as razões para a intervenção ou, embora mencione essas razões, apenas permita, mas não obrigue, a intervenção se essas razões estiverem presentes. No primeiro caso, o legislador pode decidir, ele próprio se ele quer intervir no direito fundamental e em razão de que finalidades, objetivos ou princípios. No segundo caso ao legislador cabe pelo menos a decisão sobre encampar os fins, objetivos e princípios elencados no dispositivo constitucional e sobre a própria oportunidade da intervenção.

Já quanto à escolha de meios, Alexy⁶⁰ preconiza que pode haver normas de direito fundamental determinantes de uma ordem negativa ou positiva, atribuindo-se, nesse caso, os meios a se escolher para se atingir o fim proposto. Salienta ainda o citado autor que da escolha dos meios pode haver uma variação quanto à satisfação das finalidades normativamente predispostas, quando aí deverá se valer do sopesamento e proporcionalidade.

Não se corrobora, portanto, com o entendimento acerca da não constatação de omissão legislativa inconstitucional perante imposições constitucionais abstratas ou implícitas, ou seja,

⁵⁹ Idem. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.585.

⁶⁰ Idem. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.586.

quando não há uma ordem expressa de legislar, pois dotando a Constituição Federal de uma pretensão de efetividade, a condição inafastável concretização de uma ordem constitucional não se traduz em uma interpretação que lhe furta a efetividade, desvirtuando, assim, os postulados da máxima efetividade do texto constitucional e o da proclamada força normativa da Constituição. Nesse sentido, cabe citar lapidar passagem na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1442-1⁶¹, *in verbis*:

O desprezo estatal por uma constituição democrática revela-se incompatível com o sentimento constitucional resultante da voluntária adesão popular à autoridade normativa da lei fundamental

A violação negativa do texto constitucional, resultante da situação de inatividade do Poder Público – que deixa de cumprir ou se abstém de prestar o que lhe ordena a Lei Fundamental – representa, notadamente em tema de direitos de liberdade de segunda geração (direitos econômicos sociais e culturais), um inaceitável processo de desrespeito à Constituição, o que deforma a vontade soberana do poder constituinte e que traduz conduta estatal incompatível com o valor ético-jurídico do sentimento constitucional, cuja prevalência, no âmbito da coletividade, revela-se fator capaz de atribuir, ao Estatuto Político, o necessário e indispensável coeficiente de legitimidade social.

Segundo o doutrinador lusitano J. J. Gomes Canotilho⁶² apesar de reconhecer o dever de tornar exeqüíveis as normas constitucionais, a isso não compreende um direito fundamental à legislação, *in verbis*:

Embora haja um dever jurídico-constitucional do legislador no sentido de este adoptar as medidas legislativas necessárias para tornar exeqüíveis as normas da Constituição, a esse dever não corresponde automaticamente um direito fundamental à legislação. Daí a insistência de institucionalização de formas democráticas tendentes a um maior reforço da protecção jurídica contra omissões inconstitucionais [...].

Todavia impende observar que os direitos fundamentais não envolvem somente o seu reconhecimento, mas também exigem uma legislação que possibilitem o seu exercício, resguarde, e protejam os seus titulares. Ademais, quando ressalta o citado autor a necessidade de institucionalização de instrumentos hábeis à concretização de direitos, fica aí demonstrado o direito fundamental à legislação que, por meio de utilização de institutos processuais constitucionais, seria garantido o exercício direito fundamental pleiteado pelo Poder Judiciário, quando, em verdade, a incumbência originária é de titularidade do Poder Legislativo.

⁶¹ Idem. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1442-1 Distrito Federal. Tribunal Pleno. Diário da Justiça, Brasília, 29, abr. 2005. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor>. Acesso em: 30 jun. 2008.

⁶² Ibidem. , p. 1037.

De fato, não há na Constituição Federal norma direcionada a albergar a posição de inércia do Poder Legislativo. Outrossim, quando há uma abertura quanto ao dever de regulamentar a Constituição tal fenômeno nunca se concretizará de forma absoluta, pois quando não existe uma obrigação de legislar acerca de determinado ponto específico de determinada matéria, em relação a outro não existirá tal liberalidade, sobre essa mesma matéria, como ocorre com a institucionalização dos tributos.

Cumprе ressaltar que a discricionariedade quanto à regulamentação vem sendo gradativamente extirpada do nosso ordenamento jurídico, notadamente pelo efetivo controle do Poder Judiciário, quer seja quando faz as vezes de legislador positivo no caso concreto, quer pela admissibilidade de fixação de prazo razoável até mesmo para o Poder Legislativo, a fim de que esse exercite sua competência legiferante e rechace o estado de inconstitucionalidade⁶³.

2.7.2 A eficácia imediata dos direitos fundamentais

A eficácia imediata dos direitos fundamentais conta com disposição expressa na Constituição Federal, conforme artigo 5º, §1º, segundo o qual, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, ficando assim explicitado o interesse do Legislador Originário em garantir a efetividade dos direitos fundamentais, bem como, igualmente, corroborar com a busca da efetividade da Constituição.

O conteúdo da proposição textual revela uma gama de perspectivas acerca da eficácia dos direitos fundamentais. Todavia, em consonância com o desiderato proposto para o presente trabalho, adotar-se-á a interpretação que logra satisfazer o programa constitucional em sua máxima amplitude. Há que salientar, contudo, que a máxima interpretação constitucional proposta não implica no descompasso frente aos demais princípios regedores da ordem constitucional, sendo por essa razão admissível.

⁶³ Diversas decisões do Supremo Tribunal Federal vêm fixando tal entendimento, como se verifica nos mandados de injunção que reconhecem o direito de greve dos servidores públicos (670,708 e 712), nas ações direta de inconstitucionalidade que versaram sobre a obrigatoriedade do Poder Legislativo em regulamentar o Art. 18, §4, da Constituição Federal (2240, 3316, 3489, 3682 e 3689).

Nas palavras de Ingo Wolfgang⁶⁴, a norma sob referencia expressa um verdadeiro princípio, considerando-a, portanto um mandado de otimização, definição essa que há de se referendar, tendo em vista a busca pela máxima aplicação do art. 5º, §1º. Contudo, não destoando da essência preconizada pelo citado autor, entende-se que tal dispositivo possui uma maior representatividade no sistema normativo constitucional, constituindo-se em verdadeira cláusula pétrea, integrante do núcleo imutável da Constituição Federal, pois do contrário, os direitos fundamentais seriam meras orientações ideológicas, noção essa inconcebível do atual estágio do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a eficácia imediata dos direitos fundamentais não se restringe a um rol *numerus clausus*, mas sim *numerus apertus*, englobando todas as perspectivas tratadas no primeiro capítulo do trabalho monográfico. Não se corrobora, portanto, com uma interpretação restritiva, sob pena de fenecimento de toda a teorização dos direitos fundamentais implícitos e decorrentes. Nesse sentido, salienta Ingo Wolfgang⁶⁵ que o Constituinte de 1988, além de ter consagrado expressamente uma gama variada de direitos fundamentais sociais, considerou todos os direitos fundamentais como normas de aplicabilidade imediata.

Basicamente, a eficácia imediata dos direitos fundamentais prescreve que tais direitos serão exercíveis, e não poderão ser vilipendiados, nada obstante a ausência de eventual lei que os regulamente.

Todavia, não serão todas as normas de direito fundamental que possuirão a positivação jurídica necessária ao seu pleno exercício. Nessa hipótese, poder-se-á admitir a eficácia imediata quando, no caso concreto, por meio de ação autônoma ou utilização do mandado de injunção, se busca a efetivação de direitos subjetivos individuais, coletivos ou individuais homogêneos. Como exemplos, podem ser citadas as decisões nos mandados de injunção 670/ES, 708/DF e 712 DF, do Supremo Tribunal Federal, fixando a orientação de que o provimento judicial nessa ação constitucional não estaria limitada à mera declaração da mora legislativa, hipótese em que o Tribunal fez as vezes de verdadeiro legislador positivo a fim de

⁶⁴ Ibid., p.282.

⁶⁵ Ibid., p.279.

albergar o exercício do direito de greve provisoriamente e afastar o estado de inconstitucionalidade por omissão, como se verifica em trecho do Informativo 485⁶⁶, *in verbis*:

Ressaltou-se que a Corte, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário. Registrou-se, ademais, o quadro de omissão que se desenhou, não obstante as sucessivas decisões proferidas nos mandados de injunção. Entendeu-se que, diante disso, talvez se devesse refletir sobre a adoção, como alternativa provisória, para esse impasse, de uma moderada sentença de perfil aditivo. Aduziu-se, no ponto, no que concerne à aceitação das sentenças aditivas ou modificativas, que elas são em geral aceitas quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora “solução constitucionalmente obrigatória”. [...] Assim, tendo em conta que ao legislador não seria dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, reconheceu-se a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional.

Assim como o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão também se destina à supressão de situação em que a mora legislativa levou à impossibilidade do exercício de um direito fundamental, mas objetivamente considerado, sendo que, nesse caso, a decisão do Supremo Tribunal Federal, por advir do controle abstrato de constitucionalidade, se restringe a dar ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias conforme artigo 103, §2º da Constituição Federal.

As decisões em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão também têm sido alvo de revisão por parte do Supremo Tribunal Federal, adotando-se um provimento de caráter mandamental, como explicitado no Informativo 466 do Supremo Tribunal Federal⁶⁷, referente à ação direta de inconstitucionalidade por omissão 3682-3:

Afirmou-se, ademais, que a decisão que constata a existência de omissão constitucional e determina ao legislador que empreenda as medidas necessárias à colmatação da lacuna inconstitucional constitui sentença de caráter nitidamente mandamental, que impõe, ao legislador em mora, o dever, dentro de um prazo razoável, de proceder à eliminação do estado de inconstitucionalidade, e que, em razão de esse estado decorrente da omissão poder ter produzido efeitos no passado, faz-se mister, muitas vezes, que o ato destinado a corrigir a omissão inconstitucional tenha caráter retroativo. Considerou-se que, no caso, a omissão legislativa inconstitucional produzira evidentes efeitos durante o longo tempo transcorrido

⁶⁶ Idem. Informativo 485. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo485>>. Acesso em: 25 jul. 2008.

⁶⁷ Idem. Informativo 466. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo466>>. Acesso em: 25 jul. 2008.

desde o advento da EC 15/96, no qual vários Estados-membros legislaram sobre o tema e diversos Municípios foram efetivamente criados, com eleições realizadas, poderes municipais estruturados, tributos recolhidos, ou seja, toda uma realidade fática e jurídica gerada sem fundamento legal ou constitucional, mas que não poderia ser ignorada pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. Em razão disso, concluiu-se pela fixação de um parâmetro temporal razoável — 18 meses — para que o Congresso Nacional edite a lei complementar federal reclamada, a qual deverá conter normas específicas destinadas a solver o problema dos Municípios já criados.

Nota-se aqui, que a despeito do tratamento diverso, por não envolver um direito fundamental, o Supremo Tribunal Federal dotou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão com a indumentária de um verdadeiro mandado de concretização, pois, constituindo-se a mora legislativa em situação de inconstitucionalidade, a discricionariedade do legislador em não fazer aí não residiria, notadamente pela situação exurgida no caso concreto.

Afora as questões de busca da eficácia imediata dos direitos fundamentais por meio do mandado de injunção, ou da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, deve-se salientar que diante do caso concreto, na ausência de disposição normativa específica, o Poder Judiciário estará obrigado a decidir conforme a norma constitucional, resguardando de forma imediata o direito fundamental, pois se a lei não tem o condão de excluir da sua apreciação lesão ou ameaça a direito, a ausência de lei não poderá ter essa força.

Outrossim, o próprio artigo 4º do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução ao Código Civil), verdadeira lei geral aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro, confere ao julgador a possibilidade de colmatar o sistema normativo, conferindo subsídios para, no caso concreto, aplicar imediatamente o direito fundamental.

Não se olvide, todavia, que para a aplicação imediata dos direitos fundamentais por parte do Judiciário se requer a observância da devida proporcionalidade, bem com da ponderação com os demais direitos que porventura possam aparecer em conflito. Ademais, a teorização dos direitos fundamentais, preleciona, como imprescindível à própria manutenção do sistema que lhes alberga, a necessidade de uma interpretação e aplicação destituída de absolutismos. Nesse sentido esclarece Ingo Wolfgang⁶⁸:

Ainda que se pudesse argumentar que a remoção de lacunas pelos órgãos judiciários em todos os casos concretos é, ao menos em tese, sempre possível, inexistindo qualquer afronta ao princípio da separação dos poderes, há certas barreiras que

⁶⁸ Ibidem, p. 281.

impedem se possa acolher de forma absoluta a solução proposta. Com efeito, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional, verifica-se que os limites da reserva do possível, a falta de qualificação (e/ou legitimação) dos tribunais para a implementação de determinados programas socioeconômicos, bem como a colisão com outros direitos fundamentais, podem dentre outros aspectos, exercer uma influência decisiva.

Vem a ser despicando abordar aqui a questão da observância obrigatória dos direitos fundamentais por parte do Legislativo, notadamente pela digressão em tópico pretérito quanto à ausência de discricionariedade do legislador relativo à implementação do texto constitucional. Outrossim, se da cláusula da eficácia imediata dos direitos fundamentais decorre a obrigação de implementá-los, formal e materialmente, da mesma forma, decorre a obrigação do legislador não desvirtuar o conteúdo da norma de direito fundamental, sendo essa uma verdadeira condicionante de sua atividade.

Em suma, pode-se falar que em relação ao legislador a eficácia imediata dos direitos fundamentais determina a obrigação de legislar a fim de concretizar a norma de direito fundamental, nos seus aspectos material e formal, conformando-a com a realidade a que se destina regular, sem, contudo, desvencilhar da essência que imana do direito fundamental fundado na Constituição Federal.

Quanto à vinculação dos direitos fundamentais no seio das relações particulares, corrobora-se com o entendimento de Ingo Wolfgang⁶⁹, para quem os particulares estão obrigados a cumprir com os direitos fundamentais, independentemente de ato legislativo ou administrativo. Trata-se aqui da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em que qualquer disposição particular não será válida caso fira tais direitos, por mais que o seu titular seja absolutamente capaz, pois se trata de norma pública de caráter cogente e indisponível.

No que tange à concretização dos direitos fundamentais pelo Poder Executivo, o entendimento acerca da aplicação da cláusula da eficácia imediata legitima a Administração Pública a, diretamente, concretizar o preceito constitucional. Ocorre que ao Poder Executivo também é dada a função de defender e concretizar a ordem constitucional, e, como destinatário da ordem constitucional, não lhe será legítimo se escusar à obrigação de concretização do direito fundamental, com base em uma interpretação teleológica e sistemática entre os artigos 103, §2º e 37.

⁶⁹ Ibid., p. 280.

Dessa nova perspectiva de concretização dos direitos fundamentais pode-se afirmar que, mesmo diante de uma norma programática, peculiar às hipóteses das Políticas Públicas, o direito fundamental poderá ser usufruído no caso concreto por meio da intervenção do Judiciário, tendo em vista que a falta de norma regulamentadora não pode se constituir em elemento de derrogação do texto constitucional. Implementa-se, assim, o verdadeiro funcionalismo da ordem normativa constitucional.

Nesse sentido salienta Uadi Lammêgo Bulos⁷⁰ ser engano pensar que as normas programáticas não servem para nada, ocorrendo que muitos juízes, equivocadamente, não as aplicam alegando falta de legislação, quando, na realidade, existem situações práticas que geram direitos subjetivos.

Não pode, portanto, o titular de um direito fundamental ser prejudicado em face da desídia legislativa. A ausência de uma regulamentação não vem a ser razão suficiente e determinante para a postergação de um direito fundamental, pois do contrário estar-se-ia negando a força normativa da Constituição Federal.

Isso posto, traçada as principais implicações acerca dos direitos fundamentais no Moderno Constitucionalismo e na Moderna Hermenêutica, cuja influência se evidencia na jurisdição constitucional, impende adentrar na temática da legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário no controle de políticas públicas.

⁷⁰ Ibid., p.364.

3 LEGITIMIDADE POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Nos dois primeiros capítulos do trabalho monográfico a temática desenvolvida voltou-se à fixação dos pontos relevantes acerca do atual tratamento dos direitos fundamentais, englobando desde a sua conceituação à quadra hodierna segundo a Moderna Hermenêutica e o Constitucionalismo Moderno.

A necessidade do desenvolvimento da temática inicial dos direitos fundamentais decorre não só da evolução de sua teoria nos tempos hodiernos, nem da crescente difusão social do conhecimento acerca de tais direitos, assim como das vias de acesso que são ofertadas aos seus destinatários e titulares. Em verdade o ponto cardial do presente trabalho monográfico vem a ser o reconhecimento de que, perante toda evolução sofrida pelos direitos fundamentais o Poder Judiciário não se restringiu à figura de um mero espectador, participando do processo de concretização e afirmação dos direitos fundamentais como verdadeiro protagonista, caindo por terra a figura do provimento jurisdicional meramente declaratório, enquanto vem a se solidificar cada vez mais a decisão judicial promocional.

Com feito, a força normativa e a supremacia dos direitos fundamentais, a teorização dos princípios enquanto normas com força vinculante, a difusão dos princípios hermenêuticos, a concepção sistemática e axiológica das normas constitucionais, o reconhecimento de valores dentre outros, são elementos imprescindíveis à fundamentação do controle jurisdicional de Políticas Públicas, bem como ao reconhecimento da legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário para tanto

Ocorre que o Poder Judiciário, no exercício da função judicante, deve primar-se pela defesa da Constituição Federal, não sendo essa uma prerrogativa exclusiva do Supremo Tribunal Federal, enquanto Tribunal Constitucional. Com isso, o controle de atos comissivos e omissivos que importem inconstitucionalidade é, antes de tudo, o

reconhecimento do princípio democrático em sua maior acepção, pois se volta à defesa da decisão fundamental da democracia popular através do Poder Constituinte Originário. Nesse passo, o próprio controle dos atos do Poder Constituinte Derivado, quando da revogação de direito fundamental por ele próprio instituído, em decorrência dos valores constitucionais, vem a ser verdadeira defesa do princípio democrático, pois visa fazer prevalecer a decisão querida pelo povo, por meio de seus representantes.

O ativismo judicial no controle de Políticas Públicas decorre tanto de omissões constitucionais como de comissões inconstitucionais representadas pela inexistência do interesse público constitucional nos programas políticos, ou do seu falseamento, como diuturnamente se apercebe, no afã de corroborar com interesses dispersos do objetivo traçado na Constituição Federal.

