RODRIGO PIRES DA CUNHA BOLDRINI

GARANTIA DE DIREITOS E SEPARAÇÃO DOS PODERES

No Brasil atual, o princípio da separação dos Poderes opõe limites à garantia de direitos sociais pelo Judiciário contra omissões do Executivo?

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo – 2012

RODRIGO PIRES DA CUNHA BOLDRINI

GARANTIA DE DIREITOS E SEPARAÇÃO DOS PODERES

No Brasil atual, o princípio da separação dos Poderes opõe limites à garantia de direitos sociais pelo Judiciário contra omissões do Executivo?

Dissertação de Mestrado apresentada na Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração em Direito do Estado, sob orientação do Professor Titular Emérito Doutor Dalmo de Abreu Dallari.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo – 2012

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO
DIREITO DO ESTADO

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

GARANTIA DE DIREITOS E SEPARAÇÃO DOS PODERES:
No Brasil atual, o princípio da separação dos Poderes opõe limites à garantia
de direitos sociais pelo Judiciário contra omissões do Executivo?

Rodrigo Pires da Cunha Boldrini

Aluno concluinte – USP 5804371

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Dalmo de Abreu Dallari

Presidente

Examinador(a)

Examinador(a)

São Paulo

2012

Agradecimentos

Agradeço a Deus; que, em Sua onisciência, onipresença e onipotência, edificou toda Criação com sabedoria, beleza e força; e fez do ser humano um ente capaz de, em respeito ao próximo e a própria humanidade, escolher o caminho do Direito e da Justiça, com inteligência, amor e vontade, na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Pela honra que me concede em ser seu aluno, palavras não seriam suficientes para expressar minha gratidão ao grande Professor Dalmo de Abreu Dallari, que faz de seu exemplo o principal ensinamento, promovendo a formação e o desenvolvimento de consciências jurídicas, mostrando os caminhos para a proteção e fruição dos direitos consagrados na Constituição.

Agradeço aos Professores Marcus Orione Gonçalves Correia e Sebastião Botto de Barros Tojal, pela preciosa avaliação durante o exame de qualificação, muito importante para este trabalho. Agradeço aos professores desta Casa pelas disciplinas ministradas no mestrado. Aos membros da Seção de Pós-Graduação, do Departamento de Direito do Estado e das Bibliotecas. Bem como a todos os amigos com quem tive o prazer de compartilhar as aulas e o período do mestrado desta “*Velha e Sempre Nova Academia*”.

Ao Professor Sérgio Roxo da Fonseca, pelas lições recebidas na graduação em Direito da UNESP/Franca. À minha mãe Maria Rita e ao meu pai Waldemar. À minha namorada Mônica. Aos tios Carlos Olímpio e José Pires da Cunha, pelas lições na Advocacia. Às tias Amélia Augusta, Lourdes e Maria Therezinha, pelas lições de magistério. E ao tio Sebastião Pinto da Cunha, pelas tradições de Serra Negra.

Agradeço, também, aos meus amigos Cássio Modenesi Barbosa, Josué Mastrodi Neto. E aos colegas de trabalho e estudantes do curso de Direito da Faculdade Max Planck, em Indaiatuba, onde iniciei o exercício da docência.

Muito obrigado.

Resumo

BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. **Garantia de direitos e separação dos Poderes**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: FADUSP, 2012.

No Brasil pós-1988, o princípio da separação dos Poderes não impede que o Poder Judiciário garanta direitos sociais contra omissões inconstitucionais do Poder Executivo. A Constituição, entendida como fruto da cultura dos povos, como documento político fundamental e como norma jurídica superior, permite que se conceba a separação de Poderes como um princípio de garantia aos direitos sociais. Consagra, também, um Judiciário independente e harmônico, entendido como um “*fator real de poder*”, capaz de, no exercício da sua competência político-constitucional, assegurar direitos sociais, em cumprimento à Constituição e ao próprio princípio da separação dos Poderes.

Palavras-chave: Brasil – Direitos sociais – Poder Executivo – omissões inconstitucionais – Poder Judiciário – ativismo judicial – garantismo – neoconstitucionalismo

Riassunto

BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. **Garanzia di diritti e separazione dei Poteri**. Tesi. San Paolo: FADUSP, 2012.

In Brasile, da 1988, il principio della separazione dei poteri significa che il giudici sono competente per garantisce i diritti sociali contro la incostituzionalità per omissione del Potere Esecutivo. La separazione dei poteri è un principio di garanzia dei diritti sociali. Il Potere Giudiziario è in grado de esercitare la giurisdizione per garanzia di stessi diritti, in conformità con la Costituzione ed con il stesso principio.

Parole chiave: Brasile – Diritti sociali – Potere Esecutivo – incostituzionalità per omissione – Potere Giudiziario – attivismo dei giudici – garantismo – neocostituzionalismo

Sumário

INTRODUÇÃO	8
1. OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS DO EXECUTIVO	12
1.1. Matrizes do pensamento constitucional: Inglaterra, França e Estados Unidos	12
1.2. Sentidos sociológico, político e jurídico da Constituição	19
1.3. Modelos liberal e social de Estado	27
1.4. Constitucionalismo no Brasil e os direitos sociais	37
1.5. (<i>VISÃO POLÍTICA – CARL SCHMITT</i>) O papel do Executivo na promoção dos direitos sociais: omissões executivas?	76
2. GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS PELO JUDICIÁRIO	90
2.1. Poder Judiciário nas três matrizes do pensamento constitucional: Inglaterra, França e Estados Unidos	90
2.2. Jurisdição constitucional como garantia “ <i>jurídica</i> ” aos direitos	103
2.3. Poder Judiciário no modelo social de Estado	113
2.4. Poder Judiciário no Brasil	123
2.5. (<i>VISÃO JURÍDICA – HANS KELSEN</i>) O papel do Judiciário na promoção dos direitos sociais: ativismo judicial?	126
3. SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO GARANTIA DE DIREITOS NÃO DE PODER	143
3.1. Separação dos Poderes nas três matrizes do pensamento constitucional: Inglaterra, França e Estados Unidos	143
3.2. Separação dos Poderes como garantia “ <i>sociológica</i> ” aos direitos	153
3.3. Separação dos Poderes no modelo social de Estado	165
3.4. Separação dos Poderes no Brasil	174
3.5. (<i>VISÃO SOCIOLÓGICA – FERDINAND LASSALLE</i>) Em busca da justa medida: Judiciário como “ <i>fator real de poder</i> ”?	184
CONSIDERAÇÕES FINAIS	206
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	215

INTRODUÇÃO

Sempre que se fala em separação dos Poderes, o primeiro filósofo que vem à mente é mesmo Montesquieu, conhecido como o grande autor dessa teoria. Sua principal obra, talvez a mais conhecida, é *“L’Esprit de la loi”*, escrita por cerca de 20 anos e publicada em 1748. Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, nasceu na França, em Bordeaux, onde foi juiz por herança de seu tio, de 1716 até 1726. Fez várias viagens pela Europa e, especialmente, entre 1729 e 1731, esteve em Londres, onde pode observar de perto as tradições que o motivaram a sintetizar sua doutrina. Inspirado num modelo inglês de constitucionalismo, Montesquieu propôs, no Livro XI, Capítulo VI, sua famosa teoria da separação dos poderes; que, após séculos, permanece na memória, na prática e no debate dos povos de nossa época.

Montesquieu reconhece que o escritor não é o único autor de uma obra. Isso porque o livro somente se perfaz após a atenção e a reflexão de seus leitores. Chega mesmo a defender que: *“não se deve nunca esgotar de tal modo um assunto, que não deixe ao leitor nada a fazer. Não se trata de fazer ler, mas de fazer pensar”*¹. De fato, uma obra somente se torna completa após integrar a cultura dos povos, colaborando para o aperfeiçoamento da compreensão e da prática relacionadas ao tema de que trata. É também verdade que a autoria nunca é mesmo individual, mas coletiva. O escritor colhe sua inspiração no passado e; a partir de novas experiências e reflexões, semeia aperfeiçoamentos no presente; cujos frutos, para o futuro, deverão se multiplicar em pensamentos e ações melhores ainda.

A leitura de Montesquieu comprova que ele se inspirou em seus antecessores e em alguns contemporâneos seus, como, por exemplo, Aristóteles, Políbio, Maquiavel, Locke e Bolingbroke. Entretanto é interessante notar que, já no prefácio, certamente escrito ao final dos 20 anos de pesquisa, o autor celebra a finalização do livro e antevê a contribuição que daria para o ideal constitucional. Sem considerar diferenças de tempo e espaço, Montesquieu se inscreve entre os pensadores pelos quais nutria admiração e, de igual para igual, comunga com eles do produto de seu trabalho:

“Se esta obra lograr êxito, devê-lo-ei, em grande parte, à grandiosidade do assunto; no entanto, não creio que me haja faltado o gênio. Quando vi o que tantos homens notáveis, na França, na Inglaterra

¹ MONTESQUIEU. *L’Esprit des lois*, Livro XI, Cap. XX, p. 154.

e na Alemanha, escreveram antes de mim, admirei as suas obras, porém não perdi a coragem. E, como Correggio, disse: *‘E eu também sou pintor’* (*‘Ed io anche son pittore’*)”².

De fato, assim como Correggio também Montesquieu merece ser reconhecido como *“pintor”*. E, muito embora sua principal teoria possa ser discutida e atualizada, é inegável a contribuição dada por Montesquieu ao pensamento constitucional.

Em relação ao presente trabalho, além de Montesquieu, foram consultados alguns outros autores que forneceram as bases de estudo; dentre os quais é possível citar o abade de Sieyès, Francis Bacon, Kant, Locke, Rousseau, Hamilton, Jay e Madison, Thomas Jefferson, John Adams, Lassalle, Kelsen, Schmitt, Hesse, Canotilho, Ferrajoli e todos aqueles que fazem parte da bibliografia do trabalho.

Entretanto, foram especialmente importantes as obras, experiências e reflexões de Dalmo de Abreu Dallari, dentre as quais, dezenas de ótimos livros e artigos, destaca-se sua obra mais recente, publicada em 2009, premiada em 2010, cujo título é *“A Constituição na vida dos povos”* e cuja leitura fortemente inspirou o presente trabalho:

“Essa obra é fruto de minuciosa pesquisa histórica, contendo informações precisas sobre o processo político e social que levou à invenção da Constituição escrita, em 1787, na Convenção de Filadélfia que teve como resultado a criação dos Estados Unidos. Partindo dos fundamentos medievais, a obra acompanha toda a evolução do constitucionalismo até o século XXI”³.

Enrique Ricardo Lewandowski e Luiz Gustavo Bambini de Assis, em *“A influência de Dalmo Dallari nas decisões dos tribunais”*, foram pioneiros ao escreverem um livro cujo tema é a repercussão e os efeitos práticos da obra de um jurista na jurisprudência brasileira. Os autores comparam o jurista Dalmo de Abreu Dallari ao herói homérico Aquiles, porque também possuidor da *“arete”* grega, atualmente traduzida como *“virtude cívica”*. E reconhecem que:

“o Professor Dalmo tornou-se legítimo herdeiro e propagador de uma *‘paideia’* renovada. Praticou, desde sempre, essa pedagogia existencial e cívica, definindo-a, em tocante síntese, no discurso que pronunciou ao receber o título de Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, da seguinte maneira: *‘(...) fiz do exercício da docência uma espécie de Advocacia para todo o povo, fazendo também da Advocacia uma espécie de docência permanente para todo o povo, estimulando a crença no Direito e mostrando os caminhos jurídicos para a busca de efetividade na proteção e fruição dos direitos consagrados na Constituição e nas leis’*”⁴.

Antonio Allegri da Correggio, então lembrado por Montesquieu em seu prefácio, foi um pintor renascentista, cujas obras podem ser admiradas nas grandes

² Ibidem, p. 2.

³ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo; ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. **A influência de Dalmo Dallari nas decisões dos tribunais**, p. 24.

⁴ Ibidem, p. 10-11.

coleções do mundo. Pintou “*A Visão de São João em Patmos*” (1523) para o domo da igreja de São João Evangelista, em Parma. Também em Parma, decorou o domo da catedral com a “*Ascensão da Virgem*” (1530). Dentre cerca de 30 grandes obras, é possível citar ainda: “*Ecce homo*” (1530), na “*National Gallery*” em Londres; “*Noli me tangere*” (1534), no “*Museo Nacional del Prado*” em Madri; “*A adoração do menino*” (1520), na “*Galleria degli Uffizi*” em Florença; assim como “*O casamento místico de Santa Catarina*” (1515), “*Vênus e Cupido com um sátiro*” (1528) e “*Alegoria da Virtude*” (1530), as três no “*Louvre*” em Paris. A genealidade de Correggio chega a ser comparada a dos seus contemporâneos Leonardo da Vinci, Michelângelo Buonarroti e Raffaello Sanzio da Urbino.

Muito embora suas obras, com mérito ímpar, já integrem a cultura jurídica da atualidade e colaborem para o aperfeiçoamento da compreensão e da prática da Constituição, do Direito e da Justiça; Dalmo de Abreu Dallari, ao contrário de Montesquieu, por prudência e nobreza, jamais se referiria a si mesmo como “*pintor*”. Entretanto, após o presente estudo, se um breve testemunho for permitido, Dalmo de Abreu Dallari, em igualdade com os grandes pensadores do passado e do presente, pode hoje de fato, por sua obra, por seu exemplo e por sua prática, ser reconhecido pelos seus alunos como virtuoso “*pintor*”; à imagem da genialidade de Correggio e à semelhança, “*vis-à-vis*”, dos maiores sábios do pensamento constitucional moderno e contemporâneo.

O presente trabalho, elaborado entre 2010 e 2012, é produto da leitura e de uma reflexão acerca do tema da garantia de direitos em cotejo com a teoria da separação dos Poderes. Buscou-se projetar esse debate no cenário brasileiro da atualidade, razão pela qual os temas das omissões executivas e do ativismo judicial estiveram aqui presentes. A tese principal é que o Judiciário é um poder independente capaz de, como “*fator real de poder*”, fiscalizar o Executivo, segundo um padrão objetivo de justo aferido a partir da Constituição democrática.

Em atenção ao objetivo próprio das dissertações de mestrado, o trabalho pretendeu uma sistematização crítica da literatura existente sobre o tema tratado, por meio da utilização dos métodos e técnicas de investigação científica. Existiu também o espírito de que o trabalho contribuísse para a defesa dos ideais constitucionais e para a difusão da consciência de Constituição. Entretanto, considerado como uma sistematização crítica da literatura existente sobre o tema; este trabalho terá alcançado seu objetivo se puder ser visto não como uma obra em si mesma, mas sim como uma mera e discreta moldura dentro da qual seja possível, aí sim, apreciar a arte dos autores que inspiraram este estudo. Terá

também alcançado seu objetivo se, além de moldura, for compreendido também como uma janela aberta, por meio da qual seja possível visualizar nuances da realidade atual brasileira.

Buscou-se o equilíbrio entre teoria e prática, ideal e realidade; de modo que o “*mundo*” estivesse presente no trabalho, evitando que a “*teoria*” constituísse mero item de erudição. Esse equilíbrio teve como base a compreensão de que Estado e Constituição, necessariamente, conjugam Sociologia, Política e Direito. Por um lado, houve a preocupação de que as exposições e comentários a respeito de teses e autores tivessem uma utilidade prática; da mesma maneira que, por outro lado, existiu a intenção de que as informações a respeito de técnicas de elaboração e aplicação de preceitos jurídicos e dos dados da experiência bem influenciassem as construções teóricas. A par da transmissão de elementos teóricos e do fornecimento de informações de caráter prático; objetivou-se, sobretudo, colaborar para a formação e para o aprimoramento da consciência jurídica acerca do Poder Judiciário, bem como de seu papel na garantia da Constituição.

Para este aluno concluinte, o prazer da dedicação ao presente estudo foi tão grande quanto o ganho na formação acadêmica. O curso permitiu um sensível aperfeiçoamento na visão humanista do Direito do Estado e, especialmente, da Teoria do Estado. A elaboração do presente trabalho também estimulou o desejo pela continuidade das pesquisas na área. Novos projetos permitirão uma evolução maior ainda, bem como permitirão a correção de asperezas que aqui eventualmente ainda persistam, com a finalidade de então, nessa oportunidade próxima, objetivar-se o oferecimento de contribuição nova à ciência jurídica.

A proposta é relacionar garantia de direitos e separação dos Poderes, proposta essa que dá título à dissertação. Assim, a principal questão deste trabalho é a seguinte: no Brasil atual, o princípio da separação dos Poderes impõe limites à garantia dos direitos sociais pelo Judiciário em face às omissões do Executivo? Nossa hipótese preliminar é de que a resposta seja *favorável à ampla jurisdição*, porque a independência do Poder Judiciário, bem como sua competência para assegurar direitos contra violações dos outros Poderes, são decorrências do próprio princípio da separação dos Poderes, segundo uma visão atualizada desse princípio. Também é a proposta, trazer uma visão otimista do Direito, forte na certeza de que a Constituição é plenamente capaz de promover a dignidade humana e o bem comum, garantindo Justiça.

Desde já, fica o agradecimento por toda atenção emprestada ao texto seguinte; o que muito honrará o presente trabalho.

1. OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS DO EXECUTIVO

1.1. Matrizes do pensamento constitucional: Inglaterra, França e Estados Unidos

O constitucionalismo foi uma **conquista da humanidade** e, ao longo da história, correspondeu ao movimento social pela valorização da Constituição como garantia contra qualquer espécie de poder absoluto e antidemocrático. Suas raízes encontram-se nas lutas contra o absolutismo, bem como na concepção de que o poder político é um poder jurídico, condicionado, portanto, ao Direito. A Constituição, como padrão objetivo de justo, engloba aspectos sociológicos, políticos e jurídicos, sendo produto da cultura dos povos. E esse exercício jurídico do poder político implica a existência de limites e objetivos, com vistas a proteger a liberdade individual e a promover a igualdade material, em atenção ao bem comum e à dignidade da pessoa humana. Hoje, portanto, o constitucionalismo é visto como o principal instrumento para a implantação de sociedades humanistas e democráticas.

O desenvolvimento do constitucionalismo foi diferente entre os Estados europeus e a América do Norte. Muito embora Inglaterra, França e Estados Unidos comunguem da concepção de constitucionalismo como ideal de limitação ao poder político, bem como de instrumento para afirmação e garantia de direitos; é possível verificar peculiaridades do constitucionalismo em cada um desses países. Isso permite propor que, ao longo da história, existiram três **matrizes do pensamento constitucional**: inglesa, francesa e estadunidense.

Assim, no primeiro momento desse trabalho, cabem duas perguntas a fim de que se delimite uma primeira compreensão acerca do pensamento constitucional. A primeira pergunta é: na história da Constituição é mesmo possível identificar matrizes do pensamento constitucional? A segunda pergunta é: observada a característica de suas Constituições, essas matrizes podem ser associadas, cada uma delas, a aspectos sociológicos, políticos e jurídicos do fenômeno constitucional?

Alguns autores identificam a origem do constitucionalismo com o surgimento da Constituição escrita, a partir das Revoluções Burguesas do século XVIII. Outros autores chegam a encontrar indícios de constitucionalismo até mesmo na Antiguidade. Ocorre que a verdadeira origem do constitucionalismo encontra-se ligada ao cenário histórico-social da Idade Média. Assim, é possível dizer que o constitucionalismo surge já na Inglaterra do século XIII, resultante das disputas pelo predomínio sobre terras e

populações, com a afirmação de lideranças e costumes inerentes a cada região, num ambiente de relações sociais que caracterizaram o feudalismo, sendo que a Constituição costumeira era invocada como base de organização e direitos.

A **Inglaterra** medieval foi pioneira em atribuir sentido jurídico à constituição de um povo. Por isso, considera-se a matriz inglesa como a origem do constitucionalismo. Dalmo de Abreu Dallari, em sua obra *“A Constituição na vida dos povos”*, forte no estudo acerca da origem, da evolução e da importância atual da Constituição, ensina que

“um dado histórico importante, que mostra ser já bem antiga a influência da ideia de Constituição na afirmação de uma organização social e política legítima e justa, é que na Inglaterra, cujo sistema político e social, segundo a maioria dos teóricos, tem por base uma Constituição apenas parcialmente escrita, encontram-se referências à constituição, como padrão de organização política e social que deve ser respeitado, desde a Idade Média”⁵.

Portanto, a principal característica da matriz inglesa é a Constituição costumeira, cujas normas estão escritas não em papel, mas sim gravadas na tradição do povo inglês. A preservação dos costumes e da cultura foi favorecida pelo relativo isolamento geográfico da Grã-Bretanha, que, sendo uma ilha, permitiu a continuidade das tradições sem tantas interferências. A Constituição inglesa compreende o conjunto de leis, instituições e costumes que compõem um sistema geral sob o qual a comunidade consentiu em ser governada.

Assim, Dalmo de Abreu Dallari também afirma que

“a ideia de atribuir sentido jurídico à constituição de um povo nasceu na Inglaterra medieval [...] pela concepção da constituição da sociedade como repositório e síntese de costumes consagrados pela tradição e reconhecidos pelo direito costumeiro”⁶.

E, mais ainda, ensina que

“a partir dessa ideia básica, no decorrer dos séculos a Constituição passou a ser concebida como elemento essencial da organização do povo e diretriz fundamental para a solução de conflitos de direitos e a consolidação das mudanças sociais de maior importância”⁷.

René David, em *“Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo”*, reconhece essa importância da tradição na Inglaterra, ao escrever que: *“A ‘common law’ é um sistema profundamente marcado pela sua história, e esta história é de forma exclusiva, até o século XVIII, a do direito inglês”*⁸.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**, p. 179.

⁶ Ibidem, p. 171.

⁷ Ibidem, p. 172.

⁸ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**, p. 279.

Apesar da afirmação de sua existência, muitos teóricos ingleses resistem em reconhecer o sentido jurídico dessa Constituição inglesa, visto que na Inglaterra não há, de fato, uma lei escrita denominada “*Constituição*”. Em sentido contrário, existe também a afirmação de que a Inglaterra tem sim uma Constituição escrita, que seria composta pelo conjunto das normas escritas que tratem da organização do Estado britânico. De qualquer modo, não há dúvida de que a cultura tem grande importância para o modelo constitucional inglês, bastante fundado na tradição e na solidez das instituições, que são a sua Constituição.

Portanto, uma característica da matriz inglesa é a existência da Constituição costumeira, consagrada pela *força da tradição e das instituições*, o que releva uma predominância do caráter sociológico no constitucionalismo inglês.

Por sua vez, diferentemente da matriz constitucional inglesa, a francesa adotou uma Constituição escrita. Entretanto, na **França**, o constitucionalismo nasceu como bandeira política, sendo essa sua principal característica.

A primeira Constituição francesa, de 1791, surge num momento de substituição do sistema político-social então vigente, que era caracterizado pela monarquia hereditária e irresponsável, bem como pela existência de classes superiores privilegiadas, em que se incluíam a nobreza e o clero. Portanto, os debates acerca da Constituição tiveram grande importância na definição da nova sociedade e do novo sistema político, com forte influência da busca pela garantia de direitos.

A esse propósito, o cenário político da época em que surge a Constituição francesa pode muito bem ser percebido pela leitura da obra publicada por Emmanuel Joseph Sieyès, em fevereiro de 1789, cinco meses antes da queda da Bastilha, que era o símbolo do absolutismo francês. Essa obra, cujo título é “*Qu’est-ce que le Tiers État?*”, revela a tensão política das vésperas da Revolução Francesa. Seu autor advoga pela garantia, em Constituição, da liberdade da burguesia, que ocupava o “*Terceiro Estado*” no Antigo Regime e se via, então, prejudicada pelos privilégios do clero e da nobreza. Esse inconformismo da burguesia fica bem representado por Sieyès nas seguintes palavras: “1º. O que é o Terceiro estado? Tudo. 2º. O que tem sido ele, até agora, na ordem política? Nada. 3º. O que é que ele pede? Ser alguma coisa”⁹. Sieyès também reconhece a urgência da Constituição ao dizer:

“Sente-se, assim, a dupla necessidade de se submeter o governo a formas certas – interiores ou exteriores – que garantam sua aptidão para alcançar os seus próprios fins e sua impotência para

⁹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Qu’est-ce que le Tiers État?*, p. 3.

separar-se deles. [...] A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. [...] A Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte”¹⁰.

De fato, a França adotou uma Constituição escrita, com o objetivo autêntico de afirmar a liberdade em oposição ao absolutismo, fazendo com que, para citar os mesmos dizeres de Sieyès, a burguesia “*fosse alguma coisa*”. Entretanto, nesses primeiros tempos, sendo “*expressão da vontade da nação*” e “*obra do poder constituinte*”, a Constituição era ali entendida como documento de natureza política, não como norma jurídica superior.

Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari ensina que, na França do século XVIII, a Constituição “*não é concebida como a base do sistema jurídico, mas interessa ao direito como fator de garantia, na medida em que define a organização do poder do Estado, impedindo a concentração do poder político e proibindo sua interferência na liberdade individual*”¹¹.

No mesmo sentido, Marcel Morabito, no livro “*Historie constitutionnelle de la France*” propõe que, nos primeiros tempos do constitucionalismo francês, “*o direito se vê sacrificado no altar do político e se dobra perante os imperativos do governo revolucionário*”¹².

Maurice Duverger, por sua vez, em sua obra “*Les Constitutions de la France*”, confirma que: “*em menos de oitenta anos a França sofreu mais de quinze diferentes regimes políticos que, geralmente, se opunham. Essa trajetória não ocorreu sem problemas: podem-se contar pelo menos quatro revoluções, dois golpes de Estado e três intervenções*”¹³.

Portanto, entendia-se que o Código Civil era mais importante que a Constituição, porque a Constituição era “*política*”, mas o Código Civil era “*lei*”, e deveria disciplinar as relações privadas, inclusive patrimoniais, que, por sua vez, teriam prioridade sobre a esfera pública.

Essa concepção em muito se deveu ao fato de que o Código Civil de 1804 gozou de maior estabilidade e duração que as Constituições francesas. De fato, na época da Revolução, a França teve seis Constituições (1791, 1793, 1795, 1799, 1802 e 1804), vindo a ter outras três no período de restauração da monarquia (1814, 1815 e 1830), bem como mais outras sete do século XIX ao XX (1848, 1852, 1875, 1940, 1945, 1946 e 1958);

¹⁰ Ibidem, p. 79-80.

¹¹ Ibidem, p. 219.

¹² MORABITO, Marcel. **Historie constitutionnelle de la France (1789-1958)**, p. 11.

¹³ DUVERGER, Maurice. **Les Constitutions de la France**, p. 35-36.

conforme documenta Jacques Godechot, em seu trabalho intitulado “*Les Constitutions de la France depuis 1789*”¹⁴. Isso revelava uma instabilidade constitucional frente à constância do chamado Código Napoleão, que contribuiu para a ideia civilista e privatista do modelo francês.

Não sendo vista como “*lei*”, a Constituição era o **documento político fundamental** que proclamava os princípios para a definição do sistema político, bem como para organização e funcionamento do governo, sempre com o foco em limitar a interferência pública no domínio privado. Outro fato que revela que nesse modelo a Constituição não tinha força normativa é o entendimento de que, sem aplicação imediata, as normas constitucionais sobre direitos individuais tinham sua efetividade condicionada por legislação ordinária. Assim, na França, a Constituição somente começou a obter eficácia jurídica na segunda metade do século XX, assinalando uma profunda mudança no constitucionalismo francês.

A história também demonstra que houve um diálogo entre as matrizes constitucionais da França e dos Estados Unidos da América. Thomas Jefferson, por exemplo, um dos autores da Declaração de Independência das colônias inglesas em 1776, foi embaixador norte-americano em Paris de 1784 a 1789, envolvendo-se nos primeiros acontecimentos da Revolução Francesa. Em seguida, retornou aos Estados Unidos, sendo seu terceiro presidente, de 1801 a 1809. Isso permite concluir que na época da elaboração da sua Constituição houve bastante contato dos norte-americanos com os ideais franceses; da mesma maneira que, na orientação do constitucionalismo francês, principalmente quanto à adoção de uma constituição escrita em 1791, houve influência da experiência dos Estados Unidos da América de 1787.

Uma prova de que Jefferson demonstrava interesse pelo constitucionalismo francês está em uma mensagem a George Mason, de 4 de fevereiro de 1791, em que escreve: “*considero a criação e o êxito do governo deles (da França) como necessário para sustentar o nosso*”¹⁵. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari ensina que:

“os criadores dos Estados Unidos da América [...] já tinham a noção da Constituição como um repositório de direitos fundamentais, racionalmente estabelecidos. [...] A experiência norte-americana teve grande repercussão na França [...] inspirando a convocação de uma Assembleia Constituinte para fundar um novo regime político, o que mostra que a ideia de Constituição já havia sido incorporada ao ideário político”¹⁶.

¹⁴ GODECHOT, Jacques. **Les Constitutions de la France depuis 1789**, p. 506-514.

¹⁵ JEFFERSON, Thomas. **Escritos políticos**, p. 21.

¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Op. cit.**, p. 150 e 151.

Assim, nos **Estados Unidos da América**, a Constituição nasce com o próprio país e desde o início foi identificada como uma instituição republicana. Foram pioneiros na adoção de uma Constituição escrita, já em 1787. E a adoção de uma Constituição escrita era necessária porque, ao contrário da Inglaterra, não havia nos Estados Unidos antiguidade, uniformidade nem solidez dos costumes que, consagrados por tradição ou decisões judiciais, permitissem conceber uma Constituição costumeira; mesmo porque o Estado estava nascendo naquele momento, como federação e como república.

A Constituição norte-americana, como na França, também era escrita, porém nos Estados Unidos já era dotada da natureza de lei superior. Com efeito, normatividade e supremacia foram, desde o início, as principais características da Constituição norte-americana. A noção de superioridade das normas constitucionais, com maior eficácia, decorria da ideia de que o poder constituinte era superior ao poder legislativo ordinário. Isso justificava a supremacia da Constituição sobre todas as outras leis, mesmo porque o texto constitucional era a expressão da vontade do povo e não da mera vontade de legisladores.

O reconhecimento da superioridade do poder constituinte sobre o poder legislativo ordinário resultou a ideia de que a Constituição, como produto de um poder superior, também seria superior e vincularia o exercício dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Ao falar dessa Constituição escrita, é importante lembrar John Adams, que teve intensa participação no processo constituinte. Dalmo de Abreu Dallari¹⁷ revela que John Adams, famoso na história como segundo presidente da República dos Estados Unidos, antecedido por George Washington e sucedido por Thomas Jefferson, também foi o autor de uma importante obra de 1787, publicada em Londres, cujo título é “*A defense of the Constitutions of government of the United States of America*”, em que defendia a adoção da Constituição com a finalidade de consagrar uma nova forma de governo nos Estados Unidos da América. Nessa obra, Adams escreveu que:

“Cada homem deve estar satisfeito com sua parte do império; e se a natureza e a razão da humanidade, a nobreza de suas qualidades e afeições, e seus desejos naturais, provam seu direito a uma parte no governo, não podem certamente provar mais do que as Constituições dos Estados Unidos concederam, uma eleição anual de todo legislativo e executivo, o governo, o Senado, e a Câmara”¹⁸.

¹⁷ Ibidem, p. 235.

¹⁸ ADAMS, John. **A defense of the Constitutions of government of the United States of America**, p. 364.

O trecho citado atesta a importância que Adams conferia à Constituição, como lei maior dos Estados Unidos da América. Essa contribuição refletiu-se na redação da própria Constituição de 1787, cujo artigo VI reconheceu que: *“Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país”*.

Edward Corwin, um dos mais autorizados comentadores da Constituição estadunidense, ao tratar desse artigo VI, na obra *“A Constituição norte-americana e seu significado atual”*, reconhece ali a chamada *“cláusula de supremacia”*, que estabelece a Constituição como norma jurídica superlativa: *“Este parágrafo foi chamado, de modo muito feliz, ‘o ponto nodal da Constituição’ (‘the linch pin of the Constitution’)”*¹⁹.

É certo que a **Constituição como lei superior**, mais que fruto das contribuições teóricas, foi um produto da história. Entretanto, John Adams e o artigo VI da Constituição simbolizam muito bem o pensamento de 1787, cujas circunstâncias consagraram o pioneirismo norte-americano em conceber a Constituição no seu sentido jurídico.

Ao identificarmos as três matrizes do pensamento constitucional, importa destacar que, conforme ensinamento de Dalmo de Abreu Dallari, *“isso não quer dizer que outros povos não tenham dado contribuição significativa ou em nada tenham influenciado a história constitucional da humanidade”*. Essa identificação apenas revela que *“tais contribuições, embora relevantes, não significaram o aparecimento de um novo modelo constitucional, embora, em alguns casos, tenham influído bastante para que se começasse a definir um novo constitucionalismo”*²⁰.

Portanto, nesse primeiro momento do trabalho e em resposta às duas indagações iniciais, é de fato possível identificar, com tranquilidade, três matrizes do pensamento constitucional: inglesa, francesa e norte-americana. E, tendo em vista a característica predominante das Constituições desses países, também é possível associar cada matriz a um sentido do fenômeno constitucional: a matriz inglesa ao sentido sociológico, a matriz francesa ao sentido político e a matriz norte-americana ao sentido jurídico.

¹⁹ CORWIN, Edward S. **A Constituição norte-americana e seu significado atual**, p. 215.

²⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Op. cit.**, p. 174-175.

1.2. Sentidos sociológico, político e jurídico da Constituição

Ao admitirmos que as matrizes do pensamento constitucional, cada uma delas de acordo com sua característica predominante, possam ser associadas a aspectos sociológicos, políticos e jurídicos do constitucionalismo, surge mais uma questão. Essa questão diz respeito agora ao conceito de Constituição, em correspondência com cada um desses aspectos: é mesmo possível conceber a Constituição como um fenômeno complexo, que envolva um sentido sociológico, um sentido político e um sentido jurídico?

A palavra “*constituição*” em seu sentido comum pode significar os elementos que compõem determinada coisa, dando-lhe uma unidade. Assim, é possível dizer, por exemplo, que um organismo é constituído por seus órgãos, compostos por tecidos e células; ou mesmo que a matéria é constituída por seus átomos, compostos por prótons, nêutrons e elétrons. Nesse sentido, pode-se pensar também na Constituição de um Estado como o conjunto de elementos que o compõem e que lhe dão unidade.

É oportuno lembrar Goffredo Telles Júnior, que definiu as leis como “*criações da inteligência*” e “*expressões culturais de subjacentes, silenciosas e perenes disposições genéticas da Mãe-Natureza*”, escrevendo que:

“uma verdadeira compreensão do comportamento humano e da liberdade – assim como a correta interpretação das LEIS que regem comportamento e liberdade – exige clara consciência da interação natural das predisposições genéticas e dos fatores circunstanciais do meio em que transcorre a existência dos seres”²¹.

Assim, o Direito não pode ser visto como um fenômeno puro nem mesmo como um sistema teórico fechado à realidade. Disso decorre que todo objetivo jurídico deve também considerar aspectos não-jurídicos, seja para a elaboração de uma lei, para imposição de uma obrigação ou mesmo para decisão acerca de um conflito de interesses.

Um exemplo de aspectos não-jurídicos com repercussão jurídica é relatado por Dalmo de Abreu Dallari, referindo-se a um estudo antropológico realizado na cidade paulista de Cunha, pelo cientista Robert Shirley. O pesquisador observou que: “*o juiz era o personagem mais importante da cidade e [...] gozava de maior respeito, a tal ponto que sua presença e suas opiniões exerciam influência decisiva no comportamento das pessoas, mesmo em situações que nada tinham que ver com seus poderes legais*”²².

Com efeito, a primeira visão que se tem de uma Constituição pode ser **sociológica**. Essa visão aproxima-se muito da ideia de uma Constituição de fato ou mesmo

²¹ TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Direito quântico**, p. 360-361.

²² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Op. cit.**, p. 18.

de uma Constituição costumeira, cujas regras não estejam escritas nas folhas de papel, mas sim *gravadas na cultura do povo e nas instituições existentes*. Em determinados casos, essa Constituição de fato poderia ter até mesmo mais influência sobre o comportamento humano do que as leis escritas teriam.

Nesse sentido, todo povo tem uma Constituição, que independe das formalidades jurídicas, mas está dotada da capacidade necessária para gerar consequências jurídicas, na medida em que pode repercutir sobre o comportamento das pessoas.

Ferdinand Lassalle, na sua famosa conferência proferida em 1863, documentada na obra *“O que é uma Constituição?”*, chegou a escrever que: *“todos os países possuem ou possuíram sempre, e em todos os momentos da sua história, uma Constituição real e verdadeira. A diferença nos tempos modernos [...] não são as constituições reais e efetivas, mas sim as constituições escritas nas folhas de papel”*²³.

Portanto, Lassalle sintetiza sua ideia sociológica de Constituição dizendo que a essência da Constituição real e efetiva é a *“soma dos fatores reais do poder que regem um país”*²⁴, fatores esses que correspondem ao conjunto das instituições existentes e hábeis para influenciar o comportamento do povo. Diz também que a Constituição escrita nasce a partir do momento em que esses fatores reais de poder são escritos na *“folha de papel”*, cuja consequência será que: *“a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito, nas instituições jurídicas, e quem atentar contra eles atenta contra a lei, por conseguinte é punido”*²⁵.

A ideia de uma Constituição fática é muito importante para solução de questões jurídicas fundamentais. Dentre essas questões, encontram-se, por exemplo, o direito a um governo constitucional ou mesmo o direito a uma Constituição jurídica própria, cujo método de elaboração e modificação também terá origem na Constituição de fato.

Ademais, uma Constituição somente será autêntica se for baseada na cultura e na vontade de seu povo. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari ensina que a Constituição:

“só é autêntica se for reflexo dos costumes consagrados por um povo, estabelecidos em função de seus valores, de suas necessidades fundamentais e de suas possibilidades, fixados num conjunto de princípios e normas livremente estabelecidos pelos integrantes de cada povo”²⁶.

²³ LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?*, p. 39.

²⁴ Ibidem, p. 30.

²⁵ Ibidem, mesma página.

²⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 22.

Disso decorre que não se admitem Constituições artificiais, elaboradas segundo interesses estranhos ao interesse público e à vontade popular. Portanto, a Constituição nasce do povo, e é essa origem um dos fundamentos de sua autoridade.

Como já foi dito, a Constituição escrita nasce nos Estados Unidos da América de 1787 e na França de 1791. As duas primeiras Constituições da história traziam uma diferença importante entre elas. Enquanto que nos Estados Unidos ela já surge como “lei”, na França nasce como “*manifesto político*”.

Por certo, os norte-americanos ao adotarem uma Constituição escrita, também tinham objetivos políticos, como consolidar a independência e implantar a República. Entretanto, eles já concebiam a Constituição como um documento jurídico, necessário para afirmação de um Direito próprio, como base da soberania do Estado e expressão de um novo tipo de organização social. A Constituição seria então respeitada como lei superior, o que possibilitou inclusive o controle de constitucionalidade.

Os franceses, por sua vez, entendiam a Constituição como expressão da vontade política e dos interesses das correntes predominantes. Esse sentido predominantemente político da Constituição foi reforçado pela ideia da separação entre a esfera pública e a esfera privada, bem como pelo advento do Código Civil em 1804, então considerado de fato como a “lei”.

Caberia à Constituição política apenas definir o regime político, organizar o Poder Público e fixar as regras de participação do povo no exercício do poder político. O capítulo dos direitos fundamentais declarados na Constituição política teria, então, o caráter de mera carta de boas intenções, sem o condão de gerar obrigações jurídicas para os governantes, nem exigibilidade judicial desses direitos. Dalmo de Abreu Dallari adverte que a principal consequência da concepção exclusivamente política de Constituição será que: “*a efetivação dos direitos fundamentais fica subordinada à aprovação de leis definindo direitos e obrigações, o que só ocorrerá quando a maioria governante considerar que é conveniente e oportuno, ficando tal decisão subordinada a critérios de conveniência política*”²⁷.

Além disso, considerar a Constituição apenas como um manifesto político implica comprometer sua legitimidade, visto que os direitos formalmente proclamados em seu texto poderão ser reflexos apenas da vontade dos dirigentes, dissociados da vontade popular e do padrão objetivo de Justiça. Essa concepção também ocasionará incerteza e

²⁷ Ibidem, p. 27.

insegurança jurídica, porque a Constituição poderá ser modificada a qualquer momento em consequência de mudanças políticas. Tudo isso reduzirá a eficácia da Constituição, cuja aplicação aos casos concretos ficará dependente da conveniência política dos poderosos.

Carl Schmitt defendia o sentido **político** da Constituição, ao concebê-la como “*decisão política fundamental*”, fruto da **vontade do povo representado pelo Poder Constituinte**. Portanto, para ele, a essência da Constituição não residia na lei, mas sim em uma decisão política tomada pelo Poder Constituinte:

“a essência da Constituição não está contida em uma lei ou em uma norma. No fundo de toda formação reside uma ‘*decisão política do titular do poder constituinte*’, isto é, do povo na Democracia e do monarca na monarquia autêntica”²⁸.

Para Schmitt:

“A Constituição é aplicável por força da vontade política existencial daquele que a elabora. Toda a espécie de formação jurídica, e também a formação constitucional, pressupõem uma tal vontade como existente”²⁹.

E o reconhecimento da força e da autoridade desse poder político é que, para Schmitt, confere legitimidade à Constituição:

“Uma Constituição é legítima, isto é, reconhecida não só como situação de fato mas como ordem jurídica, quando a força e autoridade do poder constituinte em que descansa sua decisão é também reconhecida. [...] Não necessita justificar-se em um norma ética ou jurídica; tem seu sentido na existência política”³⁰.

Portanto, Schmitt entendia a Constituição como “*decisão política fundamental*” tomada pelo Poder Constituinte com fundamento na força e na autoridade do poder político. É curioso notar alguma semelhança entre a tese de Schmitt, adotada na Alemanha do século XX, e a ideia defendida por Sieyès, na França do século XVIII, de Constituição como “*expressão da vontade da nação*” e “*obra do poder constituinte*”. Essa semelhança só vem atestar, mais uma vez, a predominância do sentido político na matriz francesa de constitucionalismo.

Ocorre que, além de um sentido sociológico e de um sentido político, a Constituição deverá ter também um sentido **jurídico**. Segundo a própria ideia de liberdade jurídica, ninguém será obrigado a fazer nada que não queira nem impelido a deixar de fazer algo que deseje, senão em virtude de lei. Assim, tendo em vista que uma Constituição deve ser obrigatória para todos, isso só será possível se ela tiver força de lei.