Dessa forma, reconhecendo o status do Poder Judiciário como elemento fundamental estabilizador do Estado Democrático de Direito, voltado à concretização, defesa, proteção e reconhecimento dos direitos fundamentais, torna-se proeminente sedimentar a sua legitimidade político-constitucional no controle de políticas públicas, assim demonstrada na abordagem a seguir exposta, partindo da análise do princípio da separação dos poderes e cominado com o processo de politização do Poder Judiciário.

Com efeito, deve-se atentar que os direitos fundamentais, não obstante o seu papel de pedra angular, não se constituem em fundamento único na legitimação político-constitucional do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, pois como já salientado, a legitimidade judiciária reside no trinômio direitos fundamentais, Estado Democrático de Direito e Constituição Federal.

A legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário também se fundamenta em alguns princípios e disposições constitucionais estruturais, cuja, conjugação com a Teoria dos Direitos Fundamentais vem a subsidiar o sistema de controle judicial de políticas públicas.

3.1 CONCEITOS INICIAIS APLICÁVEIS: O QUE VEM A SER, “POLÍTICAS PÚBLICAS” E “LEGITIMIDADE POLÍTICO-CONSTITUCIONAL”

Tendo em vista a necessidade de guarnecer a boa compreensão do tema ora discorrido, revela-se proeminente a fixação de conceitos iniciais a serem aplicados no presente capítulo, especificamente quanto à determinação do que vem a ser, “políticas públicas” e “legitimidade político-constitucional”.

“Políticas públicas” vem a ser uma expressão que, dentre outras tantas, informa um conteúdo amplo, cuja determinação em uma única linha vem a ser de difícil realização. Todavia, cumpre esclarecer-lhe o sentido orientado pela Constituição Federal, pois aí residirá a legitimidade da sua instituição e concretização.

Inicialmente o conceito de políticas públicas se enveredou pelo entendimento acerca da ampla liberdade do Legislativo, primeiramente, e do Executivo, posteriormente, indicando o conjunto de decisões políticas tomadas segundo uma discricionariedade em que reinava a conveniência e oportunidade, direcionadas a nortear os caminhos a serem percorridos pelo Estado quanto à satisfação do interesse público, notadamente pela disposição de obras e serviços públicos.

Todavia tal conceito não mais condiz com o atual estágio da consciência constitucional, de forma que se pode definir como políticas públicas o conjunto de medidas de interesse social instituídas e executadas pelos Poderes Públicos, com base nos vínculos jurídico, político e axiológico permanentemente estabelecidos com os objetivos e fins constitucionalmente assegurados, voltado à concretização dos direitos fundamentais.

Dessa forma, as políticas públicas não se definem pelo simples estabelecimento de programas voltados à concretização dos objetivos e fins ditados pela Constituição Federal, englobando igualmente as ações de Estado direcionadas à concretização

material de tais programas, de desenvolvimento da economia, de acesso á escola, de trabalho , desenvolvimento sócio-cultural dentre outras.

Outrossim, os direitos fundamentais dos quais as políticas públicas se destinam concretizar são aqueles voltados ao que se nomeou de direitos de segunda e de terceira dimensão, ou seja, os direitos sociais, difusos e coletivos. Todavia, deve ser ressaltado que por mais que a ação estatal tenha como objeto direto a satisfação de determinado direito social, como o desenvolvimento do trabalho compatível com a dignidade humana, ou do devido tratamento de determinada patologia, indiretamente concorre para a satisfação dos direitos ditos de primeira dimensão, como a vida, a liberdade e a igualdade.

Vida, liberdade e igualdade, clássicos direitos do indivíduo, e dele indissociáveis, não se concretizam de forma independente. Faz-se necessário o estabelecimento de uma ambiência propícia ao desenvolvimento de tais direitos, através da implementação de políticas públicas. Assim, se em dado momento uma política de saúde não incorpora ao seu programa um tratamento capaz de melhorar a condição de pessoa acometida por patologia grave, aí não se vê a satisfação do direito à vida, pois esta não engloba a sua manutenção meramente biológica, e sim a sua preservação e desenvolvimento dignos, direcionada ao resgate da plena capacidade do indivíduo.

Por tais razões prefere-se à denominação de direitos fundamentais como termo genérico, como objeto a ser satisfeitos pelas políticas públicas, envolvendo todas as suas dimensões.

Ademais, tal entendimento tende a avigorar o controle de políticas públicas, conferindo um parâmetro mais abrangente de sindicabilidade judicial.

Com efeito, o controle de políticas públicas volta-se justamente à conformação das medidas de interesse social instituídas e executadas pelos Poderes Públicos aos desideratos estabelecidos na Constituição Federal. Ou seja, se diante da adoção de determinada política pública se verificar o não atingimento de determinado fim, ou a sua desvinculação para com os motivos que lhe conferiram fundamento, o desvio de poder e

a inobservância dos objetivos e fins constitucionais, aí será cabível a intervenção do Poder Judiciário.

Tal autorização de intervenção nos demais Poderes dispensada ao Poder Judiciário possui uma lúdima finalidade de preservação da superioridade e força normativa da Constituição Federal, bem como da defesa proteção e concretização dos direitos fundamentais. Objetiva, dessa forma, a preservação da decisão política fundamental, bem como a concretização das políticas públicas segundo uma legitimidade democrática.

Isso posto, a essa autorização de intervenção nos demais Poderes para fins de controle político-jurídico da conformação constitucional das políticas públicas optou-se por nomear de legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário.

Pode-se afirmar que a legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário visa, além da necessidade de limitar e conformar os demais atos estatais à legalidade e à constitucionalidade normativa, resguardar a devida legitimidade democrática a fundamentar a adoção de determinada política pública.

Dessa forma, o controle principiológico exercido pelo Judiciário, lhe confere legitimidade político-constitucional à medida que tem por escopo a própria proteção da legitimidade política dos atos provenientes dos demais poderes, ou seja, a sua aceitação diante dos valores e crenças propugnadas por um povo diante de uma determinada época e lugar e que, em face da sua aceitação geral e imprescindível, se faz necessário resguardar no seio de uma Constituição. Com efeito, diante de tal função do Judiciário, impende esclarecer o sentido de legitimidade, nas palavras de Paulo Bonavides⁷¹:

Já a legitimidade tem exigências mais delicadas, visto que levanta o problema de fundo, questionando acerca da justificação e dos valores do poder legal. A legitimidade é a legalidade acrescida de sua valoração. É o critério que se busca mesmo para compreender e aplicar do que para aceitar ou negar a adequação do poder às situações da vida social que ele é chamado a disciplinar

No conceito de legitimidade entram as crenças de determinada época, que presidem à manifestação do consentimento e da obediência.

A legalidade de um regime democrático, por exemplo, é o seu enquadramento nos moldes de uma constituição observada e praticada; sua

⁷¹ Idem. Ciência política. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.112.

legitimidade será sempre o poder contido naquela constituição, exercendo-se de conformidade com as crenças, os valores e os princípios da ideologia dominante, no caso a ideologia democrática

E suma, a legitimidade político-constitucional preconizada se funda justamente na defesa, proteção e concretização da legalidade, da constitucionalidade e legitimidade democrática, direcionada à implementação dos direitos fundamentais.

Atentando para as definições ora estabelecidas, cumpre adentrar na temática central da legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário no controle de políticas públicas.

3.2 CONTEÚDO JURÍDICO AXIOLÓGICO E POLÍTICO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A POSIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

O princípio da separação dos poderes atualmente sedimentado no art. 2º da Constituição Federal, dispendo que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, dentro da possui status de um verdadeiro postulado fundamental inafastável do Estado Democrático de Direito, tendo como razão imanente da sua própria substância a realização do preceito fundamental da liberdade em sua mais ampla abrangência, não significando somente a liberdade política, mas sim toda liberdade necessária à afirmação da dignidade da pessoa humana e compatível com a convivência comum, segundo uma ordem constitucional legítima e plural.

Tal princípio, erigido a fundamental na ordem constitucional, de matriz revolucionária francesa, não obstante a sua presença na Constituição dos Estados Unidos da América de 1787⁷², teve fundamento inicial eminentemente político,

⁷² A Constituição americana de 1787 veio a delimitar uma clara separação das funções do Estado, dispendo no artigo I, seção 1 sobre o Poder Legislativo, no artigo II, seção 1 sobre o Poder Executivo e artigo III, seção 1 sobre o Poder Executivo. Cumpre observar que o bicameralismo no Poder Legislativo já se fazia presente, pois segundo o artigo I, seção 1, “All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives”. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html>. Acesso em: 08

destinando a sua teorização à legitimação, por meio do império da lei, da cisão dos poderes do rei soberano, visando ao controle dos atos imperiais, bem como à independência do Poder Legislativo.

O princípio da separação dos poderes foi, desde o início, informado por uma supremacia que o colocou como pedra angular do sistema constitucional de qualquer Estado, como advém da interpretação da Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão de 1789 em seu artigo 16⁷³, de forma que onde não existisse a efetiva separação dos poderes, não haveria como conceber a existência de uma sociedade politicamente organizada.

Há que salientar que o princípio da separação dos poderes não se expressa unicamente pela regra estanque fundada na sua indispensabilidade para a existência de Constituição e de Estado. Do mesmo modo não se atinge a sua finalidade quando informa unicamente a independência e harmonia entre os Poderes da União, no caso Brasileiro.

Assim como todas as proposições normativas, o princípio da separação dos poderes não logra adensamento sob o seu aspecto meramente formal, ou seja, com a simples indagação quanto ao tratamento harmônico e independente dispensado aos Poderes Legislativo, Executivo e ao Judiciário. Requer, isso sim, a sua compatibilização com a ordem normativa que integra. Nesse sentido Gilmar Mendes⁷⁴ salienta a necessidade da sua reformulação:

Inicialmente formulado em sentido forte – até porque o exigiam as circunstâncias históricas – o princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam.

ago 2008.

⁷³ Segundo o artigo 16 da Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão de 1789, “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao-pfdc/declaracoes>>. Acesso em: 08 ago 2008.

⁷⁴MENDES, Gilmar Ferreira. et. al. Curso de direito constitucional. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.156.

Com efeito, o princípio da separação dos poderes, na quadra atual, comporta não apenas um conteúdo jurídico e político, mas também um conteúdo axiológico, fundado nos valores adotados pela Constituição Federal, e legitimados segundo a ordem social.

O conteúdo jurídico do princípio da separação dos poderes pode ser representado pelas proposições expressas no texto constitucional pertinentes aos procedimentos de colaboração e fiscalização mútua, quando do exercício das funções de Estado, notadamente perceptíveis, como se verifica no processo de elaboração e aprovação das leis orçamentárias, do controle de constitucionalidade, escolha dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, dentre outros voltados à limitação e controle recíproco do poder. São os instrumentos denominados de *checks and balances* pela doutrina norte-americana.

Por seu turno o conteúdo axiológico do princípio envolve os valores imanes que a separação dos poderes visa defender, ou seja, a igualdade democrática, resguardo da participação popular no processo político, o pluralismo político, defesa da dignidade humana e a supremacia dos Direitos Fundamentais. Outrossim, considerando que a separação de poderes faz parte do microsistema dos princípios fundamentais presente no Título I do texto constitucional, a sua interpretação e aplicação com estes deve guardar consonância direta, principalmente quanto ao objetivo fundamental de promover o bem de todos estabelecido no art. 3º, inciso IV.

No que se refere ao conteúdo político, esse pode ser expresso na concepção de que as decisões dos Poderes Legislativo e Executivo, na instituição e implementação dos objetivos e programas estabelecidos na Constituição Federal são soberanas, não podendo sofrer intervenção do Poder Judiciário. Tal viés político da separação dos poderes perdurou por um bom tempo, todavia, com a reformulação do princípio, uma vez reconhecido o seu conteúdo axiológico fundado na força normativa e supremacia constitucional, implantou-se um verdadeira relativização da perspectiva política. Exsurgia, assim, uma nova esperança para a almejada concretização da Constituição Federal segundo a sua legitimidade social.

Ocorre que o sustentáculo do princípio da separação dos poderes, fundado na independência e harmonia, reside na observância da supremacia e força normativa da

Constituição, bem como na busca pela concretização dos direitos fundamentais. Não cabendo ao Legislativo e ao Executivo, quando da formulação, instituição e execução de políticas públicas, uma discricionariedade aberta, mas sim uma vinculação constitucional.

Não se deve olvidar que Poder Judiciário, quando no controle da atuação exercida de forma desviada do texto constitucional pelos demais Poderes, visa proteger o próprio princípio da separação e harmonia que lhes informa, tendo em vista que o desregramento de conduta para com a Constituição Federal pode engendrar um processo de desestabilização político-institucional, incorrendo na prevalência de uma função estatal sobre a outra, quando não se constata o retorno ao passado com o advento de inconcebível fusão entre as funções legislativa, executiva e judiciária.

Ademais, a legitimação do controle pelo Judiciário se destina a garantir a estabilidade por meio da limitação constitucional do poder, pois em admitir-se o desvio (de conduta e de finalidade) do Legislativo e do Executivo, valendo-se do princípio da separação dos poderes, postergar-se-ia o seu conteúdo valorativo de contenção do Poder.

Ressalte-se que a utilização de tal princípio como meio de impedir o Judiciário à concretização do controle de inconstitucionalidades consiste em séria afronta à própria Constituição Federal, pois nesse caso reinaria a incompatibilidade constitucional como regra.

Não se deve olvidar que, assim como aplicável em relação a todo princípio fundamental, não se pode valer da supremacia do princípio da separação de poderes com o intuito de resguardar uma situação inconstitucional. Trata-se de artimanha ilegítima e totalmente desvinculada com ideal de justiça propugnado pelo Estado Democrático de Direito.

Ipsa facto, o provimento jurisdicional voltado à efetividade e tutela constitucional das políticas públicas deve prevalecer toda vez que se estiver diante de uma lesão efetiva ou potencial de um direito ou afastamento da incidência no caso

concreto de norma definidora de direito fundamental, conforme preceituada pela Constituição Federal.

Em suma, o princípio da independência e harmonia entre os poderes não deve ser interpretado e aplicado como norma pura, independente, fora do sistema normativo constitucional, mas deve se abalizar pelo trinômio fundamental que rege a pós-modernidade normativo-jurídica, ou seja, o Estado Democrático de Direito, supremacia e força normativa da Constituição Federal e o reconhecimento e concretização dos direitos fundamentais.

Fica evidenciado, portanto, que o princípio da separação dos poderes não só não impede o arbítrio dos das funções do Estado como em verdade confere legitimidade político-constitucional ao Poder Judiciário no controle de políticas públicas, uma vez reconhecida dentre as suas finalidades a garantia da estabilidade estatal democrática e a supremacia das normas constitucionais, resguardando, por consecução, os direitos fundamentais.

3.3 LEGITIMIDADE POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Passada a análise da separação dos poderes, torna-se imprescindível verificar quais dos institutos expressos no texto constitucional conferem subsídios à legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário, a fim de demonstrar que já era intenção do Poder Constituinte Originário tal determinação, ciente da falibilidade inerente á natureza humana, bem expressa no notório pensamento de que “quem detém o poder tende a dele abusar”.

Revela-se proeminente a advertência inicial de que as questões constitucionais não se cingem a questões jurídicas, como assim salientou Konrad Hesse⁷⁵, não se encerram unicamente na supremacia ou vinculação de uma norma, mas engloba a sua

⁷⁵ Ibid., p.9

fundamentalidade política, tendo em vista decorrerem de uma decisão arraigada pelo princípio democrático, cujo conteúdo, mais que a institucionalização do Estado, revela a busca pela plena satisfação de um povo.

Com efeito, se todo o Poder emana do povo, a função legislativa não vem a ser a única a satisfazer o princípio democrático, envolvendo, igualmente, as funções executiva e judiciária, notadamente pelo ideário comum de defesa e concretização da ordem constitucional.

Contudo, o entendimento preconizado por segmentos desinteressados por uma ordem harmônica, em prol da privatização do lucro e de interesses e socialização dos custos e de contingências, vem a ser o de que o Poder Judiciário não detém legitimidade política para o exercício do controle de Políticas Públicas, o que de fato incorre em um argumento destituído de legitimidade constitucional e incompatível com o entendimento atual do princípio da separação dos poderes, com alhures discorrido.

A legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário tem como primeira expressão o parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal, segundo o qual todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

De fato a expressão “poder” ora cotejada não expressa o Poder do Estado, mas em verdade consubstancia a matriz de onde esse último exsurge. Nesse sentido, esclarece Uadi Lammêgo Bulos⁷⁶:

Todo poder emana do povo, no sentido de que o regime democrático e o respeito às liberdades públicas constituem a pedra de toque da República Federativa do Brasil, algo que as autoridades públicas devem observar. Democracia é o governo do povo, para o povo, pelo povo e em benefício dele. Assim a emanção do poder advém do povo, porque o povo não pode apresentar-se na função de governo.

Outrossim, se todo o poder emana do povo, o Poder do Estado nesse se funda. Por sua vez, se todo Poder do Estado tem fundamento no poder do povo, aí residirá,

⁷⁶ Ibidem., p.392.

conseqüentemente, o fundamento de existência do Poder Judiciário e, igualmente, a sua legitimidade para o controle político-constitucional.

Preconizando o mesmo entendimento, preceitua Robert Alexy⁷⁷ que a proposição fundamental: “Todo poder estatal provém do povo” exige conceber não só o parlamento como, ainda, o tribunal constitucional como representação do povo.

Decorre do princípio democrático de que todo o poder emanada do povo, não só a obrigatoriedade do Judiciário nortear a sua atuação segundo os direitos fundamentais escolhidos por esse mesmo povo, plasmados na Constituição Federal, como também confere a esse Poder a legitimidade político-constitucional do controle do poder político, quando esse entra em descompasso com a premissa básica de que deve ser exercido em função do povo, seu verdadeiro titular. Trata-se, portanto, da constante afirmação, defesa e proteção da legitimidade democrática fundada na Constituição Federal.

Sabendo-se que, conforme Paulo Bonavides⁷⁸, a necessidade e a finalidade do poder político se exerce na sociedade através principalmente de uma obediência consentida e espontânea, e não apenas em virtude da compulsão do Estado, a legitimidade político-político constitucional do Poder Judiciário no controle de políticas públicas residirá na defesa do fundamento de consentimento da sociedade.