²⁸ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución** (1982), p. 27.

²⁹ Ibidem, p. 25.

³⁰ Ibidem, p. 101.

Muito embora a Constituição em sentido jurídico tenha surgido na Inglaterra medieval, em que se admitia que os costumes antigos tinham força de lei, será somente em 1787 que esse sentido se consolidará, com a Constituição escrita dos Estados Unidos da América. Ademais, uma Constituição escrita, e com força de lei, confere maior certeza e segurança aos direitos.

Hans Kelsen concebia a Constituição em seu sentido jurídico. Ela seria a norma fundamental da organização do Estado e da ordem jurídica de um país. A doutrina de Kelsen dizia que a Constituição de um país era dotada de um sentido lógico-jurídico e de um sentido jurídico-positivo. Ambos os sentidos se resumiam na noção jurídica de Constituição. No primeiro sentido, a Constituição significava a norma fundamental, cuja função seria servir de fundamento lógico transcendental para a validade da Constituição jurídico-positiva. Quanto ao sentido lógico-jurídico, Kelsen escreveu que:

“Se perguntarmos por que a constituição é válida, talvez cheguemos a uma constituição mais velha. Por fim, alcançaremos alguma constituição que é historicamente a primeira e que foi estabelecida por um usurpador individual ou por algum tipo de assembléia. A validade dessa primeira constituição é a pressuposição última, o postulado final, do qual depende a validade de todas as normas de nossa ordem jurídica”³¹.

Por sua vez, a Constituição jurídico-positiva equivalia à norma positiva suprema do ordenamento jurídico, estatal e oficial, sob a regência da qual todas as leis deveriam ser elaboradas e todos os atos praticados. Nesse sentido, a Constituição *“representa o escalão de Direito positivo mais elevado”* e mesmo *“a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais”*, sendo ela *“o fundamento de Direito positivo de qualquer ordem jurídica”*³².

O que se observa hoje é uma onipresença da Constituição, que abrange todo o universo jurídico, o que condiciona à Constituição qualquer fato, ato ou circunstância que tenha repercussão sobre algum direito. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari observa que:

“A Constituição é a lei principal, a lei mais alta, que deve refletir o ideal de justiça do povo, deve estabelecer as regras para impedir os excessos do poder político, econômico ou militar e deve, afinal, enumerar os princípios e as regras que contêm os direitos e os deveres fundamentais de cada um”³³.

Também ensina que:

³¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**, p. 168.

³² Idem. **Teoria pura do Direito**, p. 247 e 248.

³³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que são direitos da pessoa**, p. 61.

“Uma inovação que, do ponto de vista jurídico, mas também por seus efeitos políticos e sociais, tem extrema relevância é a afirmação da Constituição como norma jurídica superior, obrigatória, portanto, para todos, inclusive para o legislador, para o Poder Executivo e para o Judiciário, e de aplicação imediata”³⁴.

E conclui:

“Sendo a Constituição a lei superior, dotada da máxima eficácia jurídica, todas as questões envolvendo direitos, tanto na esfera pública quanto na privada, inclusive as questões relativas a procedimentos administrativos ou judiciais, estão subordinadas aos preceitos da Constituição”³⁵.

Nesse ponto, entendida a Constituição como lei superior, é muito importante destacar que aquela ideia, sustentada por Ferdinand Lassalle, de que a Constituição corresponda aos “*fatores reais de poder*” não significa que ela será um espelho dos desajustes da sociedade, nem mesmo implicará que a lei oficialize injustiças. O Direito, por natureza, tem uma dimensão prospectiva, porque busca o justo, que sempre é um porvir, um “*dever-ser*”. E esse “*dever-ser*” será escrito na “*folha de papel*” sob inspiração de um humanismo, que garantirá sua legitimidade. A própria Constituição fática já exhibe essa mesma dimensão prospectiva ao revelar um ideal de Justiça, quer esteja consagrado pela cultura, pelos costumes ou pelas instituições existentes. Numa Constituição de fato, esse ideal de Justiça vincula o comportamento das pessoas, mesmo no momento anterior à Constituição escrita. E essa afirmação pode ser bem comprovada por meio do modelo inglês de constitucionalismo.

Entretanto, ocorre que é justamente nesse ponto que reside a crítica feita por Konrad Hesse a Ferdinand Lassalle. Hesse, no livro “*A força normativa da Constituição*”, afirma que a Constituição jurídica não será somente um reflexo da realidade social. Ao contrário disso, ele critica Lassalle, dizendo que a Constituição mesmo que não reflita os fatores reais de poder, ainda assim terá uma força normativa, capaz de modificar a realidade e, conseqüentemente, alterar os próprios fatores reais de poder.

Segundo Konrad Hesse, embora não possa ser separada da realidade concreta de seu tempo,

“a Constituição jurídica não configura apenas a expressão dessa dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (‘*Sein*’) e dever ser (‘*Sollen*’). A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar ‘a força que reside na natureza das coisas’, tornando-a ativa”³⁶.

³⁴ Idem. **A Constituição na vida dos povos**, p. 316.

³⁵ Ibidem, p. 164-165.

³⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**, p. 24.

Assim, para Konrad Hesse, a Constituição converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social.

Por sua vez, José Joaquim Gomes Canotilho, ao examinar as ideias de Konrad Hesse e Ferdinand Lassalle, propõe uma solução conciliatória entre abertura constitucional e normatividade, afirmando que a Constituição “*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 da ‘justiça’*”³⁷. E ainda que:

“o futuro é uma tarefa indeclinável da constituição, devendo, por isso, a lei constitucional fornecer aberturas para captar a dinamicidade da vida política e social. Compreende-se, assim, que um conhecido juspublicista alemão [Konrad Hesse] fale da polaridade dos elementos de estabilidade e flexibilidade como um problema de ‘*coordenação justa*’ desses momentos e não como um problema de alternativa”³⁸.

Mas, ao mesmo tempo, Canotilho afirma que a realidade é a principal tarefa da Constituição, e defende que:

“mais do que apurar uma ontologia do ‘*ser do Estado*’ ou do ‘*ser do mercado*’ e considerar esses ‘*seres*’ como ‘*pontos*’ e ‘*limites*’ absolutos, importa inseri-los num processo dialéctico em que o problema da constituição social é um problema de transformação da realidade a realizar pelos homens”³⁹.

Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari conclui que:

“Essa nova posição teórica foi muito bem sintetizada por José Joaquim Gomes Canotilho, que, além de registrar o novo surto constitucionalista, cunhou as expressões ‘*Constituição vínculo*’ e ‘*Constituição dirigente*’ para realçar o caráter juridicamente impositivo de todos os princípios, todas as normas e todas as regras contidos na Constituição”⁴⁰.

Portanto, uma melhor solução será mesmo buscar a conjugação das ideias de Constituição como expressão da realidade e como objetivo a ser alcançado. É preciso reconhecer a dimensão prospectiva da Constituição, como norma jurídica superlativa e repositório dos objetivos políticos que traduzam a finalidade do Estado em promover a dignidade humana e alcançar o bem comum do povo. Da mesma maneira, é preciso conceber os “*fatores reais de poder*” não como algozes da “*folha de papel*”, mas sim como responsáveis por sua efetividade, ou seja, concebê-los como defensores da Constituição. A esse propósito, ganha especial importância o Poder Judiciário que, tal como aquele simbólico juiz da cidade paulista de Cunha, deverá gozar do maior respeito e

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 1033.

³⁸ Ibidem, p. 1271.

³⁹ Idem. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**, p. 70-71.

⁴⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**, p. 41.

exercer, não apenas numa cidade, mas num país inteiro, a influência decisiva no comportamento das pessoas e das outras instituições, sendo capaz de garantir o cumprimento da Constituição, fruto da cultura de um povo.

Vemos, então, que a Constituição é um fenômeno complexo, que engloba aspectos sociológicos, políticos e jurídicos. Isso permite desenvolver um conceito bem mais amplo de Constituição, que contemple todos esses aspectos. Assim, considerando-a em um sentido global e cultural, é possível conceituar a Constituição como:

“a declaração de vontade política de um povo, feita de modo solene por meio de uma lei que é superior a todas as outras e que, visando a proteção e a promoção da dignidade humana, estabelece os direitos e as responsabilidades fundamentais dos indivíduos, dos grupos sociais, do povo e do governo”⁴¹.

A principal contribuição desse conceito é afirmar que a finalidade da Constituição é a garantia da dignidade humana. Portanto, nos dizeres de Dalmo de Abreu Dallari, a Constituição será instrumento do Estado para a consecução do bem comum, uma vez que:

“a Constituição legítima e justa é um instrumento de promoção humana, contribuindo de modo decisivo para que os indivíduos consigam uma vida digna e a paz de consciência. E uma sociedade assim constituída terá condições para viver democraticamente, pois cada um de seus membros respeitará os demais e será solidário com eles”⁴².

Com efeito, todos os três sentidos da Constituição não podem ser considerados separadamente. Isso porque a Constituição tem sim seu sentido sociológico, porque é fruto de uma realidade para qual também estabelece objetivos. Tem um sentido político, visto que se origina da vontade popular, exercida por meio do Poder Constituinte. E, por fim, tem seu sentido jurídico, já que é norma jurídica e, mais que isso, uma norma jurídica superlativa. Por essas razões, a resposta à pergunta inicial deste tópico somente pode ser positiva, já que a Constituição envolve mesmo um sentido sociológico, um sentido político e um sentido jurídico. E a conjugação desses sentidos permite conceber a Constituição como um fenômeno complexo, global e cultural, bem de acordo com a tendência do constitucionalismo no mundo contemporâneo.

⁴¹ Idem. **Constituição e constituinte**, p. 21-22.

⁴² Ibidem, p. 87.

1.3. Modelos liberal e social de Estado

Desde seu surgimento, o Estado de Direito apresentou uma evolução quanto ao papel por ele desempenhado na vida concreta do cidadão. No primeiro momento, a juridicidade do Estado surgiu como um mecanismo para limitar sua atuação, de modo que o Poder Público se abstinhasse das condutas que representassem ingerência na liberdade individual. Isso produziu um modelo de Estado caracterizado pelo abstencionismo. Numa segunda fase, a partir da verificação de que esse abstencionismo poderia assentir injustiça social, o Estado assumiu um papel mais ativo, e o Direito passou a ser visto não só como limite, mas também como obrigação de que o Poder Público interviesse na vida concreta a fim de garantir igualdade material. O primeiro modelo recebeu a denominação de Estado liberal e o segundo, de Estado social.

Assim, tendo em vista essa evolução do Estado de Direito, cabe indagar: a passagem do Estado liberal para o Estado social representou alguma evolução na forma como os governos devem atuar para realização dos direitos?

O modelo de Estado surgido no século XVIII foi influenciado pelo mesmo pensamento que originou o constitucionalismo liberal-burguês, consagrado pelo jusnaturalismo, pelo privatismo, pelo racionalismo, pelo liberalismo e pelo individualismo. Esse modelo recebeu a denominação de Estado Liberal e se caracterizava pela abstenção estatal, que resultou a ideia do “*Estado mínimo*”, cuja finalidade era apenas garantir liberdade individual e a propriedade privada contra o exercício abusivo do poder político.

John Locke (1632-1704) foi um dos pensadores em que o Estado liberal encontrou suas bases. Defendeu que a liberdade e a propriedade eram direitos naturais dos indivíduos, o que demonstra seu jusnaturalismo. A propriedade, como um direito natural, envolveria não apenas os bens materiais, mas também a vida e a própria liberdade individual. Essa noção de propriedade justifica a criação da sociedade civil e do poder político, a quem incumbiria sua proteção. Também reconheceu a existência de um governante que deve respeitar as determinações do legislador; e esse, por sua vez, deve elaborar suas regras sempre em obediência às leis da natureza. Disso decorre mais um direito: o de resistência, que permite aos homens destituírem governantes e legisladores que ameacem ou violem direitos naturais. John Locke escreveu que:

“o poder político é esse poder que cada homem tem no estado de natureza e que passou às mãos da sociedade, e dessa, aos governantes que ela adotou para si, com a confiança tácita ou expressa de empregá-lo para seu bem e para preservação de sua propriedade. Ora, esse poder, que o homem

reparte com a sociedade em todos os casos em que ela puder assegurá-los, consiste em usar os meios legítimos e permitidos pela natureza para preservação da propriedade, bem como para punir a violação pelos outros ao direito natural, com o objetivo de, segundo a melhor razão, conduzir à preservação do próprio indivíduo e do restante da humanidade”⁴³.

Com efeito, a afirmação da liberdade individual como direito natural torna-se pressuposto desse modelo de Estado; o que é muito bem sintetizado por Benjamin Constant (1767-1830), que distingue “*liberdade-participação*” e “*liberdade-autonomia*”. Para ele liberdade-autonomia será a garantia assegurada ao indivíduo de que seus direitos sejam respeitados, bem como de que o Estado não interferirá na liberdade individual, que terá primazia. Nesse sentido, Benjamin Constant escreveu que:

“O comércio inspira aos homens um forte amor pela independência individual. O comércio atende a suas necessidades, satisfaz seus desejos, sem a intervenção da autoridade. Esta intervenção é quase sempre, e não sei por que digo quase, esta intervenção é sempre incômoda. Todas as vezes que o poder coletivo quer intrometer-se nas especulações particulares, ele atrapalha os especuladores. Todas as vezes que os governos pretendem realizar negócios, eles o fazem [pior] e com menos vantagens do que nós”⁴⁴.

E complementou:

“O objetivo dos antigos era a partilha do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria. Era isso o que eles denominavam liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança dos privilégios privados; e eles chamam liberdade as garantias concedidas pelas instituições a esses privilégios”⁴⁵.

Assim, quanto à liberdade-participação, Constant dirá que o governo deverá ser exercido por meio de representantes; o que bem se aproxima da concepção norte-americana de República como democracia representativa, em que se substituíu o privilégio do nobre pelo privilégio do proprietário, cujo poder econômico propiciava naturalmente as melhores condições para participação política.

Ademais, o pensador que melhor relacionou liberalismo e democracia foi Alexis de Tocqueville (1805-1859), que, mesmo postulando pela liberdade individual, tomou por base o aparente igualitarismo político dos Estados Unidos da América, para eleger a igualdade como o valor básico da democracia.

Muito embora ainda cultivasse a ideia formal de igualdade, Tocqueville escreveu que: “*A liberdade proporciona, de tempos em tempos, grandes prazeres a um*

⁴³ LOCKE, John. **Two treatises on government**, p. 337, Cap. XV.

⁴⁴ CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: **Revista de Filosofia Política**, p. 14.

⁴⁵ Ibidem, p. 15-16.

pequeno número de cidadãos. A igualdade confere, todos os dias, pequenos prazeres a um grande número de homens”⁴⁶.

Apesar de celebrar a igualdade, Tocqueville concebeu que ela poderia criar riscos à liberdade individual, caso ensejasse a primazia da vontade da maioria. Por isso, concluiu que liberdade e igualdade deveriam ser conjugadas, já que ambas consistiriam direitos naturais do homem, a serem protegidos de qualquer interferência do Estado. Essa ideia também fundamentou o liberalismo.

A par desses ideais, encontrava-se no utilitarismo de Jeremy Bentham (1748-1832) mais um fundamento para a limitação do poder político. Sua corrente de pensamento defendia que toda política favorecesse a felicidade. O Estado, portanto, deveria apenas assegurar ordem, para que os indivíduos impulsionssem o progresso econômico, levando a sociedade a ser feliz. Para Bentham:

“A natureza colocou a humanidade sob o governo de dois mestres soberanos, a ‘dor’ e o ‘prazer’. [...] O princípio da utilidade reconhece essa sujeição, e a assume para a fundação desse sistema, cujo objetivo é gerar a essência da felicidade como obra da razão e do Direito”⁴⁷.

O utilitarismo de Bentham pode ser identificado na *Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia* de 1776, cujo parágrafo 1º. reconhece a busca por felicidade, ao lado da vida, da propriedade e da liberdade, como um direito natural do indivíduo.

Por tudo isso, é possível dizer que, no Estado liberal, o valor constitucional determinante do papel do Poder Público na vida social era mesmo a liberdade, consagrada na famosa expressão “*laissez faire, laissez passer*”, “*deixai fazer, deixai passar*”, porque a sociedade caminharia sozinha, bastando que o Estado não opusesse empecilhos, de modo que cada indivíduo auferisse sucesso segundo seus méritos e sua sorte.

Os séculos XVII e XVIII foram então marcados pela ascensão da burguesia, cujo poder econômico provinha das atividades mercantis, financeiras e industriais, com raízes na Idade Média e desenvolvimento durante a Idade Moderna. Os burgueses eram até mais ricos que muitos nobres e reis, entretanto, apesar do poder econômico, não fruía do poder político, que era exclusivo do rei e exercido com absolutismo. Disso resultava uma insegurança aos súditos, cujos direitos poderiam ser impunemente aviltados pela simples vontade do monarca. Por isso, sobretudo em razão do interesse econômico, os burgueses desejavam garantias contra o abuso do poder político, em favor da liberdade individual.

Dalmo de Abreu Dallari esclarece que:

⁴⁶ TOCQUEVILLE, Alexis de. **De la Démocratie en Amérique**, p. 159.

⁴⁷ BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**, p. 1-2.

“O que fica evidente é que os burgueses foram favoráveis à revolução e dela participaram porque já não suportavam a insegurança de seus direitos, os excessos e a irracionalidade da tributação, os privilégios da nobreza parasitária e, sobretudo, a exclusão da burguesia dos órgãos e processos relacionados com as decisões políticas. Os burgueses queriam participar ativamente da elaboração das leis, para influir na organização do governo e no estabelecimento de suas limitações, a fim de que fossem fixadas regras que impedissem qualquer interferência na preservação e no uso de seu patrimônio, bem como em suas atividades econômicas e na vida privada de cada um, pois tudo isso era considerado parte dos direitos naturais dos indivíduos”⁴⁸.

Dessa filosofia, resultou o constitucionalismo liberal-burguês, cujas bases eram: o racionalismo, associado à limitação do exercício poder político por meio de uma Constituição, tendo a razão como legisladora universal; o liberalismo, resultado da ideia de liberdade como direito natural dos indivíduos; o privatismo, que entendia a Constituição como um código de ordem pública e valorizava a propriedade privada. Esse pensamento pode ser identificado na *Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia*, feita na América do Norte em 1776, que antecedeu a Constituição dos Estados Unidos de 1787; bem como na *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*, feita na França em 1789, que antecedeu a Constituição de 1791.

A *Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia* de 1776, já em seu parágrafo 1º, estabelecia que todos os seres humanos possuem direitos naturais inalienáveis à vida e à liberdade, para adquirir e possuir bens, bem como procurar e obter a felicidade e a segurança. Identificam-se os mesmos ideais na *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789, cujo preâmbulo já considerava como objetos da declaração os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, bem como cujo artigo 2º. estabelecia que a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e que esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Ademais, essa mesma declaração francesa enfatiza ainda, em seu artigo 17, que a propriedade é um direito inviolável e sagrado. Por tudo isso, tanto na declaração americana quanto na declaração francesa, é possível vislumbrar a filosofia do constitucionalismo liberal-burguês, que contemplava jusnaturalismo, racionalismo, liberalismo e privatismo.

Por suas características, o modelo liberal de Estado consentiu que se agravassem as injustiças sociais como frutos da sociedade liberal-burguesa. Por exemplo, um contrato de trabalho, nesse ambiente liberal, não levaria em conta as diferenças entre força e hipossuficiência dos contratantes, que teriam sempre um tratamento formalmente igualitário. Não se consideravam, por isso, os desníveis do poder de negociação que cada

⁴⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**, p. 130.

um tivesse, oriundos de condições sociais distintas, mais favoráveis ou menos favoráveis. Esse mesmo liberalismo permitiu que os interesses econômicos sobrepujassem-se aos interesses sociais. Portanto, era necessário que, sobretudo nas relações de trabalho tão emblemáticas para revelar a realidade social, houvesse mudança do paradigma. Isso resultou no ideal de valorização do trabalho humano, cujos pressupostos eram o direito de influenciar de fato nas relações e condições do trabalho, remuneração digna, proibição do trabalho escravo e infantil, limitação da jornada laboral, ambiente sadio de trabalho.

A par disso, a urbanização, intensificada pelo afluxo de pessoas do campo para as cidades em atenção à demanda por mão-de-obra, trouxe a necessidade da prestação de serviços públicos, bem como de assistência pelo Poder Público, a fim de atender necessidades de educação, saúde, alimentação, habitação, saneamento, segurança, previdência social. O atendimento dessas novas necessidades era incompatível com uma filosofia de abstenção, já que para que esses direitos fossem promovidos deveria haver uma prestação material por parte do Estado.

O pensamento liberal-burguês permitiu um grande desenvolvimento econômico, em virtude das atividades industriais, comerciais e financeiras. Entretanto, esse desenvolvimento teve um alto custo social gerado pela livre (ou ilimitada) exploração da força de trabalho necessária ao progresso material. A Revolução Industrial foi, então, paradoxal em relação ao Estado. Isso porque ao mesmo tempo em que o desenvolvimento econômico só foi possível porque não houve interferência estatal nas atividades econômicas, foi por causa do progresso industrial que se criou uma realidade social cujas condições tornavam imprescindível à intervenção do Estado.