Cumprе salientar que da interpretação sistemática e teleológica do artigo 1º, parágrafo único, em conjunto com o artigo 5º, inciso XXXV, que estabelece o direito de ação e a inafastabilidade do Poder Judiciário, advém o entendimento de que o ato de pleitear nas instâncias judiciárias direitos fundamentais, reconhecidos e decorrentes da ordem constitucional, bem como a defesa da própria Carta Magna, vem a ser uma forma de exteriorização do exercício direto do poder pelo povo, expressão da democracia semi-direta adotada pelo Brasil.

Dessa forma, sendo o Judiciário instrumento de veiculação do exercício direto do poder pelo povo, através do direito de ação, não há como se negar a sua legitimidade

⁷⁷ Ibid., p.53.

⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.120.

político-constitucional do controle de políticas públicas. Exemplo do direito de ação como expressão do exercício direto do poder democrático vem a ser a hipótese de ação direta de inconstitucionalidade movida por confederação sindical ou entidade de classe contra emenda constitucional que venha a abolir a licença paternidade.

Todavia, deve ser ressaltado que nem sempre no direito de ação poderá figurar o exercício da democracia direta, notadamente diante de um caso concreto em que se pleiteia um direito subjetivo, circunscrito à individualidade do autor, desde que não envolva ato estatal tendente a abolir tal direito e que esse não se configure como fundamental inerente à dignidade da pessoa humana.

No tocante ao princípio da separação dos poderes expresso no art. 2º, há de se crer que a sua abordagem no tópico anterior já vem a ser suficiente a determinar a legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário, não se devendo olvidar que o controle político de conformação constitucional constitui pedra angular para a subsistência da tripartição dos Poderes e garantia da estabilidade democrática. Nesse passo, o Judiciário não exerce exclusivamente a conformação jurídico-constitucional dos Poderes Legislativo e Executivo, mas sim logra defender e proteger a opção democrática titularizada pelo povo.

Como núcleo dos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal, o artigo 5º revela princípios e garantias fundadores da legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário, representando hipóteses de limitação ao exercício dos Poderes Legislativo e Executivos, bem como meios de afirmação e resguardo de direitos fundados no princípio democrático. Afora do referido artigo também há instrumentos que munem o Judiciário do poder político-constitucional de controle, como é o caso das ações direta de inconstitucionalidade por omissão, genérica, interventiva, a ação direta de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

3.3.1 Limitações administrativas e legislativas do Poder em face da atribuição do Judiciário

As limitações administrativas e legiferantes do poder em face da atribuição do judiciário decorrem da necessidade de recorrer a esse último para se concretizar a intervenção no direito, não possuindo legitimidade, nesse campo específico os poderes Legislativo e Executivo, por expressa opção do Constituinte Originário.

Com efeito, no tocante à casa, como asilo inviolável (artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal), o ato de adentrar sem o consentimento do morador, salvo as hipóteses de flagrante delito, desastre ou para prestar socorro, somente pode ser admitido com expressa determinação judicial durante o dia, não sendo legítima tanto à autoridade policial adentrar na casa fora dessas conjecturas, como ao Poder Legislativo, da União ou das ordens parciais, flexibilizarem tal dispositivo, retirando do Poder Judiciário a exclusividade da ordem, por exemplo. Nesse caso, a adoção de medidas administrativas e legislativas serão limitadas pelo Judiciário, tanto em razão da competência Constitucional, como em face do controle de constitucionalidade dos atos públicos.

Da mesma forma se procede quanto ao sigilo de correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal). A inafastabilidade do Judiciário para determinação da quebra de sigilo denota essência fundamental à garantia da liberdade democrática, caracterizando-se como grave inconstitucionalidade medidas administrativas de CPI, por exemplo, ou de qualquer outro órgão que tolha essa norma de competência constitucional.

Ao Poder Legislativo não cabe legitimidade em reduzir o âmbito de abrangência da norma de competência, podendo somente fixar as hipóteses que serão submetidas à apreciação pelo Judiciário.

Especificamente no caso das Comissões Parlamentares de inquérito, o artigo 58 §1º da Constituição Federal, não lhes confere os mesmos poderes que os dispensados aos Juízes, mas, ao contrário, limita-o ao preceituar que tais órgãos terão poderes de investigação, mas não de ordenação judicial, de forma que todo ato que importar em

significativa relativização de um direito fundamental, como a quebra do sigilo das comunicações por meio de interceptação telefônica dependerá da atuação do Poder Judiciário. Todavia, deve ser ressaltado que a tais comissões vem se admitindo a quebra unicamente do sigilo de dados, mas não a sua interceptação.

Outro exemplo de lídima liberdade democrática se expressa na inafastabilidade do Poder Judiciário na suspensão e dissolução de associações, exigindo-se no segundo caso o trânsito em julgado da decisão (artigo 5º, inciso XIX da Constituição Federal). Trata-se de um direito que melhor exprime os auspícios de uma sociedade exurgida com a Constituição Federal de 1988, no intuito de rechaçar a intervenção estatal indiscriminada instituída pelo período ditatorial. Nota-se aqui a verdadeira caracterização do Judiciário como instância última e fundamental de justiça, de modo que a defesa da Constituição sob o primado dos direitos fundamentais vem a ser a substância própria da decisão judicial.

Não obstante a relevância de todos os dispositivos apostos no texto constitucional, e não se constituindo em derrogação ao princípio da unidade da Constituição, há que se preconizar a fundamentalidade mor do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, constituindo-se no núcleo da legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário, e da liberdade democrática segundo o qual, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Trata-se de norma perene e inderrogável, demonstrando uma decisão fundamental do povo, enquanto titular do Poder Constituinte Originário de submeter ao Judiciário toda e qualquer tentativa de ameaça ou lesão aos direitos fundamentais.

A inafastabilidade do Judiciário quando se estiver diante de lesão ou ameaça de direito demonstra uma tripla fundamentação. O primeiro fundamento reside em se reconhecer, de plano, que nem mesmo a lei, em seu sentido amplo, não detém legitimidade para tolher o exercício do controle jurisdicional social da observância jurídica.

O segundo fundamento prescreve a existência de uma verdadeira relativização do exercício das funções executiva e legislativa sob uma dupla perspectiva, ou seja, da impossibilidade de mitigar a norma constitucional, e da necessidade de observância constitucional quanto à impossibilidade de se adotar decisões políticas que importem na

derrogação de direitos fundamentais. Nesse ponto, verifica-se a incidência do princípio do não-retrocesso.

Por seu turno, o terceiro fundamento estabelece que diante da necessidade de conformação dos atos legislativos executivos, inclusive os políticos, à disciplina dos direitos fundamentais, a inobservância dessa imposição constitucional gera a legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário no controle concreto de políticas públicas

De fato, o dispositivo em apreço representa um dos pilares do Estado Democrático de Direito, pois além de preconizar e institucionalizar a separação concreta de poderes se constitui em via fundamental para o exercício de liberdade democrática e da própria proteção e defesa da dignidade da pessoa humana.

Ressalte-se que a inafastabilidade do Poder Judiciário detém um inseparável viés político de defesa da opção democrática, pois enquanto se constitui em via de proteção contra lesão ou ameaça a direito, reconhece a legitimidade popular da norma que resguarda tal direito, barrando, dessa forma, a opção legislativa oriunda dos conchaves políticos.

O inciso XXXVI do artigo 5º do texto constitucional também expressa uma limitação ao poder em face da decisão judicial, reconhecendo aqui um dos princípios que emanam da estabilidade democrática, ou seja, o princípio da segurança jurídica. Todavia, a lei poderá destituir a coisa julgada quando se tratar de uma situação que melhore a condição do sentenciado, como é o caso da abolitio criminis, em que uma lei deixa de considerar crime a conduta tipificada em lei pretérita que serviu de subsídio à condenação do réu. Ademais, compete salientar que a coisa julgada não envolve o direito a um regime jurídico, o que vem a conferir relatividade ao preceito em comento.

Outro princípio de jaez político-democrático vem a ser o do devido processo legal, dispondo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (artigo. 5º, inciso LIV, Constituição Federal). Trata-se de limitação que implica no reconhecimento do Estado Democrático de Direito, pois ao afirmar a necessidade de conformação legal do procedimento para despojar do condenado a sua

liberdade ou seus bens, limita os Poderes Executivo e Legislativo quanto à imposição ou elaboração de atos ou leis que determinem a prévia perda de bens ou da liberdade do indivíduo. Cumpre salientar, todavia, que o devido processo legal não mais circunscreve seu âmbito de incidência no Judiciário, apesar de estar nesse poder a sua maior afirmação, mas envolve todos os procedimentos do Estado, impondo a obrigatoriedade da conformação legal e constitucional.

Não se deve olvidar que a Constituição Federal prescreve uma forma de desapropriação cujo devido processo é mitigado, no caso do artigo 243, ao prescrever a imediata expropriação de glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas, sem qualquer indenização ao proprietário.

A importância da inafastabilidade do Judiciário no âmbito penal pode ser auferida em três momentos fundamentais que determinam a existência do Estado de Direito e fulminação do Estado de Polícia, notadamente por atribuir, com exclusividade, ao Judiciário a titularidade de constrição da liberdade do indivíduo. Nesse sentido, prescreve a Constituição Federal, em seu artigo 5º o princípio da não-culpabilidade (LVII), necessitando de uma sentença penal condenatória para reconhecimento do status de culpado, a imprescindibilidade de ordem judicial determinando prisão (LVII) e a indisponibilidade da comunicação de prisão de qualquer pessoa e do local onde estela recolhida à autoridade judiciária (LXII),

Diante de tais hipóteses PE que vem a ser admissível a criação de um controle de constitucionalidade prévio pelo próprio Judiciário, fulminando a própria proposta legislativa, pois a sua só disposição em mitigar as disposições constitucionais supramencionas já configura uma tendência a derrogar direitos fundamentais democraticamente reconhecidos.

Com efeito, as limitações ora preceituadas, em prol do exercício das atribuições do Poder Judiciário, buscam proteger a própria ordem constitucional, não se subsumindo à mera proteção de direitos subjetivos, mas sim externando a sua posição como defensor do ideal político-constitucional referendado pelo povo.

Não se deve olvidar que os dispositivos determinantes da legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário, apesar de em um primeiro momento expressarem uma feição subjetiva, possuem inegável status de disposições paralisantes dos demais Poderes, conferindo ao Judiciário a prerrogativa de, por meio do controle de políticas públicas, como no caso prisional, rechaçar qualquer ameaça aos direitos fundamentais.

3.3.2 Defesa do interesse democrático pelo Judiciário

Outro fundamento da legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário, enquanto instância de controle de políticas públicas, vem a ser a sua caracterização como função onde se veicula a defesa do interesse democrático de forma concreta.

Nesse passo, o direito de petição (artigo 5º, inciso XXXIV, “a”), em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, se constitui em verdadeiro acesso ao Judiciário a fim de valer o interesse democrático em face dos desvios de poder do Estado. Com efeito, tal instrumento de defesa não se cinge unicamente ao acesso a determinado órgão, constituindo-se de um desiderato maior, que no caso do tema tratado se expressa na determinação judicial concreta de assegurar determinado direito, alvo de constrição ilegítima, insurgindo, contra as políticas públicas que adotam tal desiderato.

Quanto às garantias expressas, nos incisos XXXV, XXXVI, LIV, LVII, ou seja, da inafastabilidade do Poder Judiciário, da segurança jurídica, do devido processo legal e da não-culpabilidade, reitera-se a dicção do tópico anterior, salientando aqui a feição de instrumentos de defesa do interesse democrático, prevalecendo o Judiciário como instância concretizadora do controle de políticas públicas.

A legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário se afigura tão patente no caso brasileiro que possibilita ao Supremo Tribunal Federal a intervir no próprio processo de elaboração legislativa, quando resguarda o direito do parlamentar ao devido processo legal, tanto formal, como material, pois o representante do povo não pode ser

obrigado a participar de processo de discussão de inovação legislativa que venha a ferir a Constituição Federal. Com efeito, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal⁷⁹:

O Supremo Tribunal Federal admite a legitimidade do parlamentar – e somente do parlamentar – para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo

Nesse sentido, quando o art. 60 da Constituição Federal preceitua que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de estado, o voto direto, secreto universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais não requer que tal ato normativo deva entrar em vigor para ser submetido à declaração de inconstitucionalidade. Ocorre que o caput do próprio artigo 60 preconiza que a simples proposta, não necessitando se chegar à etapa de deliberações, já é causa suficiente para ficar caracterizada a lesão à Constituição Federal.

Ademais, para haver lesão às cláusulas pétreas não vem a ser necessário que o texto da proposta seja direcionada a abolir alguma das matérias previstas no artigo 60, bastando para configurar a inconstitucionalidade a simples tendência a tal desiderato. Como exemplo pode ser citado o caso de a União tentar reduzir o rol de impostos de competência tributária dos Estados, estando aí presente a tendência em abolir a forma federativa, pois configuraria uma verdadeira redução da esfera de autonomia federativa dos Estados.

Nota-se, portanto, que a legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário é elemento constitucional fundamental à preservação do Estado Democrático de Direito, havendo verdadeira representação política do povo quando da defesa da decisão fundamental do Estado prescrita pelo Poder Constituinte, que se exterioriza através do controle dos atos tendentes a abolir as cláusulas pétreas, influenciando no próprio processo de inovação legislativa.

Valendo-se desse argumento, verifica-se, igualmente, a legitimidade político-constitucional do Judiciário quando da garantia do devido processo legal no exercício da

⁷⁹ Idem. A Constituição e o Supremo. p. 690. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/constituicao/>>. Acesso em: 06 ago 2008.

competência legislativa, bem como em assegurar a representatividade das minorias parlamentares. Trata-se de medidas que irão culminar na defesa do princípio democrático e da devida representatividade popular.

Quanto aos incisos XXXVII e LIII do artigo 5º, ambos devem ser interpretados de forma conjugada, posto que de matriz idêntica (princípio do devido processo legal), pois, concomitantemente à impossibilidade de instituição de um tribunal de exceção, vem a ser inafastável que o processamento e julgamento da causa percorra o trâmite perante uma autoridade competente. Veda-se com tal garantia a designação de juízes ou órgãos judiciários ao julgamento de determinada demanda, não sendo lícito, por exemplo, ao Legislativo modificar uma norma de competência visando a um julgamento mais favorável à determinação de uma política pública ilegítima. Ademais, quanto ao seu viés político cumpre salientar o entendimento do Supremo Tribunal Federal⁸⁰:

O princípio da naturalidade do juízo representa uma das mais importantes matrizes político-ideológicas que conformar a própria atividade do Estado e condicionam o desempenho, pelo Poder Público, das funções de caráter penal-persecutório, notadamente quando exercidas em sede judicial.

O postulado do juiz natural, em sua projeção político-jurídica, reveste-se de dupla função instrumental, pois, enquanto garantia indisponível, tem, por titular, qualquer pessoa exposta, em juízo criminal, à ação persecutória do Estado, e, enquanto limitação insuperável, representa fator de restrição que incide sobre os órgãos do poder estatal incumbidos de promover, judicialmente, a repressão criminal.

A defesa do interesse democrático também vem a ser exercida pelas ações constitucionais, de relevância primária à manutenção do Estado Democrático de Direito. Com efeito, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, disponibiliza o manejo do habeas corpus (LXVIII), do mandado de segurança (LXIX), do mandado de injunção (LXXI) e da ação popular (LXXII), sendo esse três últimos recorrentes na defesa e reconhecimento de direitos fundamentais em face de políticas públicas.

Por oportuno, cumpre salientar a prescrição de um poderoso instrumento contra atos do Poder Público, isto é, a Ação Civil Pública (artigo 129, III, da Constituição Federal), cuja titularidade, por excelência, vem a ser do Ministério Público, não obstante a legitimidade atualmente conferida à Defensoria Pública, União Estados, Distrito

⁸⁰ Idem. Habeas Corpus 81.963. Rio Grande do Sul. Tribunal Pleno. Diário da Justiça, Brasília, 28, out. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor>>. Acesso em: 30 jun. 2008.

Federal, Municípios, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e associações na forma da Lei 7.347/1985.

Saliente-se que o estabelecimento de instrumentos de defesa democrática pela Constituição Federal, como assim são as ações constitucionais, requer, para a sua efetividade, não a mera disponibilidade, ou o simples acesso Judiciário por meio de tais instrumentos. Requer, outrossim, o provimento judicial efetivo, concretizador da defesa ou do reconhecimento do direito.

Por seu turno a defesa do interesse democrático também se perfaz mediante a possibilidade da minoria vindicar seus interesses. Dessa forma, as garantias constitucionais que ora serviram de análise, também se destinam à proteção, defesa, reconhecimento e implementação dos direitos das minorias, não sendo legítima a intervenção, mesmo que prepondere o interesse da maioria, quando este se verifica destoante do texto constitucional, ou ausente de proporcionalidade. Ademais, será por meio dos instrumentos de defesa democrática, como a ação popular e o mando de injunção que possibilitará a inclusão das minorias nas políticas públicas, possuindo aí papel fundamental o Poder Judiciário, com subsídio nos objetivos fundamentais expressos da República Federativa do Brasil, no artigo 3º da Constituição Federal.

Emana dos direitos fundamentais a garantia da participação efetiva das minorias no processo democrático, bem como do direito à sua autonomia, como elemento necessário à evolução do sistema democrático.

Tais requisitos demonstram que a Constituição Federal dotou o Poder Judiciário de inegável poder de decisão política a fim de fazer valer os direitos fundamentais, pois os mecanismos postos à disposição para tal fim não satisfazem a razão de sua existência mediante o simples manejo pelo cidadão ou por qualquer do povo, requerendo o provimento judicial efetivo, de forma a afastar os desvios de poder e as inconstitucionalidades praticadas pelo Executivo e Legislativo.

Há de se ressaltar que as garantias sob comento não são os únicos mecanismos que conferem legitimidade político-constitucional ao Poder Judiciário no controle de

políticas públicas, não se devendo descurar da necessária abordagem acerca do controle de constitucionalidade.

3.3.3 Provimento judicial político no controle de constitucionalidade

Defender a Constituição Federal é, antes de tudo defender uma decisão política fundamental, inerente às aspirações populares de determinado tempo e local, conferindo assim legitimidade democrática ao texto positivado.

O controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário inegavelmente revela a natureza jurídica de um provimento judicial político, enquanto direcionado à defesa da Constituição, quer seja na superação de uma situação de inconstitucionalidade omissiva, quer seja na expurgação do ordenamento jurídico de uma norma incompatível constitucionalmente.

O viés político em que imerge o controle de constitucionalidade possui como foco central a defesa dos direitos fundamentais e da supremacia formal e material da Constituição Federal, bem como da sua força normativa. Dessa forma, o controle de constitucionalidade também possui uma natureza jurídico-política de conformação dos atos dos Poderes de Estado quando esses, no exercício político, não observam a Constituição. Nesse sentido, esclarece Uadi Lammêgo Bulos⁸¹:

Um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos e garantias fundamentais, porque existe uma tábua de valores na sociedade que deve ser preservada das injunções estritamente políticas, das decisões que contrariam a legitimidade democrática, dos conchavos que deturpam as conquistas alcançadas no longo e tormentoso processo de elaboração originária da *lex mater*.

Mas a finalidade do controle não é apenas assegurar as liberdades públicas. Evidente que esse é um dos escopos prioritários desse mecanismo de tutela da supremacia constitucional, mas não é o único. Todas as normas e princípios, depositados na constituição, independentemente do assunto que versem, ou do grau de importância que ostentem, merecem amparo. Logo, o controle de constitucionalidade limita os Poderes do Estado na unanimidade das provisões constitucionais. Só assim se concretiza o processo democrático, porquanto a defesa da constituição, em todas as suas entrelinhas, é o signo referencial das instituições livres

⁸¹ *Ibidem.*, p.106.

Diante de tal desiderato de defesa da ordem constitucional democrática, à evidência da inegável limitação das decisões políticas, a Constituição Federal prevê mecanismos de controle da constitucionalidade das normas, representados pela ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, “a” e §2º), ação direta de constitucionalidade (art. 102, I, “a” e §2º), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art.103, §2º) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º), caracterizando o chamado controle objetivo ou abstrato constitucional de normas.

No caso das ações diretas de inconstitucionalidade, de arguição de descumprimento de preceito fundamental e na ação direta de constitucionalidade, quando denegatória a decisão, o Supremo Tribunal Federal age como legislador negativo, ou seja, logra extirpar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com a Constituição Federal.

Todavia, os influxos decorrentes da decisão em sede de controle constitucional abstrato de norma não se delimita à conformação jurídico-constitucional, expressando, em verdade, um controle de conformação constitucional dos atos políticos. A decisão que declara inconstitucional determinada lei ou ato normativo não se resume a um fim de adequação jurídica de natureza constitucional, mas sim revela um fim político-constitucional que, segundo J.J. Gomes Canotilho⁸², pode ser vislumbrado na necessidade de proteção da constituição ante a ultrapassagem, pelo legislador, dos limites formais e substanciais das normas constitucionais.

Deve ser ressaltado que o exercício do controle de constitucionalidade também se expressa a favor de atos políticos instituidores de políticas públicas, quando se está diante de ingerências do interesse econômico, como é o caso do acesso de estudantes a cinemas e teatros, como complementação à educação por meio do pagamento de metade do valor da entrada. Da mesma forma, se verifica o controle a favor de determina política pública em face do interesse econômico quando se assegura o transporte público gratuito a idosos maiores de sessenta anos, como forma de acesso à locomoção, parcela da liberdade democrática.

⁸² Ibid., 948.

No caso da ação direta de constitucionalidade por omissão, a natureza política do provimento reside no controle da discricionariedade legislativa do órgão obrigado à regulamentar o texto constitucional, bem como na relativização da atuação política desse mesmo órgão, tendo em vista que a conveniência e oportunidade não podem render ensejo à perpetuação de uma situação de inconstitucionalidade.

Ocorre que a inação o órgão legislativo importa em uma atuação negativa ilegítima, pois não satisfaz o ideário propugnado pela decisão política fundamental expressa na Carta Magna.

Da mesma forma, a previsão constitucional da argüição de descumprimento de preceito fundamental também revela o intento em se proteger as decisões políticas fundamentais originárias do texto constitucional, bem como aquelas que posteriormente reconhecem novos direitos como expressão democrática da sociedade. É nesse sentido que se entende o fundamento dessa ação constitucional.

Quanto à previsão constitucional da argüição de descumprimento de preceito fundamental revela uma evidente limitação ao exercício do poder político de forma que toda ação fundada na não observância dos direitos e garantias fundamentais, ou direcionadas a aboli-los, não deterá a necessária validade constitucional. O fundamento político decorre da interpretação do próprio artigo 1º da Lei 9882/99 que regula a referida ação constitucional, tendo por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Por fim, não se deve olvidar da decisão prolatada na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45, cuja transcrição da ementa ora se segue⁸³:

Argüição de descumprimento de preceito fundamental. 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.

⁸³Idem. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45MC/DF. Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. Diário da Justiça, Brasília, 04, mai. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 30 jun. 2008.

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).

Com efeito, é de se reconhecer, igualmente, o intento político na ação direta de inconstitucionalidade interventiva (artigo 34 da Constituição Federal) notadamente quando a intervenção depende de provimento pelo Supremo Tribunal Federal nos casos de inobservância dos princípios constitucionais sensíveis, dentre eles a forma republicana, sistema representativo e regime democrático, direitos da pessoa humana, prestação de contas da administração pública, direta e indireta, e aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. Nesses dois últimos casos verifica-se a nitidamente a possibilidade de controle de políticas públicas, não obstante à função de limitação política dos demais.

A matéria afeta ao controle de constitucionalidade possui, tanto em qualidade como em quantidade, uma considerável gama de produção doutrinária, contudo, deve ser salientado um traço ainda omissivo, isto é, no que respeita à natureza inegavelmente política do provimento judicial. Há de se crer que tal ausência se justifica em razão do pensamento pretérito e retrógrado da impossibilidade do Judiciário imiscuir-se nas esferas de decisão dos demais Poderes, em qualquer hipótese.

Todavia, o reconhecimento do viés político do provimento jurisdicional no controle de políticas públicas vem ganhando força como instrumento democrático hábil contra a inoperância do Estado na realização dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas, como assim demonstra o entendimento emitido pela Suprema Corte no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 436.996⁸⁴:

[...]o Supremo Tribunal Federal , considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e

⁸⁴Idem. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 436.996. São Paulo. 2ª Turma. Relator Min. Celso de Mello. Diário da Justiça. Brasília. 03 jan. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 20 ago. 2008.

culturais, que se identificam – enquanto direitos de segunda geração (como o direito à educação, p. ex.) – com as liberdades positivas, reais ou concretas. É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público[...].

Em suma, pode-se concluir que o controle de constitucionalidade, como instrumento de defesa da Constituição Federal, enquanto decisão político-democrática fundamental, se caracteriza por ser mais um fundamento a se admitir a legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário.

Deve ser ressaltada a possibilidade do controle de políticas públicas por meio do controle de constitucionalidade difuso, cujo provimento judicial possui inegável natureza concretizadora.

Não obstante à preponderância do controle de constitucionalidade concentrado no presente tópico, o provimento jurisdicional no caso concreto igualmente possui um viés político na medida em que concretiza o disposto na lei, com base em uma interpretação constitucional, muitas vezes demonstrando o verdadeiro sentido do querer democrático, materializando-o, diferentemente da inclusão formal no ordenamento jurídico pelo legislador, o que será alvo de maiores aprofundamentos.

3.4 EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E LEGITIMAÇÃO DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Assim como os direitos fundamentais estão relacionados intimamente com o princípio democrático, esse também se satisfaz naquele, não almejando exclusivamente

à garantia e perpetuação do processo eleitoral de base pluralista, mas sim buscando a efetivação dos programas constitucionais de políticas públicas.

A escolha democrática não se restringe a uma simples opção partidária, mas em verdade demonstra o anseio do cidadão para com a satisfação do direito fundamental que a ordem constitucional lhe confere. É nesse ponto que o princípio democrático legitima a atuação do Judiciário, com a finalidade de concretização material do direito fundamental.

Uma lei, pelo simples fundamento de que foi elaborada por um parlamento e que ingressou regularmente no ordenamento jurídico, não significa que venha a ser possuidora de uma presunção absoluta de conformação constitucional, nem, muito menos, que tal espécie normativa expressa os verdadeiros anseios da sociedade, ou seja, que detenha legitimidade político-democrática.

Da mesma forma, as opções do executivo titularizadas por seu chefe, eleito com base em um sistema democrático, por esse simples fato não se constituem em absolutas concretizações do interesse público, nem necessariamente estarão de acordo com as opções políticas estabelecidas na Constituição Federal.

De fato, o que se tem presenciado na vida política brasileira vem a ser um contínuo processo de deslegitimação das atividades típicas dos Poderes Executivo e Legislativo, notadamente pela interseção e influência, na tomada das decisões, do poder político e econômico exercido por grupos e conglomerados interessados na macificação particular de renda, em contrapartida da socialização de custos.

O desvirtuamento das atividades dos Poderes Executivo e Legislativo vem a ser mais intensamente sentido diante da instituição e desenvolvimento de políticas públicas, ou seja, quando ocorrem os desvios de poder, disposição irregular de verbas dentre outras patologias políticas.

Ante tal cenário a opção democrática que deveria ser veiculada pela atividade executiva e legislativa resta totalmente postergada, e é justamente nesse ponto que se insere a legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário no controle de políticas

públicas, tendo em vista o resgate da legitimidade democrática com fulcro na Constituição Federal. Se ao Poder Judiciário incumbe a defesa e promoção dos princípios da República Federativa do Brasil, com maior razão lhe assiste a adoção de tais medidas em face da tutela do princípio democrático, por ser esse indissociável do conceito de Estado Democrático de Direito.

Como já salientado, o direito de ação, à medida que se constitui em garantia constitucional contra o desvio de poder e meio eficaz de defesa, proteção e concretização de direitos fundamentais, revela uma forma de participação popular democrática intangível sob a égide do Estado Democrático de Direito.

Por seu turno, em assim se entendendo, pode-se afirmar que o provimento jurisdicional, quando presente a discussão de relevantes questões político-constitucionais, notadamente as de repercussão geral, revela-se como um verdadeiro produto do processo democrático⁸⁵.

A natureza política do provimento judicial revela, portanto, a busca pela legitimação, através da conformação constitucional, dos atos típicos dos demais Poderes, não só declarando, como concretizando o verdadeiro interesse democrático, em fiel compatibilidade com a realidade mutável, à medida que extirpa do ordenamento jurídico as falsas pretensões plasmadas nos textos de leis.

Outrossim, a pretensão de eficácia das normas constitucionais, principalmente as que versam sobre direitos fundamentais, não se resumem à simples regulamentação legal, ou seja, o interesse político-democrático na satisfação de determinados direitos constitucionalmente assegurados não se implementa com a simples subsunção, mas sim requer uma concretização com base em uma interpretação conforme a Constituição Federal. É nesse ponto que o Poder Judiciário exerce papel fundamental enquanto efetivador do princípio democrático.

⁸⁵ Não se deve olvidar que a questão do discurso democrático no seio do processo judicial nos tempos hodiernos vem sendo reconhecido e aceito de forma ampla pela comunidade jurídica, tendo como pressupostos o conceito de Constituição Federal como ordem aberta de valores e normas, bem como o de sociedade aberta de interpretes da Constituição.

Ocorre que ao adensar um direito fundamental o Legislativo delimita a abstração que o permeia, de forma que nem sempre se estará albergando os almejos socialmente requestados pela coletividade. Ademais, ao regulamentar determinado direito se estará limitando-o a uma realidade a qual atualmente se faz necessária a positivação, findando, de certa forma, a adequação social da norma.

Por sua vez, cabendo ao Judiciário a interpretação final do Direito, notadamente da Constituição Federal, implementa-se, com a concretização de direitos fundamentais, uma constante adequação à realidade cambiante, sem, contudo necessariamente ensejar uma mudança de legislação. Dessa forma, o Poder Judiciário exerce papel fundamental na constante adequação social normativa, sob a égide de um sistema constitucional aberto de normas e valores, sendo essa a base do processo durável de legitimação político-democrática do sistema normativo.

Da mesma forma pode se verificar tais fenômenos na instituição e implementação de políticas públicas quando as aberrações normativas intitulam verdadeiras inconstitucionalidades, ou incompatibilidades com a realidade a que se destina regular. Outrossim, por mais das vezes, afora a lesão aos princípios constitucionais, notadamente o da isonomia, o que de fato se presencia vem a ser a instituição de políticas públicas impregnadas de casuísmos, ou seja, destinada a tentar conter determinada contingência que a inoperância do Poder Público gerou, como o caso da segurança pública.

Em tais casos a opção político-democrática expressa pelo povo, se antes não era concretizada, acaba por esfacelar-se. É quando se faz premente a intervenção do Judiciário, como salientado por Nagibe de Melo Jorge Neto⁸⁶:

No que diz respeito especificamente às políticas públicas, o Poder Judiciário, em alguma medida, ameniza as distorções do sistema representativo, eis que alarga o debate acerca da implementação de políticas públicas e do modo de efetivá-las e possibilita uma via de pressão popular que, se não substitui os movimentos sociais organizados, atua pari passo com eles, e, de certo modo, institucionaliza-os e confere-lhe força política efetiva.

⁸⁶ JORGE NETO, Nagib de Melo. O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Fortaleza: Jus Podivm, 2008, p.89.

Inobstante os argumentos tecidos a fim de demonstrar a realidade da legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, como instrumento de defesa e viabilização do princípio democrático, a demonstração fática vem a comprovar a verdade de tal entendimento, como adveio da decisão histórica na ação direta de inconstitucionalidade 3510/DF, em que ficou assentada a constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/2005, tendo com um dos fundamentos decisórios a necessidade de garantir o direito à saúde, bem como o desenvolvimento científico, demonstrando aí, verdadeira ingerência no reconhecimento do interesse democrático-político, em se utilizar as células-tronco embrionárias como instrumento de tratamento terapêutico, conforme Informativo 508 do Supremo Tribunal Federal⁸⁷, *in verbis*:

[...] Prevaleceu o voto do Min. Carlos Britto, relator. Nos termos do seu voto, salientou, inicialmente, que o artigo impugnado seria um bem concatenado bloco normativo que, sob condições de incidência explícitas, cumulativas e razoáveis, contribuiria para o desenvolvimento de linhas de pesquisa científica das supostas propriedades terapêuticas de células extraídas de embrião humano *in vitro*. Esclareceu que as células-tronco embrionárias, pluripotentes, ou seja, capazes de originar todos os tecidos de um indivíduo adulto, constituiriam, por isso, tipologia celular que ofereceria melhores possibilidades de recuperação da saúde de pessoas físicas ou naturais em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos. [...]

[...] Por fim, acrescentou a esses fundamentos, a rechaçar a inconstitucionalidade do dispositivo em questão, o direito à saúde e à livre expressão da atividade científica. Frisou, no ponto, que o § 4º do art. 199 da CF (“*A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, matecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.*”) faria parte, não por acaso, da seção normativa dedicada à saúde, direito de todos e dever do Estado (CF, art. 196), que seria garantida por meio de ações e serviços qualificados como de relevância pública, com o que se teria o mais venturoso dos encontros entre esse direito à saúde e a própria Ciência (CF, art. 5º, IX). [...]

Nota-se claramente a posição do Poder Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal nesse caso, como mediador de políticas públicas, notadamente as referentes à saúde e desenvolvimento científico, tornando-se indiscutível o reconhecimento da legitimidade político constitucional do Poder Judiciário para tanto. Não se deve olvidar que no caso em tela houve efetiva participação popular, abrindo tal possibilidade por meio das audiências públicas realizadas, bem como em razão dos

⁸⁷Idem. Informativo 508. Disponível em: <http://www.stf.gov.br//arquivo/informativo/documento/informativo508.htm>. Acesso em: 28 ago 2008.

vários *amicus curiae* a que se permitiu manifestação, demonstrando essa a efetiva participação político-democrática no processo judicial⁸⁸.

Outros indicativos de legitimação político-constitucional do Poder Judiciário com fundamento no princípio democrático são a abrangência do acesso à função judiciária na defesa dos direitos fundamentais e interesses em geral, diferentemente em relação aos demais poderes, bem como a publicidade constitucionalmente assegurada das decisões judiciais, permitindo à coletividade o amplo acesso à motivação do provimento jurisdicional, podendo argumentar bem como se utilizar dos instrumentos constitucionais aptos a fim modificar tal decisão.

Por seu turno será no processo judicial que se verificará uma maior participação direta do povo, com assim salienta Mauro Cappelletti⁸⁹, verificando aí mais um elemento a fim de demonstrar o viés político-democrático da fundação jurisdicional, *in verbis*:

Não há dúvida de que é essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o “sentimento de participação”. Mas tal sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores e aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis, enquanto, pelo contrário, constitui característica quoad sustantiam da jurisdição, como se viu no§11, desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas. Neste sentido, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública.

Nesse caso o Judiciário se caracteriza como instrumento de participação democrática aberta e efetiva, vez que a sua manifestação vai além das meras passeatas ou insurreições contra o poderio político deslegitimado, voltando-se ao provimento judicial direcionado à concretização do direito fundamental postergado.

Ressalte-se que o princípio democrático não se perfaz com a simples explanação de que a democracia é a vivência da decisão majoritária. Em verdade na democracia há de se preservar tanto a opção majoritária como a minoritária, munindo essa última da

⁸⁸ As informações acerca da admissibilidade das audiências públicas bem como os despachos autorizadores do ingresso como *amicus curiae*, bem como as diversas entidades que participaram do processo nessa condição, podem ser constadas no andamento processual da ação direta de constitucionalidade 3510/DF. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/processo>.

⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993

possibilidade de intervir nas decisões da primeira por incompatíveis com a ordem constitucional que as rege.

Tal democracia requer participação imprescindível do Poder Judiciário, por representar uma via de acesso aos direitos fundamentais, bem como possibilita às minorias a defesa lídima de seus interesses, com base nos princípios basilares do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Há de ser salientado, todavia, que por mais escurrita que seja a atuação político-constitucional do Poder Judiciário no controle político, não se pode desprender dos preceitos fundamentais estabelecidos como razão do Estado Democrático de Direito. Ante a tal fundamento o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 144, cujo Informativo 514⁹⁰ explicita parcela do conteúdo decisório, *in verbis*:

Reconheceu-se que, no Estado Democrático de Direito, os poderes do Estado encontram-se juridicamente limitados em face dos direitos e garantias reconhecidos ao cidadão e que, em tal contexto, o Estado não pode, por meio de resposta jurisdicional que usurpe poderes constitucionalmente reconhecidos ao Legislativo, agir de maneira abusiva para, em transgressão inaceitável aos postulados da não culpabilidade, do devido processo, da divisão funcional do poder, e da proporcionalidade, fixar normas ou impor critérios que culminem por estabelecer restrições absolutamente incompatíveis com essas diretrizes fundamentais. Afirmou-se ser indiscutível a alta importância da vida pregressa dos candidatos, tendo em conta que a probidade pessoal e a moralidade representam valores que consagram a própria dimensão ética em que necessariamente se deve projetar a atividade pública, bem como traduzem pautas interpretativas que devem reger o processo de formação e composição dos órgãos do Estado, observando-se, no entanto, as cláusulas constitucionais, cuja eficácia subordinante conforma e condiciona o exercício dos poderes estatais. Aduziu-se que a defesa desses valores constitucionais da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato eletivo consubstancia medida da mais elevada importância e significação para a vida política do país, e que o respeito a tais valores, cuja integridade há de ser preservada, encontra-se presente na própria LC 64/90, haja vista que esse diploma legislativo, em prescrições harmônicas com a CF, e com tais preceitos fundamentais, afasta do processo eleitoral pessoas desprovidas de idoneidade moral, condicionando, entretanto, o reconhecimento da inelegibilidade ao trânsito em julgado das decisões, não podendo o valor constitucional da coisa julgada ser desprezado por esta Corte. Vencidos os Ministros Carlos Britto e Joaquim Barbosa que julgavam a arguição procedente.