Quanto à realidade social do Estado liberal, Dalmo de Abreu Dallari, na obra *“O Futuro do Estado”*, registra que:

“Guiados por critérios exclusivamente econômicos, os detentores do capital impunham condições degradantes aos economicamente fracos, acentuando-se os desníveis sociais. Ao mesmo tempo, transferindo-se o eixo econômico para as cidades, foi sendo criada uma sociedade predominantemente urbana, com a concentração de grandes massas proletárias, necessitadas de auxílio para obtenção do indispensável à sua própria sobrevivência”⁴⁹.

Karl Marx concluiu que mesmo que os indivíduos possam ser espiritual e politicamente livres, ainda assim permanecerão presos às restrições materiais impostas à sua liberdade pela desigualdade de renda. Nesse sentido, criticou o liberalismo, dizendo que:

⁴⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado**, p. 59.

“a liberdade é o direito de fazer tudo o que não cause dano aos outros. Os limites dentro dos quais cada um pode atuar sem prejudicar os outros são determinados pela lei, tal como a fronteira entre dois campos é assinalada por uma estaca. Trata-se da liberdade do homem isolado, retirado para o interior de si mesmo. [...] A aplicação prática do direito humano de liberdade é o direito da propriedade privada. [...] O direito humano da propriedade privada é, portanto, o direito de fruir da própria fortuna e de dela dispor como se quisesse, sem atenção aos outros homens, independentemente da sociedade. [...] Leva cada homem a ver nos outros homens, não a realização, mas a limitação da sua própria liberdade. [...] A *‘igualdade’* não tem aqui significado político. É apenas o igual direito à liberdade”⁵⁰.

Assim, a igualdade pode ser formal ou material. Igualdade formal diferencia-se de igualdade material, porque, enquanto a primeira é igualdade apenas perante a lei, a segunda é igualdade de fato. O Estado liberal prezava pela igualdade, entretanto, ela era garantida apenas formalmente. No Estado social, busca-se a promoção de igualdade material.

Promover igualdade é tratar igualmente os iguais, na medida da sua igualdade; e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade⁵¹. Portanto, às vezes, para igualar é necessário desigualar. Isso significa dizer no embate entre o mais fraco e o mais forte, o primeiro deverá ser fortalecido em detrimento do segundo, para que ambos tenham igualdade de oportunidades.

Desse modo, as contingências do liberalismo, como consequências da Revolução Industrial, foram determinantes para que o Estado deixasse sua posição de mero vigilante e assumisse um papel ativo na construção social. Nesse contexto de desigualdade, surge a tendência da transformação do modelo liberal para um novo modelo que proporcionasse a solução das injustiças. Esse novo modelo, ligado ao constitucionalismo social dos séculos XIX e XX, recebeu a denominação de Estado social, caracterizado, não mais pela abstenção, mas agora pela intervenção estatal, cuja finalidade seria promover a igualdade material, ou seja, não restringir a tutela jurídica somente ao indivíduo, mas estendê-la também a toda a sociedade, por meio do reconhecimento dos direitos sociais. Nesse sentido, Fábio Konder Comparato admite que:

“O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX. O titular desses direitos, com efeito, não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre conviveu maravilhosamente. É o conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização. Os socialistas perceberam, desde logo, que esses flagelos sociais não eram

⁵⁰ MARX, Karl. **A questão judaica**, p. 24-25.

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**, p. 10.

cataclismos da natureza nem efeitos necessários da organização racional das atividades econômicas, mas sim verdadeiros dejetos do sistema capitalista de produção, cuja lógica consiste em atribuir aos bens de capital um valor muito superior ao das pessoas”⁵².

De fato, nos séculos XIX e XX, enfatizou-se a necessidade de superação das injustiças sociais geradas pela sociedade liberal-burguesa, que transformavam o ser humano em insumo a ser consumido no progresso industrial. Esse pensamento pode ser identificado na Encíclica “*Rerum Novarum*”, publicada em 1891 pelo Papa Leão XIII, que inaugurou a doutrina social da Igreja, sendo seguida pelas Encíclicas “*Quadragesimo Anno*”, publicada em 1931 pelo Papa Pio XI, que fala das consequências da industrialização e afirma a primazia do bem comum sobre os interesses estatais e classistas; a “*Mater et Magistra*” de 1961 e a “*Pace in Terris*” de 1963, ambas publicadas pelo Papa João XXIII; a “*Populorum Progressio*” de 1967, pelo Papa Paulo VI; e, por fim, as Encíclicas do Papa João Paulo II, “*Laborem Exercens*” de 1978, “*Sollicitudo Rei Socialis*” de 1987, bem como a “*Centesimus Annus*” de 1991, que analisa os novos acontecimentos, reafirmando a centralidade da pessoa humana na sociedade.

Nessa fase surge um constitucionalismo social, cuja finalidade era garantir a igualdade de oportunidades entre as pessoas. Os direitos sociais deveriam ser reconhecidos e promovidos, da mesma maneira como eram protegidos os direitos individuais. As primeiras Constituições a consagrarem os direitos sociais foram a Mexicana de 1917 e a alemã de Weimar em 1919, que, pelo seu conteúdo, passaram a ser apontadas como expressões do constitucionalismo social.

A Constituição mexicana de 1917 foi pioneira ao declarar os direitos trabalhistas como fundamentais. Em seu artigo 123, previa, dentre outros direitos, a limitação à jornada de trabalho, a proibição para mulheres ou menores de dezesseis anos de trabalho noturno, insalubre ou perigoso; salário mínimo; idade mínima para o trabalho. Também estabelecia um papel ativo para o Estado, ao dispor em seu artigo 27 que ele teria “*a todo tempo o direito de impor à propriedade privada as determinações ditadas pelo interesse público*”. Por sua vez, a Constituição de Weimar dispunha em seus artigos 151 e 162:

“Art. 151. A ordenação da vida econômica deve obedecer aos princípios da justiça, com o fim de assegurar a todos uma existência conforme a dignidade humana. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica dos indivíduos. [...]”

Art. 162. O Estado central toma a iniciativa de propor uma regulação internacional das relações jurídicas de trabalho, tendente a criar um padrão mínimo geral de direitos sociais”.

⁵² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**, p. 42.

Portanto, Weimar consagrava os valores da Justiça social e da livre iniciativa, sendo que, entretanto, condicionava o segundo ao primeiro. Garantia direitos trabalhistas, educação, saúde, previdência social; direitos que dependiam da promoção pelo Estado social, assim chamados prestações materiais, sem as quais as liberdades individuais não teriam qualquer sentido. Essa Constituição foi elogiada em razão do avanço, mas criticada em razão da suposta contradição entre Justiça social e livre iniciativa. Ela surgiu num momento desfavorável, logo após a derrota da Alemanha na Primeira Guerra e não sobreviveu à crise, desaparecendo com o governo nazista.

Aquela necessidade de superação das injustiças sociais geradas pela sociedade liberal-burguesa foi também admitida pelo *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, datado de 16 de dezembro de 1966. Já em seu Preâmbulo, reconhece que “o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos”. Ao longo do seu texto, prevê o direito ao trabalho (artigos 6º. e 7º.); à previdência social (art. 9º.); proteção e assistência à família, à maternidade, à infância e adolescência (art. 10); direito à alimentação, vestimenta e moradia adequadas (art. 11); à saúde (art. 12); bem como à educação e cultura (artigos 13 e 15). Portanto, o Pacto de 1966 consagra a necessidade de que os direitos sociais sejam, de fato, promovidos; segundo uma perspectiva típica do Estado social.

Paulo Bonavides explica essa transição do modelo de abstenção para o modelo de intervenção, como sendo a passagem do Estado liberal para o Estado social, dizendo que, “do século XVIII ao século XX, o mundo atravessou duas grandes revoluções, a da liberdade e a da igualdade”⁵³. Trata-se, portanto, da passagem do “Estado gendarme” ou “guarda-noturno” para o “Estado-providência”; ou mesmo, em outras palavras, a substituição do “Estado de Polícia” pelo “Estado de serviço”. Nesse sentido, Paulo Bonavides afirmou que: “Na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade”⁵⁴.

Em busca da liberdade:

⁵³ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**, p. 29.

⁵⁴ Ibidem, p. 40.

“O indivíduo, titular de direitos inatos, exercê-los-ia na Sociedade, que aparece como ordem positiva frente ao Estado, ou seja, frente ao ‘*negativum*’ dessa liberdade, que, por isso mesmo, surge na teoria jusnaturalista rodeado de limitações, indispensáveis à garantia do círculo em que se projeta, soberana e inviolável, a majestade do indivíduo”⁵⁵.

Mas a consequência do modelo do Estado liberal foi que:

“Aquele liberdade conduzia, com efeito, a graves e irreprimíveis situações de arbítrio. Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar”⁵⁶.

Nesse contexto de desigualdade, nasce o Estado social, definido, nos dizeres de Paulo Bonavides, como:

“um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios à sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas”⁵⁷.

E conclui que:

“O constitucionalismo [...] que nasceu nas entranhas da filosofia política do direito natural racionalista [...] parece [...] caminhar precisamente no rumo de concessões que se fazem [...] ao princípio social, em detrimento do princípio individual. [...] Na esfera jurídica, percebe-se com limpidez essa tendência, que há importado na chamada socialização progressiva do direito”⁵⁸.

Portanto, no Estado social a igualdade tornou-se o valor constitucional determinante do papel do Poder Público na vida social; e passou a ser entendida como a garantia das condições sociais que propiciassem as mesmas oportunidades entre as pessoas. Isso porque, numa sociedade em que, simplesmente pela riqueza de seus pais, já no nascimento, o filho do rico tem mais chances de sucesso que o filho do pobre, garantir apenas liberdade gera injustiça.

Assim, se antes igualdade significava direitos para a burguesia em detrimento da nobreza que abusou do poder político, agora significará direitos para os trabalhadores em detrimento da burguesia que abusou do poder econômico. De nada adianta permitir a liberdade individual, se não existirem condições materiais igualitárias para que essa mesma liberdade seja exercida. Disso decorre que:

“É impróprio afirmar que a liberdade de cada um termina onde começa a de outrem, pois há um entrelaçamento necessário, havendo uma liberdade em comunhão. Em consequência, cada indivíduo

⁵⁵ Ibidem, mesma página.

⁵⁶ Ibidem, p. 59.

⁵⁷ Ibidem, p. 200.

⁵⁸ Ibidem, p. 133.

percebe que só se os homens se respeitassem e se apoiassem reciprocamente é que haveria liberdade para todos”⁵⁹.

E que:

“o direito de ser livre é mera fantasia, é uma fórmula vazia, um simples jogo de palavras, se não lhes for assegurada a ‘possibilidade’ de serem livres. O efetivo exercício dos direitos, a reciprocidade na concessão e no recebimento de benefícios, a possibilidade de acesso a todos os bens sociais, tudo isso está implícito na idéia atual de liberdade, que contém em si as exigências de respeito recíproco e de solidariedade humana”⁶⁰.

Portanto, somente será realmente livre quem de fato for igual; do que se deduz que a inclusão social é o principal caminho para liberdade; mas liberdade com igualdade.

É verdade que aquela doutrina social da Igreja, inaugurada em 1891 pela Encíclica “*Rerum Novarum*” de Leão XIII, sintetizou o conceito de bem comum, por meio da Encíclica “*Pacem in Terris*” de 1963 do Papa João XXIII, entendendo-o como o “conjunto de todas as condições sociais que consintam o pleno desenvolvimento da personalidade humana”⁶¹. Também é verdade que, no mesmo ano de 1963, Dalmo de Abreu Dallari, na obra “*Da Atualização do Estado*”, foi pioneiro no Brasil da atualidade, ao advertir que “o Estado não existe sem o homem e não deverá existir contra ele”⁶², bem como que devem ser garantidas as mesmas oportunidades a todos os cidadãos. Isso porque “embora crendo impossível que entre os homens se estabeleça a igualdade absoluta, na procura dela reduzem-se as desigualdades e por isso o estado jamais deve deixar de buscá-la”⁶³. Portanto, compreendido num contexto em que igualdade de oportunidades ganha importância face à liberdade individual, o bem comum significará garantia dos direitos sociais.

No mesmo sentido, José Afonso da Silva reconhece que o respeito à dignidade humana implica promoção pelo Estado das condições sociais que permitam o pleno desenvolvimento da personalidade, dizendo que:

“Não basta, porém, a liberdade formalmente reconhecida, pois a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, reclama condições mínimas de existência, ‘existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica’. É de lembrar que constitui um desrespeito à dignidade da pessoa humana um sistema de profundas

⁵⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O renascer do Direito**, p. 38.

⁶⁰ Ibidem, mesma página.

⁶¹ PAPA JOÃO XXIII. **Encíclica “Pacem in Terris”**, p. 58.

⁶² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Da atualização do Estado**, p. 132.

⁶³ Ibidem, mesma página.

desigualdades, uma ordem econômica em que inumeráveis homens e mulheres são torturados pela fome, inúmeras crianças vivem na inanição, a ponto de milhares delas morrerem em tenra idade”⁶⁴.

Assim, a transição da concepção liberal para uma concepção social de Estado representou a valorização da igualdade material sobre a liberdade individual. O papel do Estado não mais é somente proteger os direitos individuais, entendidos como direitos de liberdade, é necessário agora também promover os direitos sociais, em homenagem à igualdade. A abstenção, típica do liberalismo, deve, então, ser substituída pela intervenção e pela atuação concreta do governo na vida social. Portanto, verifica-se que a passagem do Estado Liberal para o Estado social representou uma evolução do papel desempenhado pelos governos. O antigo abstencionismo transformou-se em imperativo de intervenção, a fim de que não somente a liberdade individual seja protegida, mas também que seja promovida a igualdade material, por meio de ações governamentais.

1.4. Constitucionalismo no Brasil e os direitos sociais

Inglaterra, França e Estados Unidos da América, como as três principais vertentes do pensamento constitucional, conjugam as concepções de Constituição como fruto da tradição, como documento político fundamental e como lei superior. Permitem, assim, encontrar três sentidos para o fenômeno constitucional: um sociológico, que reconhece a Constituição na cultura do povo e nas instituições existentes; um político, oriundo da vontade do povo representado pelo Poder Constituinte; e um jurídico, que ressalta a força da Constituição enquanto norma jurídica superlativa. A finalidade do bem comum e o respeito à dignidade humana também se somam à ideia de uma Constituição humanista que deve proteger a liberdade individual e promover a igualdade material, atenta à evolução do papel do Estado e às necessidades de intensa participação na vida social.

Na evolução do papel do Estado, foram muito importantes as contribuições trazidas ao constitucionalismo pelo México (1917) e pela Alemanha (1919). O pioneirismo desses dois países bem simbolizou a valorização da igualdade material como fundamento constitucional. Entretanto, muito embora tenham inaugurado o constitucionalismo social, não se pode reconhecer nessas duas experiências um modelo “*sui generis*” de Constituição. Isso porque não criaram novas matrizes constitucionais, mas sim aperfeiçoaram matrizes já existentes. Nada obstante, o grande legado do

⁶⁴ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da Democracia. In: **Poder constituinte e poder popular**, p. 149.

constitucionalismo social foi consagrar os direitos sociais como fundamentais, ampliando a tutela dada pela Constituição. E o projeto de igualdade chega aos nossos dias, tendo em vista que a violação aos direitos sociais é ainda um problema a ser solucionado atualmente.

O neoconstitucionalismo e o garantismo estão aqui presentes na ideia de que promover a igualdade significa assegurar direitos sociais. Da mesma maneira, a compreensão da Constituição como fenômeno complexo, que conjuga aspectos sociológicos, políticos e jurídicos, aproxima-se bastante da ideia de direitos fundamentais que é elaborada por Luigi Ferrajoli. Ao buscar uma definição de direitos fundamentais, Ferrajoli propõe quatro perguntas possíveis, de acordo com os fundamentos e os pontos de vista a partir dos quais os direitos sejam compreendidos⁶⁵.

A primeira pergunta é formulada do ponto de vista da “*Justiça*”, e corresponde à indagação do tipo axiológico, ou mesmo político. São fundamentais aqueles direitos que é justo que sejam fundamentais, de acordo com determinados interesses ou necessidades, e cujo respeito atenderá a valores e princípios de Justiça. Quais direitos devem ser (ou é justo que sejam) estabelecidos como fundamentais?

A segunda pergunta é formulada do ponto de vista da “*validade*”, e corresponde à indagação do tipo normativo, legal. São fundamentais aqueles direitos reconhecidos como tais pela Constituição. Quais direitos são estabelecidos como fundamentais pelas normas de determinado ordenamento?

A terceira pergunta é formulada do ponto de vista da “*efetividade*”, e corresponde à indagação do tipo sociológico, fático. São fundamentais aqueles direitos efetivamente garantidos e praticados pelas pessoas em determinada época e em determinado lugar. Quais direitos, por quais razões, por meio de quais processos e com qual grau de efetividade se afirmam e são de fato garantidos como fundamentais em determinado espaço e em determinado tempo?

Por fim, a quarta pergunta é formulada do ponto de vista da “*teoria do direito*”. O que entendemos com a expressão “*direitos fundamentais*”? Esse questionamento corresponde à conjugação de “*Justiça*”, “*validade*” e “*efetividade*”, ou seja, de aspectos políticos, jurídicos e sociológicos. Isso permite encontrar um significado e um conceito de direitos fundamentais, entendidos, nas palavras de Luigi Ferrajoli, como “*aqueles direitos que são atribuídos universalmente a todos enquanto pessoas, enquanto*

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. Teoria dos direitos fundamentais. In: **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**, p. 89-93.

cidadãos ou enquanto capazes de agir”⁶⁶. No mesmo sentido, Dalmo de Abreu Dallari, na obra “*O que são direitos da pessoa*”, ressalta o caráter universal dos direitos fundamentais da pessoa humana, ao ensinar que “*esses direitos não dependem da nacionalidade ou cidadania, sendo assegurados a qualquer pessoa*”⁶⁷.

A ideia dos direitos fundamentais como fenômeno universal e complexo, que engloba aspectos políticos, jurídicos e sociológicos, permite uma compreensão dos direitos sociais no constitucionalismo brasileiro, respectivamente segundo sua “*Justiça*”, sua “*validade*” e sua “*efetividade*”. Assim, as três primeiras perguntas formuladas por Luigi Ferrajoli serão úteis para a problematização dos direitos sociais no Brasil.

Consideradas a trajetória constitucional brasileira e a “*Justiça*” dos direitos fundamentais, cabe então perguntar: quais direitos devem ser (ou é justo que sejam) estabelecidos como direitos fundamentais sociais? Do ponto de vista da “*validade*” dos direitos fundamentais, cabe perguntar: quais direitos são estabelecidos como fundamentais sociais pela Constituição brasileira atual? E, por fim, do ponto de vista da “*efetividade*” dos direitos fundamentais no Brasil, cabe perguntar: quais direitos são de fato garantidos como fundamentais sociais no Brasil atual?

a) Aspectos políticos:

Do ponto de vista axiológico, a trajetória política brasileira revela que nossa primeira **Constituição, de 1824**, alinhava-se com o modelo francês de constitucionalismo. Da mesma maneira, nossa segunda **Constituição, de 1891**, foi elaborada sob inspiração do constitucionalismo norte-americano. Essas razões autorizam a conclusão de que nossas duas primeiras Constituições consagravam uma ideologia liberal-burguesa, cujas raízes e cujos fundamentos encontravam-se no pensamento constitucional do século XVIII. Nesse sentido, José Afonso da Silva, na obra “*O Constitucionalismo Brasileiro*”, publicada em 2011, escreve que:

“As Constituições imperial de 1824 e republicana de 1891 eram liberais. A primeira fazia, no entanto, alguma concessão à ordem social ao garantir o ‘*socorro público*’ e a ‘*instrução primária gratuita*’ a todos os cidadãos (art. 179, XXXI e XXXII). A segunda foi estritamente liberal, nada previu em favor do econômico e do social. Nem é de se admirar que assim fosse, porque o mundo era liberal, contrário à intervenção do Estado na ordem econômica e social”⁶⁸.

⁶⁶ Ibidem, p. 92.

⁶⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que são direitos da pessoa**, p. 22.

⁶⁸ SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro**, p. 449.

A realidade política e social dos primeiros anos da República estava longe da ideal. Nos dizeres de Paulo Bonavides e de Paes de Andrade, a Constituição de 1891 pode ser descrita como “*expressão política de um pacto liberal-oligárquico*”, já que “*de um ponto de vista ideológico, a Primeira República foi o coroamento do liberalismo no Brasil*”⁶⁹. O sistema constitucional implantado enfraqueceu o poder central e fortaleceu os poderes regionais e locais. Por isso, embora as normas constitucionais traçassem esquemas formais da organização nacional, o poder real e efetivo estava nas mãos dos chamados “*coronéis*” e era exercido pelas oligarquias regionais, o que durou até 1930.

No período de vigência da Constituição de 1891, a questão social era tratada no Brasil como “*caso de polícia*”. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari escreve que:

“Acostumados à cega obediência, os oligarcas não admitiam que empregados se organizassem para apresentar reivindicações, coagindo os empregadores. Viam nessa atitude uma ameaça às tradições de respeito à autoridade e à hierarquia, o que significava, em última análise, uma ameaça à própria questão social. Daí a conclusão de que o problema operário era um ‘*caso de polícia*’”⁷⁰.