⁹⁰ Idem. Informativo 514. Disponível em:

<<http://www.stf.gov.br//arquivo/informativo/documento/informativo514>>. Acesso em: 16 ago. 2008.

Não obstante o interesse legítimo dos juízes interessados no provimento satisfatório da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, de fato não há que se negar a periculosidade no reconhecimento prévio da inelegibilidade, nesse caso, sem o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A justiça do processo político-democrático não se pode implementar por meio da transgressão de uma norma constitucional, por mais legítimo que seja o objetivo, podendo-se observar que o problema reside, e sim, na morosidade da prestação jurisdicional que, infelizmente, assola o Poder Judiciário como um todo, em um flagrante desrespeito ao princípio estabelecido no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, segundo o qual, a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação.

Com efeito, a atuação do Poder Judiciário no exercício do controle de políticas públicas não se coaduna com uma atuação arbitrária, desarrazoada, sem limites e ausente do legitimamente exigido, pois à função judiciária também se aplica todos os cânones que fundamentam a sua atuação de controle em face dos demais Poderes, principalmente o da separação e harmonia entre as funções de Estado. Fora daí não há que se falar em legitimidade político-democrática do Poder Judiciário, pois o princípio democrático não se compatibiliza com a submissão de um Poder a outro.

3.5 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO NA DETERMINAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Por mais que salientada a origem da determinação das políticas públicas, não se deve negar a proeminência de um breve discurso acerca da força normativa da Constituição Federal, tendo em vista a sua função de informar o conteúdo dos programas e ações estatais, bem como direcionar os seus objetivos e fins, além de se constituir em um dos fundamentos basilares da legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário no exercício de sua competência de controle estatal.

De fato, a juridicização dos atos estatais comporta elementos que alargam a necessidade de adequação ao mundo jurídico, ao mesmo tempo em que expressam a amplitude de legitimação dos órgãos de controle, de sorte que, hodiernamente, a simples conformação com a lei não vem a ser suficiente, restando imprescindível a correlação com o princípio que fundamenta a ação, a observância dos princípios fundamentais inseridos na Constituição e dos princípios gerais de direito, bem como daqueles decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Dessa forma, se a elaboração de uma lei ou ato normativo ultima a realização de um dado princípio, obrigatoriamente o ato estatal deve estar em conformidade com este, sob pena de invalidade.

O que se pretende, portanto, é conferir aplicabilidade ao que sempre se teve como pilar fundamental do Estado de Direito, isto é, do princípio da força normativa das normas constitucionais.

Com efeito, reiterando o conceito de que a força normativa da Constituição Federal significa o poder imanente de uma norma de natureza fundamental, dotada de supremacia jurídica e social, de vincular, informar, integrar, direcionar e colmatar todo o ordenamento jurídico e a elaboração normativa, bem como compatibilizar, adequar o sistema de normas ao interesses motores da realidade cambiante, não há dúvida em afirmar que as políticas públicas têm sua gênese e seu fundamento no sistema constitucional de normas.

Sabendo-se, como salientou Konrad Hesse⁹¹, que graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social, a institucionalização e execução de políticas públicas deve permanecer jungida à observância aos ditames propugnados pelo sistema normativo constitucional.

A força normativa da constituição voltada às políticas públicas visa nortear a consecução dos programas políticos e as ações de Estado aos fins e objetivos

⁹¹ Ibid., p.15.

constitucionalmente assegurados, de forma a conferir-lhes legitimidade. Todavia, há de se ressaltar que a implementação de políticas públicas constitucionais não perfaz o desiderato da força normativa da Constituição com a simples observância das normas constitucionais, ou seja, limitando-se a não transgredi-las.

De fato, voltando o olhar ao conceito de força normativa constitucional, as políticas públicas, mais que a estrita observância da Carta Magna, deve pautar-se pela sua efetiva concretização, de forma que, somente assim, verificar-se-á a verdadeira força de implementação ditada pelas normas constitucionais.

Outrossim, a força normativa da Constituição Federal no tocante às políticas públicas impõe uma pretensão de eficácia normativa de que não pode se valer os Poderes Públicos segundo a sua discricionariedade. Isso posto, não vem a ser admissível, sob o pálio da conveniência e oportunidade, o Executivo e o Legislativo absterem-se de concretizar, no plano fático, uma norma constitucional voltada à implementação de políticas públicas, sob pena de postergar a força normativa da Constituição, um dos princípios basilares da garantia da estabilidade do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal, na ação direta de inconstitucionalidade 1950-3, julgando-a improcedente em prol da defesa da política pública de favorecimento da educação estudantil⁹²:

Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a Sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170.

A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da iniciativa do Estado; não privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa.

Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providencias tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (artigo 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217, §3º da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário.

⁹² Idem. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1950-3 São Paulo. Tribunal Pleno. Diário da Justiça, Brasília, 02 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor>>. Acesso em: 30 jun. 2008.

O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes.

Na mesma linha de raciocínio, a força normativa da Constituição Federal na determinação de políticas públicas é mais uma vez reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, salientando não só a vinculação dos Poderes Executivo e Legislativo na sua necessária implementação, bem com a possibilidade do controle exercido pelo Judiciário quando não observado o mandamento constitucional, conforme advém do Agravo Regimental em sede de Recurso Extraordinário 410.715⁹³, *in verbis*:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

Em suma, a força normativa da Constituição Federal na determinação de políticas públicas, além de prescrever um não fazer estatal, de forma a considerar ilegítima toda ação voltada à inobservância ou transgressão do texto constitucional, impõe, imperativamente, a indisponibilidade da norma constitucional, constituindo-se em verdadeiro mandado de implementação material voltado à concretização, pelo Estado, dos direitos fundamentais.

Ressalte-se que a força normativa da Constituição Federal voltada à concretização de políticas públicas, como instrumento de legitimação político-democrática, possui relevante papel de conformação e adequação da ordem constitucional à realidade cambiante, pois uma vez fundada em normas estabelecedoras de direitos fundamentais, a sua pretensão de eficácia vem a ser uma obra em vias de implementação, sempre se integrando aos almejos sociais, econômicos, políticos, sociais e tecnológicos.

A sucinta digressão acerca da força normativa da Constituição Federal na determinação de políticas públicas não possui o intento de satisfazer toda a pretensão de

⁹³ Idem. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410.715-5 São Paulo. Segunda Turma. Diário da Justiça, Brasília, 03 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor>>. Acesso em: 23 ago. 2008.

abordagem desse tema, notadamente por se relacionar com os demais tópicos do presente trabalho monográfico. Desse modo, cabe adentrar na temática acerca da jurisdição constitucional e satisfação dos direitos fundamentais em face das políticas públicas.

3.6 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SATISFAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM FACE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Pode-se nomear de jurisdição constitucional o processo de proteção, defesa e concretização da Constituição Federal pelo Poder Judiciário, envolvendo o reconhecimento dos direitos fundamentais, da normatização dos princípios e da força normativa e supremacia constitucionais.

A jurisdição constitucional tem por fim precípua a materialização social da Constituição Federal, ou seja, a concretização do texto constitucional, visando garantir a efetividade da ordem constitucional estabelecida. Outrossim, advindo da função que define a própria atuação do Poder Judiciário, a jurisdição constitucional também se propõe à defesa e proteção da ordem constitucional através dos procedimentos de controle da constitucionalidade difuso e concentrado.

A matéria tratada no capítulo segundo do presente trabalho engloba a base da atual jurisdição constitucional, fundada sob a égide de uma Moderna Hermenêutica e um Moderno Constitucionalismo, tendo como foco central a concretização dos direitos fundamentais.

Por seu turno, há de se reconhecer que o exercício da jurisdição constitucional voltado á materialização dos princípios e regras constitucionais, notadamente os que estabelecem direitos fundamentais, revela uma situação diametralmente oposta, ou seja, certa tendência á não-observância dos parâmetros constitucionais por parte dos Poderes Executivo e Legislativo.

De fato, uma das justificantes do desenvolvimento de uma jurisdição constitucional vem a ser o descumprimento dos parâmetros constitucionais pelos Poderes Públicos, tanto em decorrência de atos omissivos, como igualmente por atos comissivos. Ocorre que a matéria acerca da efetivação dos direitos fundamentais não vem a ser de tranqüila aceitação, tendo em vista a necessidade tanto de conformação dos atos de poder, como da própria limitação do exercício do poder.

Dessa forma, a busca pela efetividade do texto constitucional através da jurisdição constitucional revela um necessário controle dos atos dos demais Poderes pelo Judiciário, notadamente pelo reconhecimento de que o exercício de tais poderes, além de limitados pela ordem constitucional, deve estar em consonância com os direitos fundamentais sedimentados em regras e princípios, assim como os reconhecidamente albergados pela ordem constitucional e não necessariamente expressos.

O exercício da jurisdição constitucional, portanto, explicita um verdadeiro controle político-constitucional pelo Judiciário dos Poderes Legislativo e Executivo, sediado na devida conformação constitucional. Trata-se, portanto, de parcela do sistema de freios e contrapesos, base do Estado Democrático de Direito.

Não se deve olvidar que tal controle a que se preconiza não subentende uma intromissão do Judiciário nas questões *interna corporis* dos demais poderes, nem legitima a absoluta intervenção em todas as questões de competência constitucional, mas somente quando patente o descumprimento da Constituição Federal, com ênfase nas normas que preceituam direitos fundamentais. O controle político constitucional somente será legítimo se estiver embasado nos princípios que imantam do trinômio Estado Democrático de Direito, Constituição Federal e direitos fundamentais, protegendo e concretizando a opção política do povo, bem como reconhecendo os direitos advindos de tal opção.

Outrossim, da mesma forma que os demais poderes, o Poder Judiciário também deverá guardar consonância com o princípio da separação de poderes, como forma de garantir a liberdade político-democrática e a própria ordem constitucional.

As políticas públicas, por sua vez, como instrumentos fundamentalmente constitucionais (notadamente por ter sua embriogênese no artigo 3º do texto constitucional) voltados à concretização dos direitos fundamentais, não conferem liberdade absoluta aos Poderes Legislativos e Executivos quanto à sua instituição e execução, mas sim uma liberdade constitucional, cuja observância de seus princípios fundamentais se faz obrigatória.

Dessa forma, a limitação constitucional dos poderes, ao tempo que fundamenta legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário no controle dos atos públicos, também conferirá legitimidade ao implemento do controle jurisdicional de políticas públicas.

Nota-se, outrossim, que o postulado que confere legitimidade político-constitucional ao Judiciário no controle dos atos inconstitucionais, materialmente e formalmente, instituídos pelos Poderes Executivo e Legislativo, também legitima a sua atuação no controle de políticas públicas.

Com efeito, uma vez reconhecidos os fundamentos que conferem legitimidade político-constitucional ao Poder Judiciário no controle de políticas públicas, cumpre agora observar quando o exercício de tal controle será admissível, ou seja, quando estará presente a legitimidade material do exercício jurisdicional mediador.

Nesse ponto do trabalho monográfico, passa-se a evidenciar a aceitação da legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário no controle de Políticas Públicas, pois, uma vez demonstrados os seus fundamentos, resta adentrar, nas novas tendências ditadas pela jurisdição constitucional quanto ao controle dos Poderes Executivo e Legislativo quando instituidores e concretizadores de políticas públicas, o reconhecimento da inaplicabilidade da cláusula da reserva do possível em face da garantia do mínimo existencial efetivo e a aplicação do princípio da proibição do retrocesso.

3.6.1 O controle jurisdicional dos atos do Poder Executivo na implementação de políticas públicas

Nos tempos hodiernos, há uma implementação de mudança de paradigma, caracterizada pela imprescindibilidade da observância, não só da legalidade, mas também dos próprios preceitos constitucionais e princípios gerais de direitos como condição de validade dos atos do Poder Executivo em geral, notadamente quando destinados à satisfação de políticas públicas constitucionais.

Por outro lado, permite-se ao Poder Judiciário imiscuir-se na atuação administrativa, objetivando a análise da conformação do ato administrativo no que respeita à estrita legalidade, bem como a sua compatibilidade com a Constituição Federal e os princípios gerais, diante da realidade fática do caso concreto, adequando-os de acordo com a razoabilidade e proporcionalidade, quando se estiver diante de lesão ou ameaça a direito.

A simples adequação do ato estatal à regra estabelecida na lei não se coadunava com a satisfação dos princípios fundamentais, situação que tende a ficar mais veemente quando estão em voga preceitos indeterminados ou certa parcela aberta de decisão. Necessário se faz, portanto, não só a verificação de que o ato atende à lei, mas que fique perceptível, a uma primeira vista, que o direito fundamental donde ela decorre tenha sua concretude externada no ato. Com efeito, salienta Miguel Seabra Fagundes⁹⁴:

Toda a sistematização dos poderes e deveres da Administração Pública será traçada a partir dos lineamentos constitucionais pertinentes, com especial ênfase no sistema de direitos fundamentais e nas normas estruturantes do regime democrático, à vista de sua posição axiológica central e fundante no contexto do Estado Democrático de Direito. A filtragem constitucional do direito administrativo dar-se-á, assim, pela superação do dogma da onipotência da Lei administrativa e sua substituição por referências diretas a princípios expressa ou implicitamente consagrados no ordenamento constitucional. Em tempos de deslegalização e proliferação de autoridades administrativas sobreleva a importância dos princípios constitucionais na densificação do ambiente decisório do administrador e amenização dos riscos próprios da normatização burocrática.

⁹⁴ FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 120.

Por conseguinte, à expansão da nova teoria da juridicização dos atos administrativos, ou seja, de que a sua validade jurídica deve decorrer da conformação com a lei e com os princípios constitucionais, adveio um alargamento do controle do Poder Executivo, enquanto Administração Pública, pelo Judiciário, com ênfase na concretização de Políticas Públicas. Nesse passo, referendando a noção do controle judiciário da Administração pública cumpre salientar a doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello⁹⁵:

No Brasil, ao contrário do que ocorre em inúmeros países europeus, vigora o sistema de jurisdição única, de sorte que assiste exclusivamente ao Poder Judiciário decidir, com força de definitividade, toda e qualquer contenda sobre a adequada aplicação do Direito a um caso concreto, sejam quais forem os litigantes ou a índole da relação jurídica controvertida. Assim, o Poder Judiciário, a instâncias da parte interessada, controla *in concreto*, a legitimidade dos comportamentos da Administração Pública, anulando suas condutas ilegítimas, compelindo-a àquelas que seriam obrigatórias e condenando-a a indenizar lesados, quando for o caso.

Da breve explanação do mestre administrativista, nota-se a sua tendência em admitir a teoria da discricionariedade zero, que com base no princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário frente à ameaça ou lesão a direito, preconiza não só a possibilidade de anulação de eventuais condutas ilegítimas adotadas pela Administração Pública, mas também a capacidade do julgador compelir a adoção de medidas reconhecidas como obrigatórias.

A abrangência desse novo controle jurisdicional dos atos administrativos repercutirá significativamente na satisfação dos direitos fundamentais, notadamente quando seu usufruto depende de uma norma programática de que cabe ao Estado garantir a devida operacionalidade, como no caso da instituição e execução de programas voltados ao desenvolvimento de políticas públicas.

Em contrapartida, far-se-á imprescindível a identificação dos limites de sindicabilidade judicial dos atos administrativos, de forma a manter a independência e harmonia entre os poderes, não se desvencilhando da necessidade de conferir eficácia concreta à decisão judicial.

O cerne da questão reside, portanto, na aferição do binômio limite e eficácia concreta a ser extraído da apreciação da realidade fática, ou seja, até que ponto pode o

⁹⁵ Ibidem., p.870.

Judiciário sindicalizar a atividade do Executivo a fim de conferir efetividade a um direito fundamental ao cotejar a implementação de políticas públicas.

Há a necessidade de identificar as características da atuação administrativa, a situação delimitadora da atuação, os princípios a serem aplicados e resguardados e a relevância da adoção de determinada medida em face da proeminência do interesse público. Dessa forma, o controle de políticas públicas, em busca da satisfação dos direitos fundamentais pode envolver atividades administrativas vinculadas, discricionárias e de complementação de conceitos jurídicos indeterminados.

No tocante à tutela jurisdicional diante da atividade administrativa vinculada, em face da objetividade na aferição da legalidade do ato administrativo, pode se constituir em um simples mandamento de observância da regra legal, ou constitucional, determinando-se a realização do preceito normativo, ou a própria efetivação em concreto do interesse veiculado. De fato, em havendo possibilidade da determinação judicial da execução em concreto do direito tutelado, não vem a ser admissível a simples notificação da autoridade para realização do ato, notadamente quando é de notório conhecimento a utilização de subterfúgios pela Administração Pública para escusar-se ao cumprimento das decisões judiciais.

Ressalte-se que, em face de determinadas situações, não haverá o necessário tempo a fim de concretizar o provimento jurisdicional pelo administrado, notadamente quando o direito decorrente da política pública, como no caso da saúde, requer a concretização com maior celeridade sob pena de postergação da incolumidade, da saúde pública, ou da própria vida.

Por sua vez, todo ato administrativo, discricionário ou não, é passível de controle jurisdicional, revelando-se por inafastável quando se está diante de lesão ou ameaça a direito fundamental. Dessa forma, o controle jurisdicional incidirá sobre a competência, finalidade, forma, motivo e objeto do ato administrativo discricionário, não se admitindo mais a doutrina da blindagem de determinados elementos do ato.

Em relação à competência, finalidade e forma, trata-se de elementos vinculados cuja sindicabilidade judicial vem a ser absoluta, vez que a regra de atribuição é

veiculada por meio de lei, quando não fixada pela própria Constituição, bem como a finalidade, tendo esta um vínculo fiel com os preceitos constitucionalmente positivados. No que tange à forma, sempre haverá uma imposição normativa à sua satisfação, tendo em vista o caráter solene de que se revestem os atos públicos.

O cerne do controle da discricionariedade enquanto função integradora da norma está consubstanciado na análise dos motivos e do objeto do ato administrativo, ou seja, conforme explanação de Germana de Oliveira Moraes⁹⁶, se o administrador público ao avaliar, examinar, valorar e editar os pressupostos de fato e de direito motivou-os, guiou-se pelos parâmetros decisórios ditados pelos princípios da publicidade, impessoalidade, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade e eficiência, incidindo tais parâmetros principiológicos, igualmente, sobre a escolha do conteúdo do ato discricionário.

Ao ser submetido ao crivo do julgador, o ato administrativo instituidor de determinada medida de política pública será analisado tanto em sua substância (motivo e objeto) como em relação ao procedimento utilizado na sua elaboração e expedição. Admitir-se-á, portanto, um controle de constitucionalidade tanto material como formal.

A sindicabilidade judicial do motivo e do objeto do ato administrativo discricionário se encontra na necessidade de expressão de motivação jurídica quanto à valoração, escolha e complementação, guardando consonância com os princípios constitucionais fundamentais e do Poder Executivo, enquanto Administração Pública, princípios gerais de direito e critérios da proporcionalidade e razoabilidade.

A dificuldade surge quando diante da realidade fática há mais de uma opção, legalmente admitida, para implementação do interesse público. Nesse caso, a busca por uma solução unívoca deverá ser perseguida pelo julgador, no sentido de contrastar o ato com a realidade fática, instruir o processo com elementos de convicção, aquilatar acerca dos fundamentos da norma ao tempo em que foi elaborada, no contexto atual e para o futuro, realizar o sopesamento entre custos e benefícios objetivamente auferíveis,

⁹⁶ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2004, p.160.

analisar se há erro de apreciação, correlacionado à realidade e aos pressupostos normativos, verificando enfim a opção que melhor atenda ao interesse público.

Se, entretanto, mesmo depois de todo esse processo intelectual, persistir a dualidade de opções, estar-se-á diante da competência administrativa exclusiva, sendo o judiciário impedido de determinar uma das opções igualmente aceitáveis e veiculadoras do interesse público, não se devendo olvidar que a decisão da administração pública não deve simplesmente ter a aparência de efetivação do interesse público, mas, sim, realizá-lo em concreto.

Cumprе salientar que a decisão judiciária, quando se estiver diante de uma dualidade de opções juridicamente e eticamente aceitáveis (com adequação principiológica e conformação legal), deve cingir-se, exclusivamente à invalidação do ato, diferentemente quando o caso aponta para uma única solução, permitindo-se fixar qual o ato a ser realizado.

Em relação à invalidação do ato administrativo discricionário em decorrência do vício do procedimento adotado, que não satisfaz o direito fundamental, ou que se desvencilha das hipóteses legais de forma a postergá-lo, deve ser salientado que, quando do caso concreto advierem elementos suficientes à tomada de uma decisão unívoca, caberá ao julgador exclusivamente determinar a feitura do ato, mas não a forma de sua elaboração, ou seja, se, por exemplo, determinar a realização do Estudo de Impacto Ambiental para determinado empreendimento em virtude de que um Estudo de Viabilidade Ambiental não avalia suficientemente todas as atividades impactantes, ser-lhe-á vedado prescrever a forma de elaboração do referido documento, salvo quando em evidente contraste com a realidade, ou quando, de acordo com os elementos de convicção presentes nos autos de processo o estudo for somente consentâneo em relação ao seu *nomen jùris*, sendo materialmente inadequado.

No que respeita ao mérito do ato administrativo, Germana de Oliveira Moraes⁹⁷ salienta que consiste, pois, nos processos de valoração e de complementação dos motivos e de definição do conteúdo do ato administrativo não parametrizados por regras

⁹⁷ Ibid., p.50

nem por princípios, mas por critérios não positivados, como os da conveniência e oportunidade.

Tal elemento do ato administrativo vem a ser justamente o mais debatido quando da implementação de políticas públicas, pois ao tempo que permite demonstrar a legitimidade do programa, com a própria participação social, como no caso do orçamento participativo, também possibilita a utilização de manobras políticas de manipulação massificada, quando o interesse público vira mera cortina para encobrir interesses de grupos.

A análise do mérito permite verificar a legitimidade do interesse do executor de políticas públicas, em consonância com a satisfação concreta do interesse público.

De fato, admitindo-se o mérito como um processo consistente na valoração, complementação e definição do conteúdo e motivo do ato administrativo discricionário, não há que se falar em sindicabilidade judicial por se tratar do âmago, da essência da atividade administrativa interna, ao contrário do que sucede com as conseqüências e produtos desse processo intelectual.

O que é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário vem a ser somente a externalização do ato, em face das conseqüências advindas à realidade e à ordem jurídica, pois aí será possível conhecer a incongruência dos motivos e objetos do ato para com a realidade naturalística.

Cumprе salientar que, para a incidência do controle jurisdicional das políticas públicas, não se faz necessário a efetiva modificação fática proporcionada pelos atos administrativos do Executivo, sendo suficiente que detenha tal potencial, pois o artigo, 5º, XXXV da Constituição Federal não impôs como requisito de acesso ao Judiciário a efetiva lesão a direito, conferindo legitimidade a tanto a só ameaça de lesão.

Nesse sentido, incidirá o controle de políticas públicas pelo Judiciário, segundo a sua legitimidade político constitucional, quando, a despeito da discricionariedade do ato de opção para fins de concretização de determinado programa, praticado pelo Poder Executivo, os motivos que os justificam inexístirem, não forem compatíveis com a

Constituição Federal, ou com a lei, não forem suficientes, proporcionais, adequados, não demonstrarem a necessidade da medida e não houver uma integração com o objeto do ato. Com efeito, os mesmos parâmetros de controle podem ser dispensados ao objeto do ato, acrescentando-se a impossibilidade do objeto também como hipótese que legitima o controle político-constitucional do judiciário.

Outrossim, admitir-se a blindagem absoluta do mérito administrativo incorre em preconizar que nele não incide lei e a Constituição, posto que insusceptíveis de controle pelo Judiciário, teoria essa que não se sustenta nos tempos hodiernos de efetivação concreta dos direitos fundamentais e da supremacia e força normativa da ordem constitucional.

Quanto aos conceitos jurídicos indeterminados aplicáveis aos atos definidores e executores de políticas públicas, a incidência do controle judicial e, portanto, da legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário será variável de acordo com o índice de indeterminabilidade, conforme salienta Germana de Oliveira Moraes⁹⁸:

Quando a indeterminação conceptual resulta da imprecisão da linguagem, cabe ao aplicador da norma valer-se de juízos cognoscitivos, isto é, de raciocínios teórico-discursivos e o controle jurisdicional é pleno

Se a indeterminação conceptual devirá da contextualidade da linguagem, mas o aplicador da norma prescinde de uma valoração prospectiva, mediante juízos de prognose, para preencher o seu sentido, a controlabilidade judicial também será plena.

Se a indeterminação do conceito não decorre apenas da linguagem, pois envolve também a avaliação ou valoração de uma situação concreta e faz-se imprescindível o recurso ao juízo de prognose, através de métodos casual-teóricos (juízo de prognose), o controle jurisdicional será apenas parcial

Os conceitos vinculados, por decorrerem de imprecisão da linguagem ou do contexto que a inscrição legal toma com a realidade fática, prescindindo de um procedimento de determinação mais rigoroso, e, por conseguinte, se chegando objetivamente a uma única opção, são sindicáveis pelo Poder Judiciário sem restrição.

Em relação aos conceitos jurídicos indeterminados não vinculados, discricionários (quando à complementação do tipo aberto da norma for necessário realizar uma ponderação de interesses) e de prognose (verdadeiramente indeterminados

⁹⁸ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2004, p.215.

por compreenderem um juízo de aptidão, através da análise das situações de fato, tendente ao futuro), a verificação dos limites ao controle judicial torna-se um pouco dificultoso.

A complementação do tipo aberto de norma e o juízo de ponderação, além da conformação com a lei, compatibilidade com os princípios constitucionais e verificação da razoabilidade e proporcionalidade, devem guardar consonância com os aspectos fáticos e com os fundamentos da norma, de sorte que o controle judicial aí estará inserido.

O complemento do tipo normativo aberto e a ponderação de interesses devem ser extraídos do próprio Direito em confronto com a realidade a que se destina regular. Dessa forma, quando encerrar uma única opção viável, adequada, necessária e proporcional à efetivação do interesse público, e estando o ato administrativo em desacordo, esse deverá ser invalidado judicialmente.

Já em relação aos conceitos jurídicos verdadeiramente indeterminados ou de prognose, não obstante o aparato jurídico, axiológico e fático aplicável *in casu*, ainda assim será dificultoso ao Judiciário invalidar um ato administrativo em face de um juízo de aptidão formulado para o futuro, por falcarem ao judiciário mecanismos de avaliação suficientes que possibilitem essa determinação.

É o caso da preferência de políticas públicas, cuja implementação cabe ao Poder Executivo. Se há uma priorização em relação a determinado setor, resguardando o mínimo constitucional a outro também reconhecido como prioritário, não cabe ao Judiciário intervir nesse ato de governo sob a alegação de que este último melhor satisfaria o interesse público.

Mutatis mutandis, poder-se-ia admitir a aferição da aptidão da prognose formulada pela Administração Pública, valendo-se dos procedimentos de que a Corte Constitucional alemã se utiliza no controle de prognoses legislativas, como salientado por Ives Gandra e Gilmar Mendes⁹⁹:

⁹⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**: comentários à Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999. . 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005 p. 274-275.

No que respeita aos “eventos futuros”, entende-se que a decisão sobre a legitimidade de dada lei depende da confirmação de um prognóstico fixado pelo legislador ou da provável verificação de dado evento.

A Corte Constitucional alemã utiliza-se de diversos procedimentos racionais para a realização de prognósticos:

- (a) o “processo modelo” (Modellverfahren), que se refere a um procedimento das ciências sociais destinado a antever desenvolvimentos futuros a partir de uma análise causal-analítica de diversos fatores estáveis ou variáveis;
- (b) a “análise de tendências” (Trendverfahren), na qual se estudam determinadas tendências de desenvolvimento em função do tempo;
- (c) o “processo de teste” (Testverfahren), que propicia a generalização de resultados de experiências ou testes para o futuro;
- (d) o “processo de indagação” (Befragungsverfahren), no qual se indaga sobre a intenção dos partícipes envolvidos no processo

Contrastando com a realidade brasileira, a aferição quanto à adequação, aptidão, funcionalidade de uma prognose, ainda se revela incipiente em razão da deficiência do aparelho judicante, notadamente em relação ao corpo técnico, o que reduz sobremaneira os meios de informação dispensados ao juiz. Contudo, um ponto positivo do processo brasileiro vem a ser a possibilidade de intervenção de terceiros, contribuindo para o deslinde da questão, frente à obrigatoriedade de ninguém se eximir de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade (art. 339 do Código de Processo Civil), bem como quanto à presença da figura do *amicus curiae* e da audiência pública no controle de constitucionalidade abstrato (artigo 7º, §2º da Lei 9.868/1999).

Há de ser salientado que nem sempre o juízo de prognose está imune à sindicabilidade judicial. Em certas hipóteses, determinadas por acontecimentos fáticos, a invalidação de um ato administrativo pode estar arrimada na simples omissão quanto à preservação de um direito fundamental como a saúde. O fato é que se a destinação de verba a determinado setor não for suficiente para a sua satisfação social, mesmo que o volume de dinheiro dispensado esteja em conformidade com os limites mínimos de aplicação constitucional, haverá lesão ao princípio fundamental da eficiência do serviço público previsto no artigo 37 da Constituição Federal, dever do Estado e direito da população, quando existem outras linhas de recursos menos imprescindíveis, como é o caso da verba publicitária.

Se diante de uma situação de calamidade pública for aprovada a destinação de verbas para publicidade, mesmo previstas na lei orçamentária anual e na lei de diretrizes orçamentárias, não se pode negar a ausência de razoabilidade, proporcionalidade e moralidade administrativa, visto que direitos fundamentais necessitam de satisfação

imediate, principalmente em virtude do iminente risco de sua extinção. Da mesma forma, considerando a destinação de grande soma em dinheiro para determinados eventos públicos, mesmo que se destine à saúde ou educação, por exemplo o legalmente e constitucionalmente estabelecido, pode ser admitida a intervenção do Judiciário sob o mesmo fundamento, comprovada a inaptidão dos serviços prestados por hospitais e escolas públicas.

É sob esse enfoque que vem a ser admissível o controle jurisdicional da valoração dos conceitos jurídicos indeterminados, isto é, para satisfação do interesse público impostergável.

Impende ressaltar, que afora as questões discutidas dentro do âmbito das políticas públicas segundo os direitos fundamentais já albergados pelo ordenamento jurídico, o reconhecimento pelo Poder judiciário de novos direitos fundamentais tem gerado a necessidade de conformação dos programas públicos originários, figurando aí mais uma hipótese de intervenção judiciária, segundo a sua legitimidade político-constitucional, a fim de garantir a concretização do princípio da isonomia, em seus aspectos material e formal, bem como o pluralismo e a participação democrática.

3.6.2 O controle jurisdicional dos atos do Poder Legislativo na implementação de políticas públicas

Da mesma forma que a função executiva, a legislativa não mais se exerce de forma absoluta. A visão de que o Parlamento não pode sofrer limitações de azo a desvios e, sobretudo, inadequação aos fins constitucionais às quais a lei deveria satisfazer.

O Poder Constituinte Derivado, bem como o Decorrente, possuem plena vinculação com a obra original proveniente do exercício do Poder Constituinte Originário, ou seja, a Constituição Federal, razão pela qual o exercício de sua competência, assim como o produto dessa decorrente, necessariamente devem observar os preceitos formais e materiais impostos pela ordem constitucional, assim entendidos

tanto os expressos como os implícitos e os que têm sua fonte originária em tratados, mas já formalmente incorporados ao ordenamento jurídico.

Isso posto, a lei, abrangendo as espécies normativas do artigo 59 da Constituição Federal, ou seja, emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções, devem guardar uma concordância formal e material inarredável com o texto constitucional, compatível com os valores socialmente aceitos, com o direitos reconhecidos como fundamentais e com aqueles a que se pretende essa configuração. Nesse ponto bem esclarece Nagib de Melo Jorge Neto¹⁰⁰ ao preceituar:

As leis devem guardar compatibilidade com a Constituição, mas não uma compatibilidade meramente formal, falamos de uma compatibilidade ético-axiológica. Além disso, o próprio Estado deve pautar suas condutas, deve promover políticas públicas capazes de cumprir a pauta valorativa estabelecida pela Constituição.

Com efeito, tendo em vista o liame vinculativo da lei para com ordem constitucional, a instituição de políticas públicas pelo Poder Legislativo não vem a ser determinada por meio de uma absoluta discricionariedade do legislador, uma vez que toda a sua ação se fundamenta na materialização dos desideratos da Constituição Federal.

A conclusão que se extrai do vínculo necessário de constitucionalidade que deve existir na instituição de políticas públicas pelo Legislativo é que, nas hipóteses qualificadas pela quebra de tal vínculo por meio da inovação do ordenamento jurídico, aí residirá a legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário para o exercício da sua prerrogativa de controle de constitucionalidade (pela via difusa ou concentrada), de maneira a restabelecer a opção político-democrática popular, ou para conferir efetividade social à norma constitucional.

Com efeito, prescreve J.J. Gomes Ganotilho¹⁰¹, em total consonância com o novo caminhar da legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário no controle de políticas públicas:

¹⁰⁰Ibidem., p.64.

¹⁰¹Ibidem., p.1318.

Contra uma concepção tão absoluta de lei como *acto livre no fim*, movem-se hoje poderosas críticas que tendem a assinalar dois momentos teleologicamente relevantes nos atos legislativos: (i) em primeiro lugar, a lei tem, por vezes, função de execução, desenvolvimento ou prossecução dos fins estabelecidos na constituição, pelo que sempre se poderá dizer que, em última análise, a lei é vinculada ao fim constitucionalmente fixado; (ii) por outro lado, a lei, embora tendencialmente livre no fim, não pode ser contraditória, irrazoável, incongruente consigo mesma.

O exercício anômalo do Poder Legislativo legitima o controle político-constitucional jurisdicional, isto é, o controle de constitucionalidade das normas, em vários casos, podendo ser citados: quando os interesses dos representados são subjugados pelos interesses dos representantes; quando há vício de formalidade quando da inovação do ordenamento jurídico ou quando a política pública instituída, apesar de possuir parcela de legitimidade social, não realiza de forma escorreita os preceitos constitucionais, ou o pretende concretizar de forma transversa, como no caso da instituição de quotas com base na segregação racial; quando o fundamento fático da lei inexistente ou com ela é incompatível; quando o fim a que se destina a lei não condiz com a regulamentação a que se propõe, ou quando se verifica o esvaziamento da via legislativa.

De um modo geral, o exercício da prerrogativa de inovação legislativa, como já salientado, não revela uma opção entre legislar ou não, tendo em vista a pretensão imperativa de concretização da Constituição Federal, podendo a discricionariedade do legislador ser baseada de acordo com a abrangência constitucional conferida. Dessa forma, na instituição de políticas públicas o Poder Legislativo inova no ordenamento jurídico mediante o estabelecimento e atendimento de objetivos e fixação de meios.

A discricionariedade do legislador quando do estabelecimento de objetivos, visando à concretização de políticas públicas constitucionais, subentende uma maior discricionariedade à consagração do fim constitucional visado. Ante tal hipótese o Poder Legislativo detém a prerrogativa de instituir uma política pública por completo, pois atrelado ao estabelecimento dos objetivos, requer-se a sua concretização bem com a afixação dos meios para tanto.

Exemplo dessa prerrogativa ampla do Poder Legislativo reside na instituição por meio da Lei 6938/1981 da Política Nacional do Meio Ambiente, pois não só é complacente com ao atendimento dos seus objetivos estabelecidos, como dispõe dos meios necessários para tanto. Essa permissividade se justifica em razão do texto Constituição Federal, mais precisamente o artigo 225, prescrever fins constitucionais, com ao manutenção do equilíbrio ambiental, preservação e restauração de processos ecológicos, promoção da educação ambiental dentre outros.