Assim, a solução para o problema da desigualdade social não era vista como papel do Estado. E essa visão inadequada da questão social fica muito bem comprovada pelo modo como o Poder Público lidava, por exemplo, com os movimentos operários da época:

“A revelação dessa mentalidade ocorreu muito concretamente em julho de 1917, quando São Paulo era governado por Altino Arantes. Registrou-se nesse mês, em São Paulo, a primeira grande manifestação conjunta dos operários, com nítido sentido de classe, promovendo-se uma greve de que participaram quase todas as categorias profissionais. [...] A reação do governo foi colocar a Força Pública na rua, instalando metralhadoras pesadas em pontos estratégicos, com a disposição de utilizar a força armada até às últimas consequências [...]. Mas, para surpresa de todos surgiram focos de revolta na própria Força Pública, em grande parte porque os soldados, recebendo remuneração deficiente, sentiam um princípio de justiça na reivindicação dos operários”⁷¹.

No início da década de 1930, o nosso país assistiu a uma sensível transformação das suas estruturas e instituições. No cenário político, novos grupos ganharam força, personificados na figura de Getúlio Vargas. No campo econômico, houve o incremento do processo de industrialização do país. E esse incremento industrial lançou as bases para a modificação do feitiço da sociedade brasileira, que, no entanto, ainda mantinha de fato os vícios da desigualdade e da exclusão. Findou-se a hegemonia da elite agrária exportadora, que passou a dividir o poder político e econômico com a burguesia

⁶⁹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**, p. 249.

⁷⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O pequeno exército paulista**, p. 41.

⁷¹ Ibidem, p. 47.

industrial. No âmbito das políticas públicas, o intenso crescimento do operariado, associado ao processo de urbanização e ao fortalecimento das organizações trabalhistas, impeliu o governo a adotar uma política social que garantisse aos cidadãos condições mínimas de subsistência, face à realidade que se instalava no país. Essa política foi caracterizada pelo “*populismo*” de Vargas, baseado no reconhecimento de direitos trabalhistas. A questão social chegava então ao Brasil.

Dalmo de Abreu Dallari, referindo-se a esse período histórico, ensina que “*o Estado brasileiro vai-se tornar cada vez mais intervencionista, o que vai significar também que passa a dar estímulo, inclusive apoio financeiro, às atividades econômicas*”⁷²; bem como reconhece que:

“Na realidade, esse período da vida brasileira é cheio de contradições, pelo fato de que se abandonavam os padrões antigos sem que houvesse outros, claramente definidos, para substituí-los. Em 1930 Getúlio Vargas assume a chefia de um governo provisório, logo em seguida à deposição do Presidente Washington Luiz. Embora sem orientação doutrinária definida, Vargas procura apoiar-se nos adversários das antigas oligarquias rurais e por isso favorece o processo de desenvolvimento industrial e, por extensão, dá início a uma legislação trabalhista, o que lhe daria a imagem de protetor dos trabalhadores. Em 1934, depois de fortemente pressionado [...] permite que uma Assembleia Constituinte aprove uma Constituição e essa mesma Assembleia, transformada em Congresso Nacional, o elege Presidente da República”⁷³.

Essa Constituição, cuja necessidade foi afirmada pela Revolução de 1932, somente foi promulgada em 16 de julho de 1934. Das três primeiras Constituições do Brasil, a **Constituição de 1934** talvez tenha sido a mais democrática. No que se refere à organização do Estado, a Constituição de 1934 manteve o princípio republicano e o princípio federalista, bem como conservou o sistema presidencial e representativo. Reiterou, também, a declaração dos direitos fundamentais nos 38 incisos do seu art. 113. Além disso, ao lado dessa costumeira declaração formal de direitos, introduziu a preocupação com a ordem econômica e social, sob a influência da Constituição de Weimar.

Nesse sentido, Paulo Bonavides e Paes de Andrade ensinam que “*pela primeira vez na história constitucional brasileira, considerações sobre a ordem econômica e social estiveram presentes*”⁷⁴; bem como que: “*em 1934 a inspiração do constitucionalismo alemão weimariano é decisiva para a formulação precoce da forma de*

⁷² Ibidem, p. 18.

⁷³ Ibidem, p. 12-13.

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**, p. 319.

Estado social que o constituinte brasileiro estabeleceu em bases formais, num passo criativo dos mais importantes”⁷⁵.

No mesmo sentido, ao dissertar acerca da evolução constitucional da ordem econômica e social no Brasil, Josaphat Marinho constatou que nossas primeiras Constituições foram inspiradas nas diretrizes políticas e jurídicas do Estado liberal e individualista; bem como que, a partir de 1934, sob inspiração socializante, os rumos foram alterados para um intervencionismo:

“Realmente, depois da Revolução de 1930 o ‘sopro de socialização’ penetrou no edifício constitucional do País. A Constituição de 1934, influenciada especialmente pela Constituição alemã de 1919, revestiu-se de espírito inovador [...]. Dentro dessa orientação protetora do coletivo, disciplinou, em Título próprio, a ordem econômica e social. Ao invés de proclamar como princípio a liberdade econômica, assegurou-a nos ‘limites’ decorrentes do respeito aos objetivos humanos e nacionais enunciados”⁷⁶.

Para José Afonso da Silva, “segundo a Constituição de 1934, a ‘ordem econômica’ deveria ser organizada conforme os princípios e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilitasse a todos existência digna”⁷⁷; e,

“no que se refere à ‘ordem social’, estatuiu que a lei promovesse o amparo da produção e estabelecesse as condições do trabalho, na cidade e no campo, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses da economia do País”⁷⁸.

A Constituição de 1934 entendia que o trabalho era um direito social. Nas alíneas do seu artigo 121, §1º., proibiu a diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil (alínea “a”); previu o salário mínimo, capaz de satisfazer às necessidades normais do trabalhador (alínea “b”); limitou o trabalho diário a oito horas (alínea “c”); proibiu trabalho para menores de 14 anos e o trabalho noturno para menores de 16 anos (alínea “d”); previu o repouso semanal (alínea “e”); férias anuais remuneradas (alínea “f”); indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa (alínea “g”). Nessa época a questão trabalhista era realmente a mais importante em matéria de direitos sociais, tanto que, no artigo 122, a Constituição de 1934 previu a instituição da Justiça do Trabalho para dirimir conflitos entre empregadores e empregados.

A Constituição de 1934 também incluiu a educação no rol dos direitos sociais, ao estabelecer, no artigo 149, que:

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 333-334.

⁷⁶ MARINHO, Josaphat. A ordem econômica nas Constituições brasileiras. In: **Revista de Direito Público**, n. 19, p. 55-56.

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro**, p. 449.

⁷⁸ Ibidem, p. 450.

“a educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana”.

Também é possível identificar no texto de 1934 menções pontuais à previdência, à saúde, bem como à assistência aos desamparados e à proteção à maternidade e à infância. Essas menções aparecem no artigo 121, §1º, alínea “h”, que prevê:

“assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte”.

Da mesma maneira, havia menções no artigo 10, II, que atribuiu à União e aos Estados a competência concorrente para “*cuidar da saúde e assistência públicas*”. O artigo 138 incumbia à União, aos Estados e aos Municípios de “*assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar*” (alínea “a”) e “*amparar a maternidade e a infância*” (alínea “c”). E o artigo 141, por sua vez, prevê que “*é obrigatório, em todo o território nacional, o amparo à maternidade e à infância, para o que a União, os Estados e os Municípios destinarão um por cento das respectivas rendas tributárias*”.

De fato, o grande mérito da Constituição de 1934 foi seu pioneirismo em consagrar uma perspectiva mais ampla em matéria de direitos fundamentais. Essa Constituição ressaltava o aspecto social desses direitos, o que, até então, não havia ocorrido na trajetória constitucional brasileira.

Entretanto, pouco tempo depois da promulgação da Constituição de 1934, houve o golpe de Estado desferido pelo Presidente da República. Instituiu-se o chamado Estado Novo. E foi outorgada a Constituição de 1937, apelidada de “*Polaca*”, já que feita à imagem da Constituição polonesa de 1935.

A Constituição de 1937 entendeu o trabalho mais como um “*dever*” que como um “*direito*” social. Nessa medida, estabeleceu, no artigo 136, que “*a todos é garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto e este, como meio de subsistência do indivíduo, constitui um bem que é dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa*”. Entretanto, apesar desse individualismo presente no artigo 136, a Constituição de 1937, no artigo seguinte, o 137, manteve garantias como o repouso semanal aos domingos (alínea “d”); licença anual remunerada

(alínea “e”); indenização proporcional aos anos de serviço (alínea “f”); salário mínimo (alínea “h”); jornada de oito horas (alínea “i”); remuneração superior pelo trabalho noturno (alínea “j”); proibição ao trabalho para menores de 14 anos e o trabalho noturno para menores de 16 anos (alínea “d”).

Segundo a mesma perspectiva de “*dever*”, o artigo 125 assim reconheceu a **educação**: “*A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular*”. Nesse aspecto, José Afonso da Silva ressalta que:

“quanto à ‘*educação*’, a Carta de 1937 ficou bastante aquém da Constituição de 1934, apesar de seu elaborador, Min. Francisco Campos, ter sido um educador de visão avançada, não obstante seu pensamento conservador e autoritário. Preocupou-se com a educação moral e cívica, como era próprio das Ditaduras fascistas da época”⁷⁹.

Com relação à **previdência**, a Constituição de 1937 previa, em seu artigo 137, “*a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidentes do trabalho*” (alínea “m”); bem como que “*as associações de trabalhadores têm o dever de prestar aos seus associados auxílio ou assistência, no referente às práticas administrativas ou judiciais relativas aos seguros de acidentes do trabalho e aos seguros sociais*” (alínea “n”).

Nesta Constituição de 1937, o direito à **saúde** aparecia no artigo 16, XXVII, que conferia à União a competência para legislar em matéria “*da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança*”. No artigo 18, alínea “c”, falava-se, além de saúde, também em **assistência**, estabelecendo-se que os Estados poderão legislar acerca da “*assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais*”. No artigo 137, alínea “l”, aparecia ainda a **proteção à maternidade**, sendo garantida a “*assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto*”. E, para **proteção da infância e juventude**, os artigos 127 e 129 estabeleciam que:

“Art. 127. A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral.

⁷⁹ Ibidem, p. 453.

Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole. [...]

Art. 129. A infância e à juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares, é dever da Nação, dos Estados e dos Municípios assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais”.

Ao voltar os olhos para a ordem social prevista pela Constituição de 1937, José Afonso da Silva comenta que:

“Quanto à ‘*ordem social*’, houve aperfeiçoamento, especialmente no referente aos direitos dos trabalhadores, em que a Carta de 1937 avançou consideravelmente (art. 137), não sendo, pois, sem razão o reconhecimento de que Getúlio Vargas foi o criador e o incentivador da legislação trabalhista no Brasil, inclusive com a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT”⁸⁰.

Mesmo sendo de cunho extremamente autoritário, bem ao sabor do governo instituído, nem assim essa Constituição foi, de fato, cumprida:

“a Carta de 1937 não teve [...] aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo”⁸¹.

No fim da década de 1940, o mundo do pós-guerra assistia a uma época de efervescência constitucional e de derrocada de muitas das ditaduras até então proeminentes. Nesse período, muitos países editaram novas Constituições ou reformaram as existentes dando-lhes feições democráticas. Em meio a esse contexto, com o fim do primeiro governo de Getúlio Vargas, foi convocada e eleita uma Assembleia Constituinte na qual estavam representadas diversas correntes de opinião. Iniciava-se, então, um novo processo de democratização no Brasil.

A **Constituição de 1946**, promulgada em 18 de setembro, era uma Constituição republicana, federalista e democrática. Na ordem econômica, essa Constituição tentou conciliar o princípio da livre iniciativa com o princípio da Justiça social. Com relação aos direitos fundamentais, a nova Constituição retomou, em linhas gerais, o rol já existente na Carta de 1934.

O artigo 157 estabeleceu que a legislação do trabalho e a da previdência social obedeceriam a preceitos que visassem “*a melhoria da condição dos trabalhadores*”. A Constituição de 1946 reconheceu, portanto, o **trabalho** e a **previdência** como direitos sociais. Nesse artigo 157, manteve o salário mínimo (inciso I); proibiu a diferença de

⁸⁰ Ibidem, p. 452.

⁸¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p.83.

salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil (inciso II); previu salário para trabalho noturno superior ao diurno (inciso III); participação do trabalhador nos lucros da empresa (inciso IV); jornada de oito horas (inciso V); repouso semanal remunerado (inciso VI); férias anuais remuneradas (inciso VII); higiene e segurança do trabalho (inciso VIII); proibição do trabalho de menores de quatorze anos; em indústrias insalubres, a mulheres e a menores, de dezoito anos; e de trabalho noturno a menores de dezoito anos (inciso IX); direito da gestante a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário (inciso X); fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos do comércio e da indústria (inciso XI); estabilidade, na empresa ou na exploração rural, e indenização ao trabalhador despedido (inciso XII); assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante (inciso XIV); assistência aos desempregados (inciso XV); previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte (inciso XVI); obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes de trabalho (inciso XVII).

No artigo 166, a Constituição de 1946 reconhecia a educação como um direito social, ao dispor que “*a educação é direito de todos e será dada no lar e na escola. Deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana*”. Muito embora não tenha reconhecido a saúde expressamente como um direito social, atribuiu, no artigo 5º, XV, “b”, competência para que a União legislasse acerca “*de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde*”.

A proteção à maternidade e à infância foram previstas no artigo 164, cuja dicção era a seguinte: “*é obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência*”.

Mesmo não conseguindo se materializar plenamente, essa Constituição não deixou de cumprir sua tarefa de redemocratização e seu papel de fornecer condições para o desenvolvimento do país nos anos que se seguiram. Entretanto, no interregno de sua vigência, a Constituição de 1946 não esteve livre de momentos de instabilidade e de agitação política. Em todo esse período não foram poucas as crises institucionais que ocorreram no Brasil e que culminaram com a tomada do poder pelos militares em 1964.

O governo militar instituído a partir de 1964 caracterizou-se pela ditadura e pelos atos institucionais editados amiúde ao longo do regime. O exercício do poder político ocorreu de maneira discricionária e quase sem limitações jurídicas. Nesse ponto, Dalmo de

Abreu Dallari adverte que: “*como fica evidente, o Brasil estava sendo governado por um poder de fato que não se sujeitava aos preceitos constitucionais, vale dizer, a nenhuma limitação jurídica*”⁸².

Durante a ditadura, dentre outras medidas arbitrárias, houve a suspensão da estabilidade dos servidores públicos, a adoção da possibilidade de cassação de direitos políticos e de mandatos legislativos, bem como o estabelecimento da eleição indireta para a Presidência da República. A Constituição de 1946 foi rapidamente desfigurada pelo poder autoritário e pela farta legislação “*revolucionária*” editada pelo regime. As instituições democráticas sentiram as penas de um sistema autoritário.

O novo governo elaborou uma Constituição que foi promulgada em 24 de janeiro de 1967. Essa Constituição de 1967 assimilou amplamente as características básicas da polêmica Carta de 1937. O novo documento conferiu maiores poderes à União e ao Presidente da República, reformulou o sistema tributário nacional, bem como reduziu a autonomia individual, permitindo até mesmo a suspensão de direitos e garantias constitucionais.

A **Carta de 1967** previa, no artigo 168, que “*a **educação** é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana*”. No artigo 8º., atribuía à União competência para “*estabelecer planos nacionais de **educação** e de **saúde***” (inciso XV) e para legislar sobre “***seguro e previdência social**; de defesa e proteção da **saúde***” (inciso XVII, alínea “c”). O artigo 157, II, estabelecia que “*a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social*”, tendo como uma de suas bases o princípio da “*valorização do trabalho como condição da dignidade humana*”. No artigo 158, previa o salário mínimo (inciso I); salário família (inciso II); proibição da diferença de salários (inciso III); salário pelo trabalho noturno superior ao salário pelo trabalho diurno (inciso IV); participação do trabalhador nos lucros e na gestão da empresa (inciso V); jornada máxima de oito horas (inciso VI); repouso semanal remunerado (inciso VII); férias anuais remuneradas (inciso VIII); higiene e segurança do trabalho (inciso IX); proibição de trabalho a menores de doze anos e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, em indústrias insalubres a estes e às mulheres (inciso X); descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário (inciso XI); fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos

⁸² DALLARI, Dalmo de Abreu. Constituição resistente. In: MORAES, Alexandre de. **Os 10 anos da Constituição Federal**, p. 48.

estabelecimentos de determinados ramos comerciais e industriais (inciso XII); estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente (inciso XIII); reconhecimento das convenções coletivas de trabalho (inciso XIV); assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva (inciso XV); previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte (inciso XVI); seguro obrigatório pelo empregador contra acidentes do trabalho (inciso XVII); proibição de distinção entre trabalho manual, técnico ou intelectual, ou entre os profissionais respectivos (inciso XVIII); colônias de férias e clínicas de repouso, recuperação e convalescença, mantidas pela União, conforme dispuser a lei (inciso XIX); aposentadoria para a mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral (inciso XX). No artigo 167, §4º., previa que “a lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência”.

Em 1968, com a instalação de uma nova crise governamental interna, houve o recrudescimento do regime. Iniciou-se, então, uma época em que se acirraram a repressão e a intolerância ideológica. Diante desse quadro, no dia 17 de outubro de 1969, foi outorgada a Emenda nº. 1. Essa Emenda reformava integralmente a Carta de 1967, e lhe conferia uma redação e uma estrutura bastante novas. Em razão dessa acentuada modificação, há quem considere esse novo documento não como uma Emenda, mas sim como uma nova Carta constitucional.

Tratava-se, então, da Carta de 1969. Essa Carta se caracterizou pela centralização política e pela grande preocupação com a chamada segurança nacional. Quanto aos direitos fundamentais, o novo documento buscou reiterar a enumeração da Carta precedente.

Na Carta de 1969, as disposições em matéria social estavam muito próximas daquelas pouco antes consagradas pela Carta de 1967. A exemplo do artigo 168 de 1967, o artigo 176 de 1969 dispunha que “a educação, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, é direito de todos e dever do Estado, e será dada no lar e na escola”. Da mesma maneira como dispôs o artigo 8º., XV, de 1967, o artigo 8º., XIV, de 1969, atribuía à União competência para “estabelecer e executar planos nacionais” em matéria de educação.

Em matéria de saúde, essa competência federal para “estabelecer e executar planos nacionais” fora também mantida pelo mesmo inciso XIV do artigo 8º.; que, logo depois, no inciso XVII, preservava ainda competência legislativa federal em matéria de “defesa e proteção da saúde” e de “seguro e previdência social”.

O artigo 160 da Carta de 1969 sucedeu o artigo 157 da Carta de 1967, ao dispor que “*a ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social*”, tendo como base a “*valorização do trabalho como condição da dignidade humana*” (inciso II). E, como fizera o antigo artigo 158, o novo artigo 165, em seus vinte e um incisos, previa para os trabalhadores direitos que visassem “*à melhoria de sua condição social*”. Por sua vez, o artigo 175, §4º., reproduziu o antigo artigo 167, §4º., ao estabelecer que “*lei especial disporá sobre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência*”.

Entretanto, apesar do reconhecimento formal dos direitos fundamentais, o Poder Público resguardava para si a possibilidade de restrição a esses direitos. Esse período ditatorial durou até o advento do processo de redemocratização do Brasil, cujo maior símbolo foi a Constituição Federal de 1988.

Em matéria de direitos sociais, a Constituição de 1988 é, de fato, inovadora. Isso porque, nos primeiros momentos do nosso constitucionalismo social, a alimentação, a moradia, o lazer e a segurança não foram formalmente reconhecidos como direitos sociais pelas Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967, nem 1969. Uma exceção foi o artigo 15, §1º. da Constituição de 1946 que, muito embora não fizesse expressa menção à alimentação e à moradia como direitos, previa a isenção do imposto sobre artigos classificados como o “*mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica*”. Entretanto, não se tratava de enunciá-las como direitos fundamentais; do que decorre que, apesar desse precedente na Constituição de 1946, a alimentação, a moradia, o lazer e a segurança somente foram mesmo reconhecidos como direitos sociais após o advento da Constituição de 1988.

Nossa atual Constituição também é inovadora ao prever um capítulo específico para os direitos sociais. Das nossas Constituições, a de 1934 foi a primeira a empregar no seu texto a expressão “*direitos sociais*”. Isso porque, no seu artigo 57, “d”, trazia a seguinte redação: “*São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República, definidos em lei, que atentarem contra: [...] o gozo ou exercício legal dos direitos políticos, sociais, ou individuais*”. Entretanto, não previa uma seção ou capítulo com essa epígrafe. Por sua vez, a Constituição de 1937 sequer empregava a expressão “*direitos sociais*”, apenas falava em “*dever social*” (art. 136) ou mesmo em “*legislação social*” (art. 139). E a Constituição de 1946, no seu artigo 89, III, repetia as disposições do art. 57, “d” da Constituição de 1934, utilizando a expressão “*direitos sociais*” para definir

os crimes de responsabilidade do Presidente da República. Trazia, todavia, algumas inovações porque passava a utilizar as expressões “*previdência social*” (art. 5o., XV, “b” e art. 157); “*justiça social*” (art. 145) e “*bem-estar social*” (art. 147). Já a Constituição de 1967 trazia novamente a “*justiça social*” como finalidade da ordem econômica (art. 157), porém empregava a expressão “*direitos sociais*” unicamente para definir os crimes de responsabilidade do Presidente da República (art. 84, III), da mesma maneira como fizeram as Constituições de 1934 e 1946, no que foi repetida pela de 1969 (art. 82, III e art. 160). Portanto, no Brasil, foi mesmo a Constituição de 1988 a primeira a utilizar a expressão “*direitos sociais*” para designar aqueles direitos fundamentais de caráter prestacional, prevendo um capítulo específico para a matéria no Título II, dos direitos fundamentais, com o qual se integra o Título VIII, da ordem social.