Tal liberdade constitucional, todavia, não obstante o seu potencial, e fundamento voltado a uma melhor adequação da legislação à realidade naturalística, de modo a tornar factíveis as opções governamentais, permite o exercício anômalo da função legislativa com maior amplitude, legitimando, aí, o imiscuir do Judiciário em face de sua legitimidade político-constitucional de controle.

Ocorre, no caso sob análise, o exercício anômalo do Poder Legislativo, quando a matéria legislada não se coaduna com o fim público a que se fez menção como motivo para adoção de determinado objeto (regulação). Nessa hipótese, os interesses dos representantes conflitam com os interesses dos representado, dando azo ao início do conflito de legitimidade.

O controle político-constitucional do Poder Judiciário, ante tal situação, será exercido por meio de um controle de constitucionalidade material, cujo traço fundamental vem a ser a prevalência da opção da constitucional democrática, a fim de garantir a efetividade do interesse público, em face da inexistência dos motivos ou a sua incongruência com a regulamentação proposta. Uma vez evidenciado esse vício de legitimidade, a norma deverá ser extirpada do ordenamento jurídico.

Por seu turno, da determinação dos objetivos a se atingir o fim constitucional também pode advir a situação em que certa política pública possua legitimidade constitucional parcial, pois além de ferir direitos fundamentais, por negação ou não-extensão a outra parcela da sociedade, o objeto (disposição normativa) adotado para conferir satisfação à política pública não cumpre, da melhor forma, o fim constitucional originariamente estabelecido.

Um exemplo de instituição de políticas públicas por meio de inovação legislativa em que existe o vício de legitimidade parcial e de incongruência com o fim visado vem a ser a estipulação de quotas para afro-descendentes, tomando esse parâmetro como elemento necessário ao acesso a empregos, cursos, universidades, dentre outros, tendo em vista que a realidade brasileira está baseada na deficitária distribuição de renda.

Não se deve olvidar que a concretização de um direito fundamental não pode ser baseada na instituição de uma situação de inconstitucionalidade, notadamente pela derrogação do princípio da isonomia. Ademais, deve ser salientado que a raça é a humana, não se constituindo o elemento cor ou descendência como requisito para aferição da concretização material do princípio da isonomia. Nesse sentido, a conferir subsídio ao que se propugna, cumpre citar o julgado do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus 82.424¹⁰²:

Raça humana. Subdivisão. Inexistência, Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, cisto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.

No afã de determinar os objetivos aptos à efetivação do fim constitucionalmente assegurado, o legislador deve justificar a adoção da positivação textual com fulcro em uma realidade, em um elemento fático, razão pela qual a sua inexistência ou incompatibilidade com o comando legal acarreta um vício de constitucionalidade, pois além de não se constituir em um meio apto à concretização do preceito constitucional, a legitimidade político-democrática não resta configurada, tendo em vista a ausência de efetividade social.

Cabe salientar que ante tais situações, notadamente em relação à divergência entre os interesses dos representados e dos representantes, ao vício de formalidade quando da inovação do ordenamento jurídico, ou quando a política pública instituída, apesar de possuir parcela de legitimidade social, não realiza de forma escoreita os preceitos constitucionais, ou o pretende concretizar de forma transversa bem como quando o fundamento fático da lei inexistente ou com ela é incompatível, o controle de

¹⁰² Idem. Habeas corpus 82.420-2. Rio Grande do Sul. Tribunal Pleno. Diário da Justiça. Brasília. 19 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=Racial&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 18 ago. 2008.

constitucionalidade implementado e operacionalizado com fulcro na legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário não será de todo pacífico.

Ocorre que em certas hipótese se estará diante das prognoses legislativas, ou de mais de uma opção legitimamente aceitável, não havendo como conferir legitimidade ao controle político-constitucional, pois se estará diante de área de competência do Poder Legislativo. Todavia, não se deve olvidar que tais situações não afastam a incidência do princípio do direito de ação, pois se estando diante de lesão ou ameaça a direito injustificada aí residirá a possibilidade de controle jurisdicional

Outrossim, a sindicabilidade judicial dos atos legislativos poderá ser admitida quando, ao se objetar os vários fundamentos fáticos, puder se chegar objetivamente a uma decisão unívoca. Da mesma forma, o juízo de prognose poderá ser afastado quando ao contrapor o fundamento jurídico à realidade fática, chega-se à uma decisão cujo grau de objetividade se faz presente ao patamar de indicar o único meio adequado existente de satisfação do direito fundamental por via das políticas públicas.

Apesar da dificuldade em se implementar um controle das pronoses legislativas, assim como em relação à prognose do Poder Executivo, como já salientado alhures, as implicações fático-jurídicas advindas das políticas públicas são passíveis de controle. Ou seja, se por um lado ao Judiciário descabe tomar a opção de qual política pública vem a ser a mais adequada com base na avaliação da realidade cambiante e definição dos objetivos a serem tomados, caso a superveniência de lesão a direito restar constatada, como ao princípio da isonomia, poder-se-á admitir a insurgência político-jurisdicional.

O controle principiológico não é afastado pela prognose legislativa. O controle político-jurisdicional, portanto, não se dá em face da escolha de uma opção de medida econômica, por exemplo, mas sim que tal medida deve se pautar pelas vias constitucionais adequadas, incidindo, por exemplo, os princípios norteadores da ordem econômica, estabelecidos no artigo 170 da Constituição Federal¹⁰³.

¹⁰³ Segundo o artigo 170 da Constituição Federal, A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de

Outra hipótese em que se admite o controle político-constitucional vem a ser na definição do conteúdo de uma norma, ou seja, da regulamentação de um conceito jurídico indeterminado, ou através do esclarecimento do sentido de uma disposição positivada, a exemplo da interpretação autêntica operada pelo legislador.

Tal ação legislativa pode levar a devaneios acerca de princípios constitucionais como o da isonomia, ou, por outro lado, limitar desarrazoadamente um direito fundamental constitucionalmente assegurado no campo da instituição de políticas públicas. Nesse caso, não obstante a atuação legislativa por meio de uma interpretação autêntica, o controle jurisdicional aí incidirá tendo em vista o princípio da inafastabilidade ao Poder Judiciário, bem como, por a esse caber, por excelência, a interpretação das leis, fixando o entendimento a cerca de sua aplicação de forma definitiva. Nesse sentido, entendeu o Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade 2.797-2¹⁰⁴:

Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior.

Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal – guarda da constituição –, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia –, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames

Afora os vários exercícios anômalos do Poder Legislativo já mencionados, o esvaziamento da via legislativa vem a ser verdadeiro vício de constitucionalidade verificado em face da abstenção material de legislar, e da lesão à Constituição Federal

seus processos de elaboração e prestação; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

¹⁰⁴ Idem. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.797-2. Distrito Federal. Tribunal Pleno. Diário da Justiça, Brasília, 19, dez. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 19 ago. 2008.

em razão da inobservância de uma norma constitucional de competência. Trata-se de verdadeiro procedimento antidemocrático, postergando a própria representatividade democrática a favor de interesses políticos e intimidades com Executivo.

O esvaziamento da via legislativa não se caracteriza com a inconstitucionalidade por omissão, em que inexiste qualquer tipo de norma a fim de tornar efetivo o texto constitucional, mas em verdade revela um procedimento em que o Legislativo institui uma simples norma de abertura, cabendo ao Executivo, a instituição dos objetivos para se atingir da finalidade constitucional.

Tal procedimento atinge frontalmente o princípio da separação dos Poderes ao tempo que coloca em xeque o próprio sistema jurídico político-democrático. Acarreta, outrossim, um transpasse dos limites impostos pelo Poder Constituinte Originário, pois materializada a modificação do exercente do Poder Constituinte Derivado.

Nesse caso, a declaração de inconstitucionalidade da lei invalida todas as normas expedidas pelo Executivo, pois tal procedimento encontra-se em confronto com a Constituição Federal, não se legitimando qualquer relação decorrente dessa situação de inconstitucionalidade por lesão direta à cláusula pétrea da separação dos poderes, conforme artigo 60, §4º, III.

No campo das políticas públicas torna-se procedimento inaceitável, requerendo a imediata intervenção do Judiciário como órgão jurídico-político de conformação constitucional, visando a garantir a integridade da separação e harmonia entre os poderes, bem como resguardar o princípio democrático seriamente postergado, visto que, nesse caso, a representação popular seria usurpada pelo Poder Executivo.

Há de ser ressaltado, por oportuno, que o estabelecimento de objetivos voltados à concretização de políticas públicas, quando destituídos de razoabilidade e proporcionalidade para a consecução dos fins constitucionais, também se constitui em hipótese passível de controle de constitucionalidade.

De fato a ordem constitucional não se coaduna com absolutismos, ou exaurimento de direitos fundamentais mediante a postergação de outros. Dessa forma, lei emanada do Poder Legislativo em que os princípios da razoabilidade e

proporcionalidade não se acham conjugados, expressa verdadeira lesão à finalidade constitucional de efetivação dos direitos fundamentais, suscetível, portanto, do controle político-constitucional por parte do Judiciário. Nesse sentido salienta Luis Roberto Barroso¹⁰⁵:

O princípio da razoabilidade é um mecanismo pra controlar a discricionariedade legislativa e administrativa, ele permite ao Judiciário validar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o meio empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo caminho alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida tem maior relevo do que aquilo que se ganha.

Conclui-se que os princípios da proporcionalidade e razoabilidade se constituem em parâmetros constitucionais de controle de políticas públicas por meio do Judiciário, uma vez que a legislação concretizadora de direito fundamental deve se informar pela adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito

No que tange ao atendimento de objetivos fixados constitucionalmente, bem como em relação à fixação de meios para atingir o atendimento dos objetivos, tratam-se de maneiras de atuação do Poder Legislativo a que se pode dispensar o mesmo tratamento destinado à instituição de objetivos, salientando que nessas duas últimas hipóteses o controle constitucional das políticas pública se concretiza com maior ênfase, pois nesse caso os limites da discricionariedade legislativa atingem um patamar mais reduzido em virtude de uma maior vinculação com os elementos estabelecidos originariamente na Constituição Federal.

3.6.3 Inaplicabilidade da cláusula da reserva do possível e garantia do mínimo existencial efetivo

Advindo de um processo de concretização da Constituição Federal a discricionariedade do Poder Público no tocante à implementação de políticas públicas, como meio de satisfação de direitos fundamentais, vem perdendo cada vez mais a sua

¹⁰⁵ BARROSO, Luis Roberto. A nova interpretação constitucional. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006, p.37.

concepção pretérita de discricionariedade estatal aberta, em prol da supremacia e força normativa da ordem constitucional.

O fundamento é que a concretização dos direitos fundamentais não fica à mercê da discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo, constituindo-se em imperativo constitucional de observância obrigatória, bem como servindo de parâmetro de controle político-constitucional por parte do Poder Judiciário, o que vem a legitimar a sua ingerência na mediação de políticas públicas. A jurisdição constitucional adotou tal entendimento, como advém de precedente do Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental 410.715-5 em sede de Recurso Extraordinário¹⁰⁶:

A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

Os municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, §2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV) não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

De fato, não há que se negar a necessidade de o provimento judicial se compatibilizar com os fundamentos fáticos e jurídicos que legitimam a tomada de decisão, observando as possibilidades materiais, operacionais, estruturais e financeiras da pessoa jurídica de direito público condenada, bem como a devida razoabilidade e proporcionalidade, as quais não pode o julgador descuidar, sob pena de falência de legitimidade político-constitucional.

Outrossim, não se deve acolher a concretização de um direito fundamental quando da ocorrência de severa limitação ou dano à coletividade, pois como já assentado, a interpretação da ordem constitucional é incompatível com absolutismos, devendo a sua máxima efetividade pautar-se pela ponderação.

Todavia, não se pode admitir a perenização da situação de inconstitucionalidade decorrente da inércia governamental. O mandamento obrigacional constitucional

¹⁰⁶ Ibidem.

voltado à concretização de um direito fundamental, abrangido por um objetivo expresso na Constituição Federal, não pode ser simplesmente afastado sob o argumento de impossibilidade governamental. Nesse caso, ainda que a materialização do provimento jurisdicional de concretização de dado direito fundamental esteja impossibilitada de satisfação fática, diante das condições atuais, não obstante a razoabilidade e proporcionalidade que o permeia, o Estado deverá envidar esforços no intuito de satisfazer o atendimento ao direito preterido, sendo inconcebível a perpetuação da situação de inconstitucionalidade. A Constituição Federal na se concretiza apenas com o reconhecimento de sua eficácia jurídica, e sim requer a devida efetividade social.

Diante desse cenário de necessária concretização constitucional, a cláusula da reserva do possível tem cedido espaço à necessidade de garantia do mínimo existencial efetivo.

Por seu turno, entende-se por cláusula da reserva do possível o conjunto de implicações de ordem jurídica e fática (material, financeira, operacional e estrutural) de que se vale determinado ente estatal a fim de justificar a inefetividade por ele proporcionada quanto à satisfação social dos direitos fundamentais através das políticas públicas, diante do controle político-constitucional exercido pelo Poder Judiciário. Depreende-se do sucinto conceito a necessidade da demonstração cabal dos fatos alegados, sob pena de se considerar infundadas as razões da inação estatal.

Diante de grave inobservância do texto constitucional na efetivação de políticas públicas, cumpre ao administrador demonstrar a efetiva impossibilidade de concretização do provimento jurisdicional, bem como que a situação vigente não foi por sua gestão ocasionada, ou que decorreu da inércia para com os problemas herdados de seus predecessores. Corrobora-se, portanto, com o entendimento expresso por Nagibe de Melo Jorge Neto¹⁰⁷ segundo o qual a mera alegação de inexistência de verbas orçamentárias para implementação das políticas públicas exigidas judicialmente não é motivo suficiente a caracterizar a impossibilidade material ou jurídica.

Com efeito, acerca da relativização da reserva do possível, bem como da inadmissibilidade da utilização desse fundamento para o Estado se furtar ao imperativo

¹⁰⁷ Ibid., p.151

constitucional de concretização do direito fundamental por meio de políticas públicas, segue-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 436.996¹⁰⁸

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favores da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

A outra faceta do direcionamento da jurisdição constitucional no tocante à relativização da cláusula da reserva do possível vem a ser o reconhecimento de uma pauta de direitos e valores impostergáveis ao indivíduo, visto que inerente à própria dignidade da pessoa humana, o que se convencionou nomear de mínimo existencial efetivo.

O mínimo existencial efetivo não envolve apenas a preservação e concretização dos direitos da personalidade inerentes ao indivíduo, abrangendo um conceito mais elevado, onde o provimento material se faz necessário.

Dessa forma, o direito à vida não se subsume à mera manutenção do estado biológico do ser humano, envolvendo a indispensável satisfação de sua dignidade como atributo inseparável do ser.

O direito à vida digna, portanto, abrange a concretização de um mínimo existencial efetivo, de forma que, como salienta Luis Roberto Barroso¹⁰⁹, a prestação a quem desse patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade.

Inobstante o reconhecimento e aplicação do mínimo existencial efetivo no direito pátrio, por encerrar um conceito aberto de certa indeterminação, há uma grande

¹⁰⁸ Ibidem, p.12

¹⁰⁹ Ibid., p. 39.

variedade de entendimento acerca do seu conteúdo, ou seja, do que vem a abranger tal mínimo. Com o devido respeito a todas as indagações sobre a delimitação do conteúdo material do mínimo existencial, as quais contribuem efetivamente à defesa da concretização da dignidade da pessoa humana, há de ser salientado que a Constituição Federal, em seu artigo 6º, tende a definir tal controvérsia, ao firmar como direitos sociais (e fundamentais) a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer e a segurança, devendo-se incluir aí a alimentação.

Não subsiste razão, portanto, para o afastamento do mínimo existencial efetivo em razão da cláusula da reserva do possível, cabendo unicamente uma ponderação a fim de não prejudicar outras prestações sociais e direitos individuais que ao Estado cabe efetivar.

Ademais, mesmo que a inoperância do ente público na realização das políticas públicas seja condicionada pela inexistência de elementos necessários para tanto, como dotação orçamentária insuficiente ou inexistência de estruturação mínima, tal estado de inconstitucionalidade não deve persistir, devendo o Judiciário impor a sua decisão a fim de resguardar o mínimo existencial, como obrigação de fazer da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sob pena de destituir a Constituição Federal de sua superioridade e força normativa.

Com efeito, a cláusula da reserva do possível não será passível de aplicação absoluta, devendo ser relativizada a fim de se preservar o mínimo existencial efetivo e indisponível. No mesmo sentido se expressa Nagibe de Melo Jorge Neto¹¹⁰, para quem os limites estabelecidos pela reserva do possível podem ser flexibilizados, ou seria melhor dizer, merecem ser questionados, pressionados, distendidos, um pouco mais vigorosamente ou, quiçá, alargados para que seja garantido o mínimo existencial.

Cumprido salientar que, no tocante à análise das contas públicas pelo Judiciário, em decorrência da alegação da cláusula da reserva do possível, com o desiderato de se garantir o mínimo existencial efetivo, investe-se essa função estatal de relevante papel político-constitucional como mediador das finanças estatais.

¹¹⁰ Ibid.,p.155.

O Judiciário faria as vezes, nessa hipótese, de órgão fiscalizador das finanças ao se admitir a necessidade da efetiva comprovação da ausência de fundos, ao tempo em que se requer a demonstração dos recursos aportados e das obras, programas e serviços implementados ou em vias de execução. Dessa forma, em se constatando o desvio de verbas, superfaturamento de obras públicas, dentre outras improbidades, cumpriria ao Judiciário intimar o Ministério Público a fim de dar início às ações penais e cíveis cabíveis, como a ação por improbidade administrativa e a ação civil pública.

Outrossim, se da alegação de ausência de dotação orçamentária suficiente se constatar o emprego indevido de verbas públicas, dentre outras formas de lesão ao erário, o julgador deverá obrigatoriamente fornecer tais dados ao respectivo Tribunal de Contas, a fim de que esse exerça a sua atribuição de fiscalização contábil, financeira, orçamentária operacional e patrimonial, quanto à legalidade, legitimidade economicidade e aplicação das subvenções e renúncias de receitas (art.70 da Constituição Federal), com a incidência das penalidades cabíveis, tendo em vista que conforme o artigo 74 da Constituição Federal, ao Judiciário cabe apoiar o controle externo no externo no exercício de sua missão institucional.

Ressalte-se que no caso de omissão ou mora judiciária o cidadão poderá valer-se do §2º do referido artigo 74, visto ser parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidade perante o Tribunal de Contas.

Por fim, cumpre ressaltar que, se o ato do Chefe do Executivo, quando da execução de políticas públicas, atentar contra os direitos políticos, individuais e sociais, poderá configurar o crime de responsabilidade, cabendo ao Senado no caso do Presidente da República o exercício do atribuição de tribunal político, para fins de processamento e julgamento da conduta criminosa, cabendo a presidência dos trabalhos ao Presidente do Supremo Tribunal Federal.

3.6.4 Proibição do retrocesso e controle jurisdicional de políticas públicas

Como já demonstrado, o Poder Público, quando da instituição de políticas públicas, não pode valer-se da discricionariedade, de critérios de conveniência e oportunidade, como justificativas à postergação da efetivação de direitos fundamentais, incidindo aí em uma situação de inconstitucionalidade sindicável pelo Poder Judiciário, tendo em vista o reconhecimento de sua legitimidade político-constitucional.

Com efeito, sabendo-se da limitação do poder de instituir políticas públicas, no sentido de que essas devem estar voltadas à satisfação material dos direitos fundamentais, e não aos critérios de conveniência e oportunidade, o Poder Público, quando da instituição de tais políticas, deve abster-se de predileções a determinados programas em detrimento de outros igualmente essenciais.

O desenvolvimento de políticas públicas, além da observância do princípio da isonomia, deve pautar-se pelos ditames da proporcionalidade e razoabilidade, de modo que todos os programas recebam o devido suporte jurídico, material, estrutural, funcional e financeiro, hábeis à efetivação dos direitos fundamentais.

Desse modo, não vem a ser uma ação legítima do Poder Público a instituição de uma política pública educacional, por exemplo, em que o índice de satisfação alcançado em relação a determinado direito fundamental dela integrante e complementar, como o desporto e a cultura, instrumentos essenciais de socialização, seja reduzido ou extinguido em razão do corte de verbas.

Outro exemplo inadmissível vem a ser a transferência de verbas de uma maternidade a fim de melhorar o serviço de um hospital, ou para outros fins se não o originário. Trata-se de uma verdadeira afronta aos direitos fundamentais, notadamente pelo fato de que as ações estatais direcionadas à satisfação de tais direitos devem observância aos critérios de continuidade, efetividade, eficiência, atualidade e adequação social.

Dessa forma, a implementação de direitos fundamentais por meio de políticas públicas necessita de um direcionamento progressivo e prospectivo, vedando-se ao Poder Público o retorno ao *status a quo*, em face da busca pela máxima efetividade do

texto constitucional. Proíbe-se o retrocesso do índice de concretização do direito fundamental

Outrossim, se um determinado direito fundamental detém a forma de um princípio, uma vez considerado esse como um mandado de otimização direcionado à implementação da melhor forma e abrangência possíveis, a ação estatal voltada à redução do nível de satisfação alcançado importa em subversão da sua própria substância e razão de existência.

Tendo em vista tais considerações, o princípio constitucional da proibição do retrocesso tem ampla aplicabilidade no âmbito das políticas públicas, constituindo-se em verdadeiro parâmetro de controle passível de utilização pelo Judiciário.

Por meio do princípio da proibição do retrocesso veda-se aos Poderes Públicos a instituição qualquer ato que venha a extinguir um determinado direito fundamental reconhecidamente aceito e incorporado ao ordenamento jurídico, ou que se destine a reduzir o nível de concretização atingido por esse mesmo direito, tendo em vista a máxima efetividade das normas constitucionais a que se deve buscar constantemente.

Aplicado à temática do controle de políticas públicas, a proibição do retrocesso urge fundamentar a ilegitimidade do Poder Público para extinguir programas ou reduzir o âmbito de abrangência alcançado, como, por exemplo, a redução do número de escolas para aumentar o número de creches. Trata-se de procedimento incompatível com a satisfação horizontal a ser buscadas pelas políticas públicas, em que preza a compatibilização dos níveis de concretização dos direitos fundamentais sem que importe na superposição de um sobre o outro, nem implique situações lesivas ao princípio da isonomia.

A exemplo da proibição do retrocesso nas políticas públicas pode-se citar o caso do processo 70004480182-2002/CÍVEL do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹¹¹, reconhecendo o direito ao desconto da mensalidade do segundo filho na rede particular

¹¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação 70004480182-2002/CÍVEL. Quinta Câmara Cível. Diário da Justiça Rio Grande do Sul. 15 mai. 2003. Disponível em :< http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 21 ago 2008.

como uma conquista social, sendo extensível ao ensino universitário, conforme ementa, *in verbis*:

1. O art. 24 do DL 3.200/41 foi concebido para beneficiar famílias de prole numerosa, garantindo o acesso de todos ao ensino. Repasse do custo às mensalidades (art. 205 da CF). Aplicação do texto ao ensino universitário (arts. 208, V, e 209, I, da CF).
2. O dispositivo em questão nada mais é do que uma conquista social da época e que não foi revogado ou derogado pela legislação ou Constituições supervenientes, pois nenhuma destas normas mostra-se incompatível ou regula inteiramente a matéria que tratava a lei anterior (art. 2º da LICC). Manteve-se íntegro no tempo, obediente ao princípio da proibição de retrocesso social defendido por J. J. Canotilho. (A.C. n.º 598193845)”.
Apelo improvido.

O princípio da proibição do retrocesso se constitui em mais um meio de defesa dos direitos fundamentais em face dos atos estatais, de expressão político-democrática, possibilitando a intervenção do Judiciário quando constatada flagrante inconstitucionalidade de redução da esfera de concretização de um direito de expressão da dignidade humana.

3.7 A CONSEQÜENTE POLITIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO

Pode-se admitir que o processo de politização do Poder Judiciário decorre de duas patologias que permeiam o Estado Brasileiro, ou seja, a inoperância e a incapacidade dos Poderes Legislativo e Executivo na concretização dos objetivos constitucionais, bem com os desvios de poder incrustados no agir estatal, em que o interesse público não passa de moeda eleitoral e mero fundamento formalístico, cobertor dos verdadeiros interesses abjetos.

Assim também se posiciona Mauro Capplletti¹¹² ao justificar a expansão do Judiciário não só para adequação do sistema de freios e contrapesos, ganhando a mesma envergadura político-constitucional fática e material dos demais poderes, mas também em decorrência do descrédito para com a capacidade do Estado enquanto instrumento de concretização dos direitos fundamentais:

¹¹²Ibidem., p.65.

Parece inegável que esse imponente acontecimento, a expansão do que tínhamos chamado justiça constitucional das liberdades (nacional ou supranacional), tenha sido causado, entre outros motivos, exatamente pela crise de desconfiança no “estado leviatã”, e em particular pela “orgia de leis”, que constitui típico produto desse estado[...].

Todavia, como remédio a tal desvirtuamento da satisfação dos interesses constitucionalmente assegurados, testemunha-se o surgimento de uma jurisdição constitucional voltada a assegurar a força normativa e supremacia da ordem constitucional vigente, pautando-se pela afirmação e concretização dos direitos fundamentais.

Desse modo, tendo por fundamento da ação jurisdicional a própria Constituição Federal, entendida como decisão política fundamental, o reconhecimento da legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário no controle de políticas públicas se faz patente, notadamente por os fundamentos que norteiam tal controle residirem na ordem constitucional estabelecida.

A legitimidade político constitucional do Poder Judiciário no controle de políticas públicas engendrou o surgimento de uma gama de orientações jurisprudenciais voltadas á concretização de direitos fundamentais, notadamente os sociais, sem contudo descuidar da concepção de que os direitos fundamentais possuem um liame de vinculação e interdependência cuja satisfação de um decorre da necessidade de outro, como por exemplo, o direito à vida depende da saúde e de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O Poder Judiciário dos tempos hodiernos tem implementado a sua função a tanto requestada, ou seja, o de mediador político, de conformador e norteador dos atos estatais para com os ditames constitucionais estabelecidos e reconhecidos, primando pela efetiva legitimidade democrática das políticas públicas.

É inegável o reconhecimento dessa nova interpretação da função judiciária como norteadora da escolha política, com base na Constituição Federal. Nesse ponto, J.J. Gomes Canotilho¹¹³ clarifica o reconhecimento da legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário, salientando a sua maior expressão no Tribunal Constitucional, que no caso brasileiro vem a ser o Supremo Tribunal Federal:

¹¹³ Ibidem., p.1305.

[...] o Tribunal trabalha com um parâmetro de controle – os princípios e regras constitucionais – com fortes cambiantes políticas. Esta dimensão política do Direito Constitucional acabará, de forma mais ou menos explícita, por tornar o Tribunal Constitucional num regulador político. Num processo contínuo de concretização e desenvolvimento das normas constitucionais, o Tribunal decide questões políticas de grande relevância político-constitucional[...]. [...] o Tribunal Constitucional converte-se em parte institucionalizada de conformação do processo político de actos em forma de actos jurisdicionais.

Afora o já reconhecido e proeminente fundamento de busca pela efetivação dos direitos fundamentais, essa politização do Poder Judiciário consubstancia verdadeiro instrumento de resgate do princípio democrático em face de uma legislação permeada por escolhas particulares, em descompasso com o interesse público. Nesse sentido, esclarece Robert Alexy¹¹⁴, *in verbis*:

O cotidiano da exploração parlamentar contem o perigo que as maiorias imponham-se desconsideradamente, emoções determinem o ocorrer, dinheiro, e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidos erros graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo, mas, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas requer também positivamente que os cidadãos iriam aprovar os argumentos do tribunal se eles aceitassem um discurso jurídico-constitucional-racional.

Há de se ressaltar que o discurso democrático possibilitado com a politização do Poder Judiciário, decorrente do controle de políticas públicas e do reconhecimento de sua legitimidade político-constitucional como interventor nos demais Poderes, cumpre uma suprema função de informar os destinatários e titulares dos direitos fundamentais quanto ao seu efetivo uso, bem como acerca dos instrumentos de proteção, defesa e concretização ofertados pela ordem constitucional.

De fato não há que se negar que o Poder Judiciário possui proeminente papel de conscientização democrática e política, notadamente por o direito de ação constitucionalmente assegurado, como decorrência do princípio democrático (artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal), permitir o discurso político acerca dos interesses coletivos (das maiorias e minorias) e individuais, dos direitos fundamentais em face da inovação legislativa implementada pelo Legislativo e da execução das

¹¹⁴ Ibidem, p. 54.

políticas públicas pelo Executivo, que nem sempre tendem a expressar os anseios da sociedade a que se destinam.

A politização do Judiciário vem a representar importante via de legitimação e concretização dos interesses democráticos positivados, implícitos e decorrentes do sistema constitucional adotado, ao tempo que visa suprir a deficiência da participação popular no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo.

O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, bem como o reconhecimento de sua legitimidade político constitucional nas bases formuladas no presente trabalho monográfico culmina com a politização da função judiciária, sendo esse fenômeno histórico, jurídico, sociológico, axiológico e político (pois destinado que é à defesa da opção política fundamental, bem como da escorreita conformação da legislação ao interesse democrático, legitimando-a) reconhecidamente imprescindível à determinação dos novos rumos da sociedade brasileira quanto à efetivação dos direitos fundamentais.

Se tal politização do Poder Judiciário vem a ser benéfica, há de se crer que atualmente a sociedade brasileira dela necessita. Contudo, em se admitir a sua perenização, no sentido de esvaziamento consentido dos Poderes Executivo e Legislativo, não resta dúvida que tal cenário demonstrará a perda da capacidade do Estado de concretização voluntária, como desiderato constitucional dos direitos fundamentais, pois como já salientado nesse trabalho monográfico, o ideal de realização constitucional reside em que toda ação pública ou privada esteja imbuída da satisfação dos direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

A legitimidade político constitucional do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, antes de uma conseqüência do desenvolvimento da concepção de Estado Democrático de Direito, direitos fundamentais e Constituição Federal, advém de um interesse social fundado na necessidade de reconhecimento e concretização de valores e direitos cujos demais poderes não lograram êxito satisfazê-los.

Diante fundamentos demonstrados no presente trabalho monográfico pode-se concluir que a legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário no controle de políticas públicas vem a ser uma atribuição imanente do próprio sistema normativo constitucional fundado sobre a égide do Estado Democrático de Direito, razão pela qual não se pode valer de conjecturas que venham a destoar o real interesse político-democrático da sociedade em admitir a existência de uma instância apta a proteger os direitos fundamentais, sob o pálio do direito de ação.

A teoria dos direitos fundamentais, como atualmente vem sendo concebida, em conjunto com a Moderna Hermenêutica e o Moderno Constitucionalismo, tendo como base fundamental a normatividade dos princípios e a força normativa da Constituição Federal, proporcionaram um avanço qualitativo e quantitativo da jurisdição constitucional, vindo a conferir subsídios à formulação do entendimento acerca da legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário no controle de políticas públicas.

Por seu turno, o desenvolvimento da tese intervencionista e concretista, com arrimo nos direitos fundamentais, obtiveram a ambiência necessária à sua evolução, notadamente por decorrência da crescente necessidade de uma democracia direta, em que o povo, insatisfeito com os desvios de poder, pugna por mecanismo de satisfação direta e imediata dos direitos fundamentais.

Ante tais aspectos, faze-se necessário uma releitura do princípio da separação dos poderes, devendo sua concretização fática primar não só pela observância dos

aspectos jurídico-constitucionais, mas igualmente satisfazer os auspícios axiológicos e políticos da ordem constitucional, trâmite fundamental ao reconhecimento dos direitos à liberdade e igualdade em consonância com a dignidade da pessoa humana.

Buscou-se, portanto, demonstrar que em face da atual convicção acerca da garantia da eficácia dos direitos fundamentais, detém o Poder Judiciário legitimidade político-constitucional para exercer o controle de Políticas Públicas, tendo por finalidade superar pensamentos, teorias, e intenções em contrário, visto que esse vem a ser o desiderato de uma sociedade livre justa e solidária.

Todavia, impende salientar que a legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário não lhe confere o exercício absoluto de sua função. Em verdade, o mesmo fundamento que confere legitimidade à atuação jurisdicional também lhe impõe os limites, necessários e impostergáveis, sem os quais se instituiria verdadeiro absolutismo.

Com efeito, o processo crescente de politização do Poder Judiciário, não obstante a sua necessidade na quadra atual, não deve prosseguir em uma ascensão desordenada, nem deve se perenizar na vida do Estado, pois da mesma forma que inobservância dos direitos fundamentais posterga os princípios básicos do Estado Democrático de Direito, a ditadura do Judiciário, e não da justiça, em nada condiz com o ideal democrático propugnado pela Carta Magna.

Em verdade, a teorização da legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário no controle de políticas públicas deve residir na concretização dos direitos fundamentais, sendo esse o próprio fundamento de validade e legitimidade do provimento jurisdicional.

Não se almeja, portanto, à supremacia do Poder Judiciário, mas sim à sua afirmação como órgão político-constitucional hábil à defesa do povo, instância de concretização da democracia e dos direitos fundamentais, bem como de defesa contra a representatividade desviada e a hibridez do exercício do poder, tão corrente no Estado brasileiro. É nesse sentido que deve ser formulada a legitimidade político-constitucional do Poder Judiciário no controle de políticas públicas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
asp>. Acesso em: 19 ago. 2008.

BARROSO, Luís Roberto (Org). Barcellos, Ana Paula et. al. **A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em:<
http://www2.mre.gov.br/dai/m_678_1992.htm>. Acesso em: 1 set 2008.

BRASIL. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. **Declaração e programa de ação de Viena de 1993**. Disponível em: <
<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>>. Acesso em: 1 set 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A Constituição e o Supremo. p. 690. Disponível em: <
<http://www.stf.gov.br/portal/constituicao/>>. Acesso em: 06 ago 2008.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2797-2. Disponível em: <
<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor>>. Acesso em 24 jun. 2008.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1442-1 Distrito Federal. Tribunal Pleno. Diário da Justiça, Brasília, 29, abr. 2005. Disponível em:
<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor>. Acesso em: 30 jun. 2008

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1950-3 São Paulo. Tribunal Pleno. Diário da Justiça, Brasília, 02 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor>>. Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.797-2. Distrito Federal. Tribunal Pleno. Diário da Justiça, Brasília, 19, dez. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 18 ago. 2008.

_____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 436.996. São Paulo. 2ª Turma. Relator Min. Celso de Mello. Diário da Justiça. Brasília. 03 jan. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 20 ago. 2008

_____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410.715-5 São Paulo. Segunda Turma. Diário da Justiça, Brasília, 03 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor>>. Acesso em: 23 ago. 2008.

_____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45MC/DF. Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. Diário da Justiça, Brasília, 04, mai. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. Habeas Corpus 81.963. Rio Grande do Sul. Tribunal Pleno. Diário da Justiça, Brasília, 28, out. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor>>. Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. Habeas corpus 82.420-2. Rio Grande do Sul. Tribunal Pleno. Diário da Justiça. Brasília. 19 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=Racial>>

_____. Habeas Corpus nº 90.172. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor>>. Acesso em: 1 jul. 2008.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo 466. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br//arquivo/informativo/documento/informativo466>>. Acesso em: 25 jul. 2008.

_____. Informativo 485 Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/informativo/pesquisarInformativo.asp>> . Acesso em: 1 jul. 2008.

_____. Informativo 485. Disponível em:
<<http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo485>>. Acesso em: 25 jul. 2008.

_____. Informativo 508. Disponível em:
<http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo508.htm>. Acesso em: 28 ago 2008.

_____. Informativo 514. Disponível em:
<<http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo514>>. Acesso em: 16 ago. 2008.

_____. Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999 anotada jurisprudencialmente. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em:
<<http://www.stf.gov.br/portal/legislacaoAnotadaAdiAdcAdpf/verLegislacao.asp?lei=259>>. Acesso em: 8 jul. 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação 70004480182-2002/CÍVEL. Quinta Câmara Cível. Diário da Justiça Rio Grande do Sul. 15 mai. 2003. Disponível em :< http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 21 ago 2008.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução 22.526. **Consulta. Eleições proporcionais candidato eleito. Cancelamento de filiação. Transferência de partido. Vaga. Agremiação. Resposta afirmativa.** Disponível em:<
http://www.tse.gov.br/internet/legislacao/eleitoral_blank.htm>. Acesso em 25 jun. 2008, p.7-8.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7.ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores.** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988:** Volume 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JORGE NETO, Nagib de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Fortaleza: Jus Podivm, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade concentrado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAZZUOLI, Valério de oliveira. **Curso de direito internacional público**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MONTESQUIEU, Barão de [Charles-Louis de Secondat]. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2004.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, G. E. do Nascimento, ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.