Dalmo de Abreu Dallari ensina que:

“A Constituição brasileira de 1988, elaborada logo após o período ditatorial, foi a expressão dos anseios de liberdade e democracia de todo o povo, e foi também o instrumento legítimo de consagração, com força jurídica, das aspirações por justiça social e proteção da dignidade humana de grande parte da população brasileira, vítima tradicional de uma ordem injusta que a condenava à exclusão e à marginalidade”⁸³.

Os direitos sociais que encontraram guarida na Constituição de 1988 estão também presentes na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 1948. Do ponto de vista político e axiológico, essa previsão comprova que educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, bem como assistência aos desamparados realmente devem ser compreendidos como direitos da pessoa humana, sendo “*justo*” que tenham merecido atenção do Poder Constituinte e, portanto, amparo na Constituição brasileira atual.

Nesse sentido, a Declaração da ONU, já no artigo 2º., consagra a **igualdade**, ao estabelecer que:

“Art. 2º. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”.

No artigo 26, I, a Declaração de 1948 enuncia o direito à **educação**, ao dizer que “*todo ser humano tem direito à instrução*”; bem como protege esse direito em sua dimensão cultural, ao estabelecer, no artigo 27, I, que “*todo ser humano tem o direito de*

⁸³ DALLARI, Dalmo de Abreu. Os direitos fundamentais na Constituição brasileira. In: **Debate sobre a Constituição de 1988**, p. 49.

participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios”.

Também a saúde, a alimentação e a moradia são protegidas pela Declaração de 1948, cujo artigo 25, I, estabelece que *“todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis”*. O mesmo dispositivo, em sua segunda parte, assegura a previdência social, ao reconhecer o *“direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”*.

O direito ao trabalho está previsto no artigo 23 da Declaração que, além de requerer uma *“remuneração justa e satisfatória”* (itens I e III), também afirma que *“todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”* (item I). Além disso, segundo o item III desse artigo 23, o trabalho deverá propiciar ao trabalhador e à sua família *“uma existência compatível com a dignidade humana”*; dizendo ainda que, se for necessário, deverão ser assegurados *“outros meios de proteção social”*; dicção da qual se pode deduzir uma assistência aos desamparados. Por fim, o artigo 23, IV, protege o direito à organização sindical.

O direito ao lazer também está presente na Declaração de 1948, cujo artigo 24 dispõe que *“todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas”*. O direito à segurança, por sua vez, está previsto no artigo 3º: *“todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”*. Também é possível aproximar a ideia de segurança daquela de seguridade social; e, nessa acepção, o artigo 22, dispõe que:

“Art. 22. Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à seguridade social e à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade”.

A Declaração traz também especial menção quanto à proteção à maternidade e à infância. Segundo o artigo 25, II, *“a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças [...] gozarão da mesma proteção social”*. A disposição do artigo 25, II, reforça aquela do artigo 16, III, de que *“a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”*.

Por fim, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* reconhece, no artigo 28, que uma **ordem social** assim constituída é requisito para realização das próprias liberdades: “*todo ser humano tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados*”.

Portanto, em resposta à primeira questão formulada neste tópico, é possível dizer que, do ponto de vista valorativo, nosso constitucionalismo nasce liberal, à semelhança do modelo francês e do modelo norte-americano, que, respectivamente, inspiraram nossas Constituições de 1824 e 1891. A seguir, em matéria dos direitos sociais, o constitucionalismo brasileiro recebeu as influências do constitucionalismo social, cujos precursores foram os mexicanos de 1917 e os alemães de 1919. No caso brasileiro, a questão social chegou ao nosso sistema jurídico pela via da Constituição de 1934, quando foi sinônimo de direitos trabalhistas. A tutela constitucional dos direitos sociais foi mantida, mesmo que formalmente, pelas Constituições de 1937, 1967 e 1969. E as **escolhas políticas** feitas, primeiro na Constituição de 1946 e, sobretudo, na Constituição de 1988, representaram especial ampliação do enunciado dos direitos sociais, cuja “*Justiça*” foi reconhecida por meio da sua expressa consagração como direitos fundamentais pelo Poder Constituinte.

b) Aspectos jurídicos:

A par da legitimidade política dos direitos fundamentais, cuja base e cujo objetivo são sempre promover a dignidade humana, em coincidência com a finalidade do próprio Estado de Direito, que é realizar o bem comum; também é necessário que os direitos sociais sejam compreendidos em seu aspecto jurídico, visto que dotados de força normativa e consagrados pela Constituição, a lei maior do país:

“Entre as leis de qualquer país a mais importante e de maior força é a Constituição, onde sempre são enumerados esses direitos fundamentais. Nenhuma lei, nenhum decreto, nenhuma ordem, nenhuma decisão judicial, nenhum ato de qualquer autoridade ou de um particular pode contrariar a Constituição”⁸⁴.

Tem ensejo, então, a segunda pergunta; feita do ponto de vista da “*validade*”: quais direitos são estabelecidos como fundamentais sociais pela Constituição brasileira atual?

⁸⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que são direitos da pessoa**, p. 10.

Do ponto de vista estritamente normativo, a Constituição brasileira de 1988 elenca os direitos sociais no Capítulo II do Título II. No artigo 6º., nossa atual Constituição reconhece que são direitos sociais: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados. O direito social à moradia foi incluído no texto constitucional a partir da Emenda 26/2000. E o direito social à alimentação foi incluído a partir da Emenda 64/2010.

O primeiro direito social expresso no artigo 6º. é o direito à educação. Dalmo de Abreu Dallari, na obra *“Direitos humanos e cidadania”*, publicada em 2004, ensina que:

“A educação é um processo de aprendizagem, ao mesmo tempo em que favorece e propicia o desenvolvimento da pessoa humana. Por isso é reconhecida como direito fundamental de todos e deve ser assegurada a todos em condições de igualdade, o que é benéfico para o indivíduo bem como para toda a sociedade”⁸⁵.

Por sua vez, José Afonso da Silva, em seu *“Curso de Direito Constitucional Positivo”*, ensina que *“a ‘educação’ como processo de reconstrução da experiência é um atributo da pessoa humana, e, por isso, tem que ser comum a todos”*⁸⁶. E é justamente essa concepção de educação como *“direito de todos”* que está consagrada entre os artigos 205 e 214 da Constituição Federal, que também a estabelece como *“dever do Estado”*. Assim, o artigo 205 prescreve que *“a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”*. Nesse sentido, José Afonso da Silva conclui que *“tal concepção importa [...] em elevar a educação à categoria de serviço público essencial que ao Poder Público impende possibilitar a todos”*⁸⁷. Nos termos do artigo 208, esse dever implica que o Poder Público organize os sistemas de ensino, de modo a promover, no mínimo: educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria (inciso I); progressiva universalização do ensino médio gratuito (inciso II); atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino (inciso III); educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade (inciso IV); acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação

⁸⁵ Idem. **Direitos humanos e cidadania**, p. 67.

⁸⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 838.

⁸⁷ Ibidem, p. 839.

artística, segundo a capacidade de cada um (inciso V); oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando (inciso VI); atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (inciso VII).

Um ponto importante a destacar neste artigo 208 é seu parágrafo 1º., que expressamente reconhece que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é **direito público subjetivo**”. A Constituição também fixa um patamar mínimo dos recursos públicos que serão destinados ao ensino, ao dizer, em seu artigo 212, que: “a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”. Por fim, é importante anotar que o direito à educação, segundo uma visão mais ampla, compreenderá também o direito à cultura. José Afonso da Silva ensina que “os direitos culturais não foram arrolados no art. 6º. como espécies de direito social, mas, se a educação o foi, aí também estarão aqueles”⁸⁸. Com efeito, o artigo 215 estabelece que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”. De fato, a Lei Federal 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, em seu artigo 1º., adota um conceito bem abrangente de educação, dizendo que dela fazem parte “os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais”.

Além da educação, o artigo 6º. também reconheceu o **direito à saúde** como direito social. Sueli Gandolfi Dallari registra um conceito amplo e completo, ensinando que saúde é a “busca constante do completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças”. Afirma que “examinado [...] em seus aspectos sociais, o direito à saúde privilegia a igualdade”, bem como que “a garantia de oferta de cuidados de saúde do mesmo nível a todos que deles necessitam também responde à exigência da igualdade”⁸⁹. No mesmo sentido, Dalmo de Abreu Dallari, ao reconhecer que saúde é realmente o completo bem-estar físico, mental e social, explica que

“isso quer dizer que, além de estar fisicamente bem, sem apresentar sinal de doença, a pessoa deve estar com a cabeça tranquila, podendo pensar normalmente e relacionar-se com outras pessoas sem

⁸⁸ Ibidem, p. 313.

⁸⁹ DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, 22 (1), p. 59.

qualquer problema. É preciso também que a pessoa não seja tratada pela sociedade como um estorvo ou fardo repugnante e que possa conviver com as demais em condições de igualdade e de respeito”⁹⁰.

Portanto, o direito à saúde não é apenas acesso ao tratamento ou à cura; mas, numa acepção mais ampla, significará, mais que isso, a garantia de bem-estar às pessoas, de modo a terem uma existência sadia. Esse conceito mais amplo ajuda a esclarecer que direito à saúde não é simplesmente o direito a não ficar doente, fato que escapa ao poder do Direito; mas sim significará, do ponto de vista jurídico, o acesso às condições materiais que permitam aquela existência sadia, amplamente considerada. Se, por um lado, a Constituição não pode mesmo impedir que alguém fique doente; por outro lado, poderá sim assegurar as condições para que se reduzam ao mínimo as chances de que esse mesmo alguém adoça.

Nesse sentido, da mesma maneira que o direito à educação, também o direito à saúde é considerado “*direito de todos*” e “*dever do Estado*”. O artigo 196 da Constituição de 1988 estabelece 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 igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação*”. Ao dizer que saúde é um direito de todos, a Constituição reconhece que a matéria se rege pelos princípios da universalidade e da igualdade. Estabelece também que ao Estado competirá providenciar as ações governamentais necessárias para a promoção desse direito. Para José Afonso da Silva, o direito à saúde:

“trata-se de um direito positivo [...] do qual decorre um especial direito subjetivo de conteúdo duplo: por um lado, pelo não cumprimento das tarefas estatais para sua satisfação, dá cabimento à ‘*ação de inconstitucionalidade por omissão*’ (arts. 102, I, ‘a’, e 103, §2º.) e, por outro lado, o seu não atendimento, ‘*in concreto*’, por falta de regulamentação, pode abrir pressupostos para a impetração do ‘*mandado de injunção*’ (art. 5º., LXXI)”⁹¹.

A Lei Federal 8.080/90 está conforme a Constituição ao reconhecer, no seu artigo 2º., que “*a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício*”. Essa lei federal dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como para a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Seu artigo 3º., parágrafo único, bem acata o conceito amplo de saúde, ao estabelecer que “*dizem respeito também à*

⁹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**, p. 74.

⁹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 309-310.

saúde as ações que [...] se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social". No mesmo sentido, o "caput" do artigo 3º. reconhece que a saúde é determinada pelo atendimento de todos os outros direitos sociais, ao dizer que: *"a saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais"*. Esse mesmo dispositivo chega a assumir a saúde até mesmo como um importante indicador social: *"os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País"*. Por sua vez, o artigo 4º. estabelece a organização necessária para a promoção da saúde, ao definir o Sistema Único de Saúde (SUS) como *"o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público"*. Especialmente com relação à organização do SUS, a Lei 8.080/90 foi recentemente regulamentada pelo Decreto 7.508/2011. Acerca dessa organização para promoção da saúde, José Afonso da Silva ensina que:

*"O 'sistema único de saúde', integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no pólo ativo qualquer pessoa e a comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo. O sistema único de saúde implica ações e serviços federais, estaduais, distritais (DF) e municipais, regendo-se pelos princípios da 'descentralização', com direção única em cada esfera de governo, do 'atendimento integral', com prioridade para as atividades preventivas, e da 'participação da comunidade', que confirma seu caráter de direito social pessoal, de um lado, e de direito social coletivo, de outro"*⁹².

Um terceiro direito social enunciado pelo artigo 6º. é o **direito à alimentação**, incluído a partir da Emenda Constitucional 64/2010. O direito à alimentação decorre do próprio direito à vida, porque os alimentos são a fonte de energia para que o ser humano consiga existir e se desenvolver:

"O corpo humano necessita de alimentos para se manter ativo e a fim de que a pessoa tenha energia suficiente para desenvolver suas atividades. Antes mesmo de nascer, quando ainda está no ventre da mãe, a criança necessita de alimentos, que só receberá se a mãe for bem alimentada. Se não for atendida essa necessidade, a criança nascerá com deficiências e terá maior dificuldade para aprender e para se desenvolver fisicamente. E durante toda a sua vida o ser humano necessita de bons alimentos, não só em quantidade suficiente para matar a fome mas também de qualidade boa e

⁹² Ibidem, p. 831.

variada, pois é dos alimentos que as pessoas retiram o que é necessário para manter e desenvolver sua capacidade física e mental”⁹³.

Antes mesmo da Emenda Constitucional, a Lei Federal 11.346/2006 já assegurava o direito humano à alimentação adequada, por meio da criação do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN). Essa lei federal incumbe o poder público, com participação da sociedade civil organizada, de formular e implementar políticas, planos, programas e ações com vistas à assegurar o direito à alimentação. O artigo 2º. da lei define alimentação adequada como “*direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal*”.

O artigo 6º. da Constituição também enuncia o **direito ao trabalho** como um direito social. Do ponto de vista econômico, o trabalho é fator de produção que transforma bens e lhes agrega valor, produzindo riquezas. Entretanto, mais que um fator de produção, o trabalho deve ser entendido como fator de desenvolvimento humano, de valorização da pessoa e de promoção de uma existência digna. É possível reconhecer que:

“O trabalho é inerente à condição humana. Por meio do trabalho o ser humano desenvolve suas potencialidades, ao mesmo tempo em que recebe e expressa solidariedade. Por isso o trabalho não deve ser tratado como simples mercadoria, devendo ser reconhecido como um direito individual e um dever social, que deve ser exercido em condições justas”⁹⁴.

Em termos constitucionais, a valorização do trabalho humano pressupõe: garantia do direito de influenciar nas relações e condições do trabalho; remuneração digna; proibição do trabalho escravo; ambiente sadio de trabalho; dentre outros requisitos que podem ser conhecidos a partir da Constituição. O artigo 7º., por exemplo, enuncia alguns direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, bem como estabelece que poderão ser garantidos outros direitos que visem à melhoria de sua condição social. Dentre os direitos dos trabalhadores estão: proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa por meio, pelo menos, de indenização compensatória (inciso I); seguro desemprego (inciso II); fundo de garantia por tempo de serviço (inciso III); salário mínimo (inciso IV); piso salarial (inciso V); irredutibilidade do salário (inciso VI); garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável (inciso VII); décimo terceiro salário (inciso VIII); remuneração do trabalho noturno superior a do diurno (inciso IX); proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa (inciso X); participação nos lucros e resultados, e excepcionalmente, participação na gestão da empresa (inciso XI);

⁹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**, p. 75.

⁹⁴ Ibidem, p. 51.

salário-família (inciso XII); jornada máxima de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais (inciso XIII); jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento (inciso XIV); repouso semanal remunerado (inciso XV); remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento a do normal (inciso XVI); férias anuais remuneradas (inciso XVII); licença à gestante (inciso XVIII); licença-paternidade (inciso XIX); proteção do mercado de trabalho da mulher (inciso XX); aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço (inciso XXI); redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (inciso XXII); adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas (inciso XXIII); aposentadoria (inciso XXIV); assistência gratuita aos filhos e dependentes (inciso XXV); reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (inciso XXVI); proteção em face da automação (inciso XXVII); seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador (inciso XXVIII); ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos (inciso XXIX); proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (inciso XXX); proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (inciso XXXI); proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual (inciso XXXII); proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 (dezoito) anos e de qualquer trabalho a menores de 16 (dezesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (quatorze) anos (inciso XXXIII); igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso (inciso XXXIV). O artigo 8º. garante, ainda, a liberdade de associação sindical e o artigo 9º., o direito de greve. Além disso, sempre que seus interesses profissionais ou previdenciários forem objeto de discussão e deliberação, será assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos, por força do artigo 10 da Constituição Federal. Por fim, nos termos do artigo 11, em empresas com mais de duzentos empregados, fica garantida a eleição de um representante com a finalidade exclusiva de promover o entendimento direto com os empregadores.

O direito social à **moradia** foi incluído no texto constitucional a partir da Emenda 26/2000. Entretanto, mesmo antes, era possível deduzi-lo a partir de outros dispositivos. O artigo 23, IX, da Constituição de 1988, já estabelecia a competência comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para promoverem *“programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de*

saneamento básico”. Também era possível deduzir o direito à moradia do direito à intimidade e à privacidade (artigo 5º., X); bem como da garantia de inviolabilidade domiciliar (artigo 5º., XI). De fato, para que essas três liberdades sejam protegidas é mesmo necessário que se reconheça o direito à moradia; sem o qual a intimidade, a privacidade e a inviolabilidade domiciliar não seriam preservadas. Esse raciocínio bem exemplifica e enfatiza aquela ideia, já mencionada, de que a liberdade só pode existir se também existir igualdade, ou seja, a proteção aos direitos individuais somente será possível se também os direitos sociais forem promovidos. Não obstante, muito embora a Constituição já estabelecesse a proteção à moradia, sua inclusão no rol do artigo 6º. consagrou esse direito expressamente como fundamental, afastando qualquer incerteza quanto ao fato de constitui-lo como direito social.

Segundo as lições de José Afonso da Silva⁹⁵, “o ‘direito à moradia’ significa ocupar um lugar como residência [...] para nele habitar”. Entretanto, o autor adverte que o conteúdo desse direito não envolve apenas a faculdade de ocupar uma habitação, mas que, além disso, seja “uma habitação de dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto”. Define, portanto, o direito social à moradia como: “o direito de obter uma moradia digna e adequada, revelando-se como um direito positivo de caráter prestacional, porque legitima a pretensão do seu titular à realização do direito por via de ação positiva do Estado”.

Ao falarmos em moradia estamos nos referindo, portanto, a uma necessidade essencial do ser humano. Conforme as lições de Dalmo de Abreu Dallari, para que todo ser humano possa sobreviver e realizar-se como pessoa, ele “tem necessidade de um abrigo, que seja ao mesmo tempo um núcleo de convivência e de apoio material e afetivo, sendo também um ponto de apoio para a busca de subsistência”⁹⁶. Assim considerado, o direito à moradia também englobará o direito à terra. Isso porque “o modo melhor e mais justo de assegurar o direito de moradia aos trabalhadores do campo será dar condições para que cada um seja dono da terra em que trabalha”⁹⁷.

Dalmo de Abreu Dallari reconhece, ainda, que “o ser humano tem necessidade de repousar para continuar vivendo”; bem como que “nenhum ser humano conseguirá manter-se em atividade permanentemente nem poderá refazer sua energia física e preservar sua capacidade mental sem algumas horas diárias de repouso do corpo

⁹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 314-315.

⁹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**, p. 51.

⁹⁷ Ibidem, mesma página.

e do espírito”⁹⁸. Nesse aspecto, o direito à moradia se relaciona também com o direito ao lazer. Isso porque, forte nos ensinamentos de Dalmo de Abreu Dallari, “a moradia é também um lugar de repouso físico e espiritual para os seres humanos”; e “mesmo as pessoas mais dinâmicas e que mais apreciam a convivência com grupos humanos necessitam de repouso e por isso têm necessidade da moradia”⁹⁹.

Além de tudo, o direito ao lazer também guarda íntima relação com o direito ao trabalho. Isso porque o direito ao trabalho significa também direito ao repouso. Nenhum trabalho poderá ser constante, ininterrupto. José Afonso da Silva define lazer como a “*entrega à ociosidade repousante*”¹⁰⁰. De fato, para que o trabalhador preserve sua qualidade de vida e, até mesmo, para que desempenhe bem seu ofício, são necessárias pausas, nas quais possa recuperar suas energias, conviver com sua família e amigos, dedicar-se, em fim, ao descanso e a atividades que lhe sejam agradáveis: ao corpo e ao espírito.

Outro significado para lazer é recreação. Nesse caso ele assume o caráter não de repouso, mas de “*entrega ao divertimento, ao esporte, ao brinquedo*”¹⁰¹, para usar as palavras de José Afonso da Silva. Nesse caso, entendida a recreação como um direito social, caberá ao Estado propiciar atividades e espaços públicos em que as pessoas possam fruir desse direito. Quanto a essa compreensão de lazer como recreação, é interessante anotar que o artigo 217, §3º., da Constituição estabelece que “o Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social”.

O artigo 6º. elenca também a segurança como um direito social. Por certo, também será um direito social aquela segurança pública prevista pelo artigo 144, “*caput*”, da Constituição; a ser prestada por meio de políticas que preservem a ordem pública e a incolumidade das pessoas. Entretanto, é preciso dizer que, aqui, o direito à segurança assume, também, um caráter de seguridade social. Chega mesmo a fazer lembrar a dicção do artigo 22 da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, já citado anteriormente; e que a consagra como um direito. Além disso, é também possível interpretar esse direito social à segurança de forma análoga à ideia de segurança jurídica do artigo 5º., “*caput*”, fazendo, entretanto, uma transposição da visão liberal para a visão social de segurança jurídica. Isso porque, aqui, segurança significará proibição de retrocesso social, ou seja, significará garantia de que os direitos sociais sejam ampliados, nunca restringidos. Nesse

⁹⁸ Ibidem, p. 52.

⁹⁹ Ibidem, mesma página.

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 315.

¹⁰¹ Ibidem, mesma página.

aspecto, o direito social à segurança se caracterizará como um direito social à promoção dos direitos sociais; direito a ter direitos.

Quanto à **previdência social**, o artigo 201 da Constituição, com redação determinada pela Emenda Constitucional 20/98, reza que “*será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial*”. José Afonso da Silva escreve que a previdência social compreende dois tipos de prestações: os benefícios e os serviços. Define benefícios como “*‘prestações pecuniárias’ aos segurados e a qualquer pessoa que contribua para a previdência social na forma dos planos previdenciários*”¹⁰². Dentre essas prestações pecuniárias estão: auxílios por doença, maternidade, reclusão e funeral (artigo 201, I a III); seguro-desemprego (artigos 7º., II, 201, III, 239); salário-família e auxílio reclusão para dependentes dos segurados de baixa renda (artigo 201, IV); pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, que não poderá ter valor inferior ao salário mínimo (artigo 201, V, §5º., e artigo 202); sistema especial de inclusão previdenciária para atender trabalhadores de baixa renda e aqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência (artigo 201, §12); aposentadoria por invalidez (artigo 7º., XXIV e artigo 18, I, “a”, da Lei Federal 8.213/91), por tempo de contribuição (artigo 201, §7º., I), por idade (artigo 201, §7º., II).

Quanto aos serviços previdenciários, José Afonso da Silva identifica somente o serviço social e o de habilitação e de reabilitação profissional. Ensina que o serviço social

“constitui atividade auxiliar do seguro social e visa a prestar ao beneficiário orientação e apoio no que concerne à solução de problemas pessoais e familiares e à melhoria da sua inter-relação com a previdência social, para a solução de questões referentes a benefícios e obtenção de outros recursos sociais da comunidade”¹⁰³.

O autor considera que o serviço de habilitação e de reabilitação profissional tem como objetivo

“proporcionar ao beneficiário incapacitado parcial ou totalmente para o trabalho, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios para a educação ou reeducação, de adaptação ou de readaptação profissional e social indicados para sua participação no mercado de trabalho e no contexto em que vivem”¹⁰⁴.

¹⁰² Ibidem, p. 833.

¹⁰³ Ibidem, p. 834-835.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 835.

Por fim, o artigo 1º. da Lei Federal 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios de Previdência Social, bem sintetiza a finalidade da previdência social, que é *“assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente”*.

Também é consagrada pelo artigo 6º. como um direito social, a **proteção à maternidade e à infância**. São várias as perspectivas pelas quais a Constituição protege a maternidade e a infância. Por exemplo, do ponto de vista do direito social ao trabalho, as normas constitucionais estabelecem a licença-gestante à mulher trabalhadora (artigo 7º., XVIII) e à servidora pública (artigo 39, §3º.); assim como concedem a licença-paternidade ao homem (artigo 7º., XIX) e ao servidor público (artigo 39, §3º.). Do ponto de vista da previdência social, o artigo 201, II, da Constituição prevê expressamente a *“proteção à maternidade, especialmente à gestante”*. E, do ponto de vista da assistência social, o artigo 203 estabelece a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e ao idoso (inciso I), assim como o amparo às crianças e adolescentes carentes (inciso II). É importante anotar que, no artigo 227, a Constituição reconhece proteção à criança, ao adolescente e ao jovem. E essa proteção é acatada pela legislação que disciplina a matéria, por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal 8.069/90), cujo artigo primeiro reconhece o princípio da proteção integral. Em especial quanto à criança e ao adolescente, o artigo 227 prevê expressamente que:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

A obra *“Os Direitos da Criança”*, publicada em 1986, antes mesmo da atual Constituição e do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem inspirada na *Declaração dos Direitos da Criança* da ONU, já reconhecia que a criança tem os direitos de ser, de pensar, de sentir, de querer, de viver e de sonhar, sobretudo porque:

“Toda criança é um testemunho da eternidade, uma certeza da renovação da vida, a portadora de um mistério. A criança é sempre um recomeço da humanidade, uma nova partida rumo ao infinito, uma parcela do espírito humano que poderá ser o repositório de uma nova mensagem ou o nascedouro de um novo tempo para todos os seres humanos. Toda criança é um ser humano, fisicamente frágil mas

com o privilégio de ser o começo da vida, incapaz de se auto-proteger e dependente dos adultos para revelar suas potencialidades. Mas, por isso mesmo merecedora do maior respeito”¹⁰⁵.

Ao final do rol de direitos sociais, o artigo 6º. enuncia a **assistência aos desamparados**, que pode ser entendida como uma decorrência da seguridade social. Nesse sentido, José Afonso da Silva explica que a seguridade social

“rege-se pelos ‘*princípios da universalidade da cobertura*’ (universalidade subjetiva) e do ‘*atendimento*’ (universalidade objetiva), da ‘*igualdade*’ ou equivalência dos benefícios, da ‘*unidade de organização*’, [...] e da ‘*solidariedade financeira*’, porque será financiada por toda a sociedade de forma direta ou indireta, assim como de recursos provenientes dos orçamentos públicos”¹⁰⁶.

O artigo 194 da Constituição Federal concebe a seguridade social como “*o conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*”. Essa mesma definição de seguridade social é empregada pela Lei Federal 8.212/91, que dispõe sobre sua organização. Portanto, estão compreendidos pela seguridade social, os direitos à saúde, à previdência social e à assistência social. O artigo 4º. dessa Lei Federal 8.212/91 define assistência social como

“a política social que provê o atendimento das necessidades básicas, traduzidas em proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa portadora de deficiência, independentemente de contribuição à Seguridade Social”.

E, por sua vez, o artigo 1º. da Lei Federal 8.742/93 compreende a assistência social como “*direito do cidadão e dever do Estado*”; bem como

“política de seguridade social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas”.

Uma distinção entre os direitos de seguridade social é que o amparo da previdência social destina-se somente para aqueles que contribuíram, enquanto que o direito à saúde e à assistência social será prestado independentemente da contribuição prévia pelos destinatários. Outra distinção é que o direito à saúde será prestado a todos, enquanto que a assistência social será prestada somente aos necessitados. Nesse sentido, o artigo 203 da Constituição Federal estabelece que: “*a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social*”. Esse artigo também estabelece que a assistência terá por objetivos: a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e aos idosos (inciso I); o amparo às crianças e

¹⁰⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. Os direitos da criança. In: DALLARI, Dalmo de Abreu; KORCZAK, Janusz. **O direito da criança ao respeito**, p. 21.

¹⁰⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 831.

adolescentes carentes (inciso II); a promoção da integração ao mercado de trabalho (inciso III); a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária (inciso IV); a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuírem meios de proverem sua manutenção (inciso V).

Por todo o exposto, se buscarmos um conceito jurídico para os direitos sociais, o primeiro pressuposto será o de que **direitos sociais são direitos fundamentais**. Nesse sentido, José Afonso da Silva ensina que “os direitos sociais disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto”, entendendo-os como “dimensão dos direitos fundamentais”¹⁰⁷. Define os direitos sociais como:

“prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”¹⁰⁸.

Luigi Ferrajoli, por sua vez, entende os direitos sociais como o direito às prestações públicas positivas, como por exemplo, o direito ao trabalho, à saúde, à educação, ao salário justo, à subsistência e à seguridade social. Frente às violações que derivam da omissão em promover esses direitos, o autor reconhece que, para tutela da igualdade material, ainda não se elaborou uma forma de garantia tão eficaz como aquela utilizada para assegurar a liberdade individual. Defende, portanto, uma estratégia que responda à lógica universalista que caracteriza todos os direitos fundamentais, oferecendo a mesma eficácia dos direitos individuais também aos direitos sociais¹⁰⁹.

Apesar de nossa Constituição Federal consagrá-los expressamente, a concepção dos nossos direitos sociais como fundamentais chega a causar questionamentos entre aqueles que, seguindo um ideário liberal, julgam que somente são fundamentais os direitos individuais. Marcus Orione Gonçalves Correia explica que: “*Já de início urge frisar que a simples constatação dos direitos sociais como direitos fundamentais, por si só, provoca, em alguns poucos, perplexidade que deve ser afastada, já que decorre da própria*

¹⁰⁷ Ibidem, p. 286.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 286-287.

¹⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil, p. 108-111.

evolução dos direitos sociais”¹¹⁰. O autor contesta a tese liberal, bem como defende que: “*Os direitos fundamentais da pessoa humana devem ser concebidos, portanto, não apenas a partir da perspectiva individual, mas também à luz dos direitos sociais*”¹¹¹.

De fato, a simples leitura da Constituição revela que é correto mesmo afirmar que os direitos sociais são fundamentais. Isso porque, não bastasse possuírem o conteúdo típico de direitos fundamentais, os direitos sociais consagrados entre os artigos 6º. e 11 da Constituição encontram-se sob a epígrafe dos “*direitos fundamentais*”, no Título II. Portanto, mesmo do ponto de vista formal, não poderá subsistir qualquer dúvida quanto a caracterização dos direitos sociais como fundamentais.

Ocorre que cabe ainda uma compreensão mais ampla desses direitos, a abrigo não somente aqueles expressos no Título II, mas também todos os direitos que são necessários para garantir Justiça social e igualdade de oportunidades entre as pessoas. Assim, Marcus Orione Gonçalves Correia defende que: “*devem ser entendidos como fundamentais não apenas os direitos sociais dos arts. 6º. a 11 da Constituição Federal, mas todos aqueles que permeiam a Constituição Federal e sem os quais os direitos sociais não resistiriam na vida cotidiana*”¹¹².

Portanto, não são somente os direitos sociais previstos no Capítulo II do Título II que a Constituição estabelece como direitos fundamentais. **Também aqueles direitos sociais do Título VIII devem ser compreendidos como fundamentais.** Conforme a dicção do próprio artigo 193 da Constituição Federal, a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivos o bem-estar social e a Justiça social. Para José Afonso da Silva,

“ter como objetivo o bem-estar e a justiça sociais quer dizer que as relações econômicas e sociais do país, para gerarem o bem-estar, hão de propiciar trabalho e condição de vida, material, espiritual e intelectual, adequada ao trabalhador e sua família, e que a riqueza produzida no país, para gerar justiça social, há de ser equanimemente distribuída”¹¹³.

Essa tutela dos direitos sociais tem a finalidade de concretizar na sociedade o ideal de igualdade material, assegurando a todas as pessoas uma existência digna e pautada nos ditames da Justiça social.

¹¹⁰ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (org.). **Direito previdenciário e constituição**, p. 25.

¹¹¹ Ibidem, p. 28.

¹¹² Ibidem, p. 31.

¹¹³ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, p. 758.

A afirmação de que os direitos sociais previstos no Título VIII espelham aqueles previstos no Título II da Constituição permite correlacionar os direitos estabelecidos em um e outro ponto do texto. No Título VIII, da Ordem Social, o texto constitucional abriga, no capítulo da seguridade social, os direitos à saúde (artigos 196 a 200), à previdência (artigos 201 e 202) e à assistência social (artigos 203 e 204); bem como prevê outros capítulos específicos para a educação, cultura e desporto (artigos 205 a 217) e para a família, criança, adolescente, jovem e idoso (artigos 226 a 230). É necessário anotar também que, muito embora sem expressa enunciação no artigo 6º., o Título VIII, da Ordem Social, também protege, em capítulos específicos, a ciência e tecnologia (artigos 218 e 219); a comunicação social (artigos 220 a 224); o meio ambiente (artigo 225); os índios (artigos 231 e 232); cuja matéria, por sua importância, também mereceu amparo constitucional.

Além do Título II e do Título VIII, também a própria Ordem Econômica, estabelecida no Título VII, deve ser interpretada segundo a sistemática dos direitos sociais; e, por essa razão, será entendida como um pressuposto da ordem social. Nesse sentido, José Afonso da Silva escreve que:

“Em certo sentido, pode-se admitir que os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais, pois, sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos”¹¹⁴.

Já no artigo 1º., IV, a Constituição de 1988 estabelece como princípios fundamentais os “*valores sociais do trabalho*” e a “*livre iniciativa*”, cotejando dois princípios aparentemente antagônicos, porque típicos do Estado social e do Estado liberal, respectivamente. Entretanto, logo em seguida, no artigo 3º., a Constituição deixa clara nossa finalidade socializante. Fixa os objetivos da República Federativa do Brasil e valoriza, sobretudo, a igualdade; ao estabelecer que nossas metas são: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º., I), bem como a redução das desigualdades sociais (art. 3º., III) e a promoção do bem de todos (art. 3º., IV), cuja consequência, por certo, será mesmo o desenvolvimento nacional (art. 3º., II).

Nesse sentido, ao falar dos objetivos fundamentais em um Estado Democrático de Direito, já em 1980, numa época em que os efeitos da ditadura estavam bem presentes, oito anos antes da promulgação da atual Constituição, na obra “*O renascer do Direito*”, Dalmo de Abreu Dallari afirma que:

¹¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 286.

“Liberdade na ordem social, igualdade de possibilidades sem a permissão de extremos desníveis, prevalência da vontade do povo, são os objetivos fundamentais do Estado Democrático, só realizáveis quando todos, ou pelo menos quase todos, forem conscientes disso e agirem em função desses objetivos”¹¹⁵.

Portanto, a interpretação dos nossos princípios e objetivos fundamentais revela que a liberdade está mesmo condicionada pela igualdade; do que se pode concluir que a ordem econômica está posta em função da ordem social.

Eros Roberto Grau define o modelo da nossa ordem econômica como um modelo aberto e capaz de instrumentalizar mudanças na realidade social. Numa perspectiva sistemática, esse modelo tem o objetivo de compatibilizar o desenvolvimento econômico com a promoção do bem-estar social:

“há um modelo definido na ordem econômica na Constituição de 1988, modelo aberto, porém, desenhado na afirmação de pontos de proteção contra modificações extremas, que descrevo como modelo de bem-estar; a ordem econômica na Constituição de 1988, sendo objeto de interpretação dinâmica, poderá ser adequada às mudanças da realidade social, prestando-se, ademais, a instrumentá-las”¹¹⁶.

De fato, o Título VII traz as normas pertinentes à ordem econômica e financeira entre os artigos 170 e 192. Em síntese, o art. 170, “*caput*”, estabelece que a nossa ordem econômica tem como fundamentos a “*valorização do trabalho humano*” e a “*livre iniciativa*”. O artigo 170, ao reconhecer esses fundamentos da ordem econômica, concorda com o artigo 1º, IV e com o artigo 3º, e reafirma, em sede econômica, aquela finalidade de proteger e promover a dignidade humana e a Justiça social.

Não bastasse tudo isso, mesmo *direitos sociais implícitos* poderão ser deduzidos como fundamentais. Isso porque, ainda que não estejam expressamente previstos pelo texto constitucional, podem ser estabelecidos a partir dos princípios consagrados pela Constituição. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari ensina que:

“A própria Constituição estabelece que os direitos fundamentais das pessoas não são apenas aqueles que ela enumera. Tudo o que estiver de acordo com o regime político do país e com os princípios adotados pela Constituição constituem direitos da pessoa humana”¹¹⁷.

Portanto, além daqueles direitos sociais que estejam expressamente previstos, tanto no Título II quanto no Título VIII ou mesmo em outros trechos do texto constitucional, também poderão ser deduzidos outros direitos sociais implícitos. É importante ressaltar que essa dedução somente será possível caso represente uma

¹¹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O renascer do Direito**, p. 13.

¹¹⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica, p. 323.

¹¹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que são direitos da pessoa**, p. 10.

ampliação aos direitos sociais, nunca uma restrição. Isso porque se, por um lado, a ampliação pode ser implícita, por outro lado, a restrição ao direito deverá necessariamente ser expressa; vedado também o retrocesso social.

Portanto, em resposta à segunda questão formulada neste tópico, segundo uma perspectiva da “*validade*” dos direitos sociais; é possível dizer que, do ponto de vista normativo, a Constituição atual reconhece os direitos sociais como fundamentais; compreendendo-os, de forma abrangente, não só como aqueles expressos entre os artigos 6º. e 11, do Capítulo II no Título II. Mais que isso, a Constituição estende essa classificação também aos direitos do Título VIII, da Ordem Social, ou mesmo a outros direitos implícitos que, muito embora não estejam escritos, possam ser deduzidos da sistemática constitucional. Da mesma maneira, a própria Ordem Econômica estabelecida no Título VII é interpretada segundo essa sistemática dos direitos sociais, sendo seu pressuposto.

Em matéria dos direitos sociais, nossa Constituição objetiva promover a dignidade humana, a liberdade com igualdade e a Justiça social. Assim, as normas constitucionais estabelecem como fundamentais todos aqueles direitos necessários à garantia de uma existência digna e ao bem-estar social; de modo que sejam supridas as condições sociais que consintam o pleno desenvolvimento da personalidade humana. Por isso, a Constituição inclui dentre esses direitos: educação e cultura; saúde; alimentação; trabalho; moradia; lazer; segurança; previdência social; proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à juventude e ao idoso; bem como assistência social e aos desamparados.

c) Aspectos sociológicos:

Após essa breve exposição acerca de cada um dos direitos sociais expressos na Constituição Federal atual, é muito importante enfatizar que esses direitos não podem ser compreendidos nem realizados separadamente um do outro. Isso porque, além de serem vistos como requisitos para fruição das próprias liberdades clássicas, os direitos sociais estão internamente entrelaçados. No presente trabalho, por várias vezes, ao se mencionar um direito social específico mencionou-se, ao mesmo tempo, sua relação com outro direito social. Com efeito, se houver assistência aos desamparados, assim como proteção à maternidade e à infância, e ainda se uma boa alimentação for oferecida desde cedo à pessoa, certamente essa pessoa fruirá de melhor saúde e terá melhores chances de

aprendizado e educação. Da mesma maneira, se a educação for devidamente proporcionada haverá, por certo, melhores oportunidades de trabalho e previdência social. Para bem exercer sua profissão, a pessoa necessitará de lazer e de segurança, a serem propiciadas, por exemplo, pela moradia adequada. A moradia, por sua vez, fornecerá abrigo à família, na qual novas pessoas nascerão e se desenvolverão, reiniciando um ciclo. Essa pequena ilustração autoriza a dizer que a realização de um direito social depende da realização de outro, ou mesmo, de todos os outros. Também permite estudar esses direitos de forma integrada, resumindo-os no ideal de igualdade material ou, em outras palavras, no ideal de Justiça social.

Assim, a fim de verificar na prática qual o grau de Justiça social presente hoje na sociedade brasileira, tem ensejo a terceira questão do tópico, feita do ponto de vista da “*efetividade*” dos direitos fundamentais no Brasil: quais direitos são de fato garantidos como fundamentais sociais no Brasil atual?

A “*Síntese dos Indicadores Sociais*”, publicada em 2010, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), apresenta uma análise, atualizada até 2009, das condições de vida da população brasileira na atualidade. Esse estudo pode ser útil na busca pelo retrato, no Brasil atual, da efetividade de alguns dos direitos sociais previstos da Constituição de 1988. O estudo reconhece que:

“o crescimento econômico, verificado na ‘*era de ouro*’ dos países desenvolvidos (décadas de 1950 e 1960) e no ‘*milagre econômico*’ no Brasil (anos 1970), não foi capaz de promover o desenvolvimento social esperado e parcelas significativas da população permaneceram à margem dos frutos desse crescimento econômico”¹¹⁸.

No que se refere à educação, o estudo do IBGE aponta que a média de anos de estudo do brasileiro maior de 25 anos é de 10,4 anos, entre os 20% mais ricos; enquanto que, entre os 20% mais pobres, é de 7,1 anos. As estatísticas também demonstram que a região Sudeste apresenta melhores índices, com média de 7,8 anos de estudo em todas as faixas de renda; seguida pela região Sul com média de 7,5 anos; bem como pelas regiões Centro-Oeste (7,4 anos), Norte (6,7 anos) e Nordeste (5,8 anos)¹¹⁹.

O estudo ainda revela que a taxa de analfabetismo funcional das pessoas com 15 anos de idade ou mais, e renda familiar mensal maior que dois salários mínimos, equivale a 5,3%; enquanto que nas famílias com renda mensal de até meio salário mínimo a taxa de analfabetismo funcional chega a 31%. Os índices apresentados confirmam que o problema é pior entre os mais pobres. Também permitem verificar que o analfabetismo é

¹¹⁸ IBGE. *Síntese dos indicadores sociais*, p. 23.

¹¹⁹ Ibidem, p. 67.

menor nas regiões Sudeste e Sul, enquanto que o problema apresenta-se mais grave nas regiões Nordeste, Norte e Centro-Oeste¹²⁰.

Outros dados apresentados pelo estudo são aqueles que visam a verificar a qualidade do conhecimento adquirido. Utiliza-se o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB) como base para verificar essa qualidade. O IDEB foi desenvolvido pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais “Anísio Teixeira” (INEP) e foi implantado pelo Ministério da Educação. Trata-se de um indicador que combina o desempenho médio dos estudantes em exames padronizados ao final de cada etapa de ensino. A meta fixada para 2021 é a da nota 6; patamar comparável ao dos países em que a educação apresenta níveis mais elevados. Entretanto, já entre 2005 e 2009, é possível observar uma melhora do aprendizado, sendo que em 2009 o IDEB ficou bem próximo da nota 4¹²¹. Quanto à educação, o estudo do IBGE conclui que:

“a educação brasileira conquistou resultados um pouco melhores quando comparados aos de 1999. Algumas mudanças podem ser percebidas, tais como: aumentos de frequência nos três níveis de ensino; decréscimo gradual da taxa de analfabetismo das pessoas de 15 anos ou mais de idade; e índices de qualidade do conhecimento adquirido nos ensinos fundamental e médio, atingindo melhores médias”¹²².

Na saúde, podem ser consultados os “*Indicadores básicos para a saúde no Brasil*”¹²³, atualizados até 2005 e publicados em 2008. Nessa publicação é possível verificar que, entre 1990 e 2005, o número de profissionais da saúde (médicos, enfermeiros e odontólogos), por mil habitantes, tem aumentado em todas as regiões do Brasil. A maior concentração de médicos e odontólogos ocorre na região Sudeste, seguida pelas regiões Sul e Centro-Oeste. Os enfermeiros, por sua vez, estão distribuídos uniformemente; sendo que, na média nacional, o número de médicos é quase três vezes maior que o número de enfermeiros.

Essa publicação também informa, no mesmo período, a quantidade de leitos hospitalares disponíveis. No período apresentado, houve redução do número de leitos, principalmente na administração privada. Essa diminuição de oferta foi menor na administração pública, observando-se um discreto aumento na região Norte. Entre 1990 e 2005, as regiões Centro-Oeste, Sul e Sudeste, apesar da diminuição, mantiveram-se como aquelas com maior oferta total de leitos. A oferta de leitos públicos é maior nas regiões

¹²⁰ Ibidem, p. 55.

¹²¹ Ibidem, p. 75.

¹²² Ibidem, p. 53.

¹²³ REDE Interagencial de Informação para a Saúde (RIPSA). **Indicadores básicos para a saúde no Brasil**, p. 239-241.

Norte, Nordeste e Centro-Oeste, sendo que, na região Norte, há mais leitos públicos que privados em 2005.

Além dos indicadores que se referem à disponibilidade de profissionais e leitos hospitalares, o Ministério da Saúde publica um Índice de Desempenho do Sistema Único de Saúde (IDSUS), que pode ser útil para este brevíssimo panorama da saúde no Brasil. A indexação é feita por município e, por essa razão, para os fins do presente trabalho, foram considerados apenas os índices do município mais populoso em cada uma das cinco regiões do Brasil. O IDSUS leva em conta o acesso (potencial ou obtido) e a efetividade do atendimento básico, ambulatorial, hospitalar, bem como das urgências e emergências. Nas cinco regiões brasileiras, dentre as capitais mais populosas, Curitiba apresenta o melhor índice (6,96), e a menor população. São Paulo, a cidade mais populosa, vem em segundo lugar nessa classificação de rendimento (6,21), possuindo o segundo melhor acesso e a segunda melhor efetividade do atendimento. Logo em seguida, estão Salvador (5,86), Manaus (5,58) e Brasília (5,09). Muito embora essas estatísticas possam servir como uma indicação da efetividade do direito à saúde no Brasil:

“Muitos brasileiros que necessitam desses cuidados não conseguem recebê-los, porque os serviços dos médicos e o internamento em hospital custam muito caro. E muitos chegam a ser atendidos por um médico, mas depois não se tratam, porque o preço dos remédios é muito alto. Os serviços mantidos pelo governo são muito deficientes, e em muitas regiões do país nem existe assistência médica”¹²⁴.

Quanto à alimentação, o Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA) publicou, em 2009, uma “*Síntese dos indicadores de segurança alimentar e nutricional*”. Nesse documento é possível verificar que cerca de 70% dos domicílios brasileiros abrigam pessoas que estão sujeitas, mesmo que de forma mais branda, à insegurança alimentar; sendo que, pelo menos em 5% do total de domicílios, a insegurança alimentar é grave¹²⁵.

Os dados confirmam que, “*no Brasil há milhões de pessoas que, por sua pobreza, só conseguem alimentos em pequena quantidade ou de muito má qualidade, havendo muitas pessoas que morrem rapidamente ou ficam gravemente doentes por falta de alimentos*”¹²⁶.

¹²⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**, p. 76-77.

¹²⁵ CONSEA. **Síntese dos indicadores de segurança alimentar e nutricional**, p. 30.

¹²⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Op. cit.**, p. 75.

No que se refere ao trabalho e renda, o Ministério do Trabalho, por meio da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS)¹²⁷, constatou que, nos últimos anos, houve um aumento na geração de empregos formais no Brasil.

O Brasil é um dos países mais ricos do mundo, tanto em recursos naturais quanto em produção econômica. Entretanto, nossa realidade revela uma forte concentração de riquezas; o que gera desigualdade social. Existe um coeficiente internacional utilizado para medir a distribuição de renda de um país. É chamado coeficiente Gini, em homenagem ao seu criador, o matemático italiano Corrado Gini (1884-1965). O coeficiente varia entre 0 e 1. Quanto mais próximo do zero melhor será a distribuição de renda.

Conforme dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), disponíveis em <http://www.ipeadata.gov.br>; nos últimos anos, cabe um elogio ao avanço que o Brasil teve no aumento de postos de trabalho, bem como na redução das desigualdades sociais. Houve uma melhora na distribuição de renda, já que o índice de desigualdade foi reduzido de 0,616, em 1988, para 0,543, em 2009. Entretanto, apesar dos avanços, o Brasil ainda precisa corrigir sua injustiça social. Nossa sociedade, numa livre comparação, é menos igualitária que a do Uruguai (0,446) e a da Argentina (0,522). Ficamos também aquém de outras sociedades como a inglesa, a francesa e a norte-americana, em que os índices aproximam-se de 0,4 ou 0,3.

Nesse sentido, é possível reconhecer que:

“No mundo moderno, existe um número muito grande de situações em que não há qualquer relação entre a riqueza e o trabalho, situações em que os que trabalham são pobres e o que nunca trabalharam são ricos. Uma das características do mundo contemporâneo é justamente o desequilíbrio na distribuição das riquezas e nas possibilidades de obtenção de renda. É muito comum ter-se notícia de que uma pessoa tem fortuna imensa, acumulando um patrimônio absurdamente elevado, enquanto milhões de seres humanos, mesmo trabalhando muito, não conseguem o mínimo necessário para garantir uma vida digna e saudável e uma velhice livre de angústias quanto à possibilidade de satisfação das necessidades materiais mínimas”¹²⁸.

Muito embora, nos últimos anos, tenham sido gerados novos postos de trabalho, a renda ainda permanece concentrada. E a distribuição das riquezas, a ser feita pelo aumento da renda em proporção igual ou maior ao aumento do PIB, colaborará para redução das desigualdades sociais, bem como para a efetiva realização do direito ao trabalho, garantido pela Constituição.

¹²⁷ BRASIL. Ministério do Trabalho. **Características do Emprego Formal segundo a RAIS 2010**, p. 4.

¹²⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Op. cit.**, p. 64.

O Ministério das Cidades publicou em 2008 um estudo intitulado “*Déficit habitacional no Brasil - 2006*”, por meio do qual se pode ter um panorama da efetividade do direito à **moradia**, no Brasil atual. Esse estudo permite afirmar que a carência de infraestrutura destaca-se como o maior fator de inadequação das moradias brasileiras. Em qualquer das grandes regiões do Brasil é possível verificar a ausência de atendimento adequado em um ou mais serviços básicos, assim considerados: iluminação elétrica, rede geral de abastecimento de água, rede geral de esgotamento sanitário e coleta de lixo. Percentualmente, no entanto, o problema se torna muito mais relevante nas regiões Norte, Centro-Oeste e Nordeste, presente em mais de 40% dos seus domicílios urbanos¹²⁹.

Segundo uma visão ampla da realidade social brasileira, bem como considerado todo o processo histórico que deu origem ao nosso contexto atual, pode-se afirmar que:

“Na sociedade brasileira atual o direito à moradia não está assegurado, especialmente nas cidades médias e grandes. O alto custo dos imóveis impede que muitas pessoas se tornem proprietárias. Existem muitos terrenos vagos, e o número de casas é insuficiente para a quantidade de pessoas e de famílias, e por isso os aluguéis são muito altos e aumentam mais que os salários. Por esses motivos, existem tantas favelas e tantos cortiços, onde vivem pessoas amontoadas, sem nenhum conforto e sem a possibilidade de cuidados de higiene. É preciso dar condições a essas pessoas para viverem com dignidade. É preciso dar a elas o direito de morar”¹³⁰.

Mesmo sem indicar estatísticas para todos os direitos sociais, o que até mesmo escaparia ao propósito principal deste trabalho, é possível dizer que a melhora também atinge os direitos ao **lazer**, à **segurança**, à **previdência social**, à **proteção à maternidade e à infância**; bem o direito à **assistência dos desamparados**. Entretanto, segundo a tendência geral, também para a efetividade desses direitos, há muito ainda a ser feito.

Paulo de Martino Jannuzzi, no livro “*Indicadores sociais no Brasil*”, define o indicador social como:

“uma medida em geral quantitativa dotada de significado social substantivo, usado para substituir, quantificar ou operacionalizar um conceito social abstrato, de interesse teórico (para pesquisa acadêmica) ou programático (para formulação de políticas). É um recurso metodológico, empiricamente referido, que informa algo sobre um aspecto da realidade social ou sobre mudanças que estão se processando na mesma”¹³¹.

¹²⁹ BRASIL. Ministério das Cidades. **Déficit habitacional no Brasil 2006**, p. 45.

¹³⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Op. cit.**, p. 53.

¹³¹ JANNUZZI, Paulo de Martino. **Indicadores sociais no Brasil**, p. 15.

Grande parte dos indicadores sociais leva em conta a riqueza material para “*quantificarem um conceito social abstrato*”. Ocorre que não são os recursos materiais, mas sim as pessoas que são a “*verdadeira riqueza de uma nação*”¹³². Isso para usar as mesmas palavras publicadas no “*Relatório de Desenvolvimento Humano*” do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Segundo esse relatório:

“é agora quase universalmente aceite que o sucesso de um país ou o bem-estar de um indivíduo não podem ser avaliados somente pelo dinheiro. O rendimento é, obviamente, crucial: sem recursos, qualquer progresso é difícil. Contudo, devemos também avaliar se as pessoas conseguem ter vidas longas e saudáveis, se têm oportunidades para receber educação e se são livres de utilizarem os seus conhecimentos e talentos para moldarem os seus próprios destinos”¹³³.

Portanto, o Relatório sugere o Índice de Desenvolvimento Humano que, muito embora ainda não capture por completo a riqueza do desenvolvimento humano, serve como um elemento simbólico e estratégico nessa nova abordagem. O IDH considera não somente a renda, mas também a saúde e a educação, avaliando níveis da condição de vida da população em determinado espaço e tempo.

Em 2011, foram divulgados novos dados que permitem classificar o Brasil na 84ª. posição, num “*ranking*” que considera 187 países. O valor máximo possível para o IDH é 1,0; sendo que os países que se aproximam desse índice ideal são aqueles em que se pressupõe exista maior desenvolvimento humano. Foram considerados com IDH baixo aqueles com índice entre 0,286 e 0,510; com IDH médio aqueles entre 0,522 e 0,698; com IDH alto, entre 0,698 e 0,783; e com IDH muito alto, entre 0,793 e 0,943.

A Noruega, com IDH 0,943, figura na 1ª. posição, sendo considerada um país com nível muito alto de desenvolvimento humano. Também são considerados como dotados de um índice muito alto de desenvolvimento humano, países como os Estados Unidos, a França e o Reino Unido, assim também Chile e Argentina. O IDH do Brasil é considerado alto, próximo ao Equador, ao Peru e à Venezuela. No outro extremo, figuram, por exemplo, República do Congo, Níger e o Haiti, com um IDH considerado baixo:

Ranking do IDH Global 2011								
Posição	País	IDH 2011	Posição	País	IDH 2011	Posição	País	IDH 2011
1	Noruega	0,943	48	Uruguai	0,783	107	Paraguai	0,665
4	Estados Unidos	0,91	57	México	0,77	108	Bolívia	0,663
20	França	0,884	73	Venezuela	0,735	121	Honduras	0,625
28	Reino Unido	0,863	80	Peru	0,725	158	Haiti	0,454
44	Chile	0,805	83	Equador	0,72	186	Níger	0,295
45	Argentina	0,797	84	Brasil	0,718	187	Congo	0,286

IDH MUITO ALTO
IDH ALTO
IDH MÉDIO
IDH BAIXO
 Fonte: PNUD Brasil, http://pnud.org.br/atlas/ranking/IDH_global_2011.aspx

¹³² PNUD. **Relatório de Desenvolvimento Humano**, p. 1.

¹³³ Ibidem, p. IV.

Essas informações e todas as outras até agora consultadas autorizam a que se conclua que o Brasil evoluiu nos últimos tempos, e possui uma posição privilegiada em comparação com os outros países. Entretanto, também é possível concluir que a situação atual ainda não é a ideal.

Assim, considerada a pergunta inicial, é inegável a dificuldade para oferecer uma resposta que seja dotada do máximo grau de certeza científica. Uma resposta que pudesse traduzir o mundo em números, quantificando a exata medida da “*efetividade*” dos direitos sociais no Brasil atual. É preciso pressupor que

“os fundamentos da vida social não podem ser reduzidos a números. Adianta pouco projetar-se um empreendimento científico ou elaborar-se um planejamento econômico se não forem levadas em conta as condições globais da vida social. E nenhum projeto e nenhum plano poderão ser executados com êxito se não tiverem apoio numa ordem inspirada nos anseios de justiça social”¹³⁴.

Quando se fala de seres humanos, as frias estatísticas são incapazes de traduzirem o universo típico daquelas realidades que não podem ser ditas, só ouvidas; não podem ser mostradas, só vistas; porque não são de explicar, mas de entender. Somente um ser humano é capaz de compreender outro ser humano, bem como suas necessidades e anseios. Independentemente de qualquer estatística, todos os dias a realidade brasileira dos direitos sociais salta aos olhos dos cidadãos, que enxergam no próximo ou sentem na pele as carências de uma sociedade que a Constituição tem por objetivo aperfeiçoar.

Se, por um lado, os números jamais serão a fiel representação da realidade; por outro lado, poderão servir, no presente caso, como meros indicadores de que ainda falta um longo caminho para que a sociedade brasileira apresente, na prática, aquela Justiça social estabelecida pela Constituição como um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. Entretanto, a mensagem é de otimismo:

“A observação da realidade brasileira nas últimas décadas e o exame dos dados estatísticos nela baseados levam à conclusão segura de que graças à Constituição de 1988 muitas injustiças tradicionais na sociedade brasileira começaram a ser eliminadas. Embora ainda subsistam alguns redutos oligárquicos, muitos deles já foram eliminados e as camadas mais pobres da população, antes com pouco acesso aos serviços públicos essenciais e, a par disso, completamente à margem das decisões políticas, começaram a ser tratadas com dignidade e como componentes da cidadania. [...] Duas décadas de estabilidade política e econômica e avanços significativos no sentido de democratização da sociedade e da correção das injustiças sociais: essa é a realidade brasileira de hoje e esse balanço positivo é devido, em grande parte, à Constituição de 1988”¹³⁵.

¹³⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O renascer do Direito**, p. 32.

¹³⁵ Idem. A Constituição de 1988: democrática e humanista. In: **Constituição e constituinte**, p. 116 e 120.

Segundo um enfoque sociológico, a percepção de que o constitucionalismo pode colaborar para melhorar a vida das pessoas servirá, mais que tudo, como fonte de incentivo e motivação. A Constituição bem inspira os cidadãos, a fim de que toda sociedade esteja convicta de que os nobres objetivos públicos podem um dia ser alcançados.

Portanto, do ponto de vista sociológico, em resposta à terceira questão formulada neste tópico, é possível dizer, com bastante tranquilidade, que a sociedade brasileira experimentou sensíveis melhoras nos últimos anos. Entretanto, existe ainda um longo caminho para a plena “*efetividade*” dos direitos sociais enunciados pela Constituição Federal.

1.5. (VISÃO POLÍTICA – CARL SCHMITT) O papel do Executivo na promoção dos direitos sociais: omissões executivas?

Vimos que o constitucionalismo francês dava maior importância à lei, porque inicialmente concebia a Constituição tão-só como um **documento político fundamental**, cuja finalidade era proclamar os princípios da ordem política, bem como organizar o funcionamento do governo. Também já foi dito que um dos representantes do pensamento constitucional francês, dos primeiros tempos, foi o Abade de Sieyès. Ao defender que o poder político fosse atribuído à burguesia, Emmanuel Joseph Sieyès concebeu a Constituição como expressão da vontade da nação e obra do Poder Constituinte; ressaltando sua natureza política.

No que se refere ao **sentido político de Constituição**, as ideias de Sieyès frutificaram-se em Carl Schmitt, na Alemanha do século XX. Isso porque Schmitt também defendia que o poder político é que conferia legitimidade à Constituição.

Ocorre que essa concepção permite que a Constituição assuma uma configuração bastante variável, ao sabor dos interesses políticos dominantes em determinado tempo e espaço. Um grande perigo desse conceito de Constituição, se isolado, é o comprometimento da própria legitimidade; visto que poderá, nesses casos, ser o reflexo da vontade pessoal dos dirigentes ou dos poderosos de certa época, em indesejável dissociação da vontade popular e, principalmente, do padrão objetivo de Justiça. Isso gera incerteza e insegurança jurídica; porque, na prática, a Constituição será modificada a qualquer momento em consequência de mudanças políticas.

Não bastasse isso, a Constituição concebida unicamente em seu sentido político não terá força normativa, chegando mesmo ao paradoxo de ter sua aplicação condicionada pela legislação ordinária.

O Estado regido unicamente pela Constituição política tenderá necessariamente a ser abstencionista. Isso porque, em tal conjuntura social, haverá prevalência da lei do mais forte. A paráfrase da famosa dicção de Thomas Hobbes autorizará a afirmar que, no Estado assim constituído, não será o “*homem lobo do homem*”, mas sim o rico lobo do pobre. E o Estado certamente assumirá uma postura liberal. A comprovação desse fato é que, no século XVIII, o próprio constitucionalismo francês nasceu individualista, privatista e liberal. E, naquelas circunstâncias, como produto do “*Terceiro Estado*”, a Constituição era obra menos do povo que da burguesia.

Uma característica do constitucionalismo francês era a supremacia da liberdade individual, concebida na perspectiva liberal-burguesa. Até então, havia na França sérias restrições à liberdade pessoal dos governados como resultado das imposições do Estado absoluto e das regras de participação no governo. Essas restrições incluíam a imposição arbitrária de tributos e a falta de proteção aos direitos, sobretudo ao direito de propriedade, bem como ao uso e circulação de bens econômicos. Como reação a essas circunstâncias afirmou-se a liberdade como primeiro objetivo a ser alcançado pela Constituição, sob uma perspectiva individualista dos direitos. Nos dizeres de Dalmo de Abreu Dallari, “*o eu e o meu eram prioridades*”¹³⁶. É importante ressaltar que, nesse momento, a preocupação era apenas com a proteção à liberdade; o que, na concepção liberal-burguesa, licenciava o desnível; mas, aos olhos socializantes, gerava injustiças.

Outra característica do constitucionalismo francês era, no início, o privatismo. Uma das marcas que predominou na França logo após a queda do Antigo Regime e a ascensão política da burguesia foi a estrita separação entre público e privado, com predominância deste último sobre o primeiro. Segundo uma perspectiva liberal-burguesa, o Estado deveria ser mínimo, bem como sua esfera de atuação restringir-se tão-só à ordem pública, excluindo qualquer interferência nas relações privadas, de caráter individual. Cada indivíduo seria livre para usar de sua propriedade, bem como livre em suas opiniões e em sua pessoa; devendo apenas pagar os impostos e respeitar o direito alheio. Ao governo caberia apenas preservar um estado de liberdade, guardar o território contra invasões estrangeiras, reprimir crimes e manter agentes para recolhimento dos

¹³⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**, p. 212.

tributos. Nada se falava quanto às atividades administrativas, nem mesmo quanto às ações que a autoridade pública deveria praticar para garantia de bem-estar e boas condições de vida. Não se cogitou, portanto, obrigar o Poder Público a assumir tais ações; mesmo porque, segundo a concepção então vigente, a atuação concreta na sociedade para promover igualdade não era tema para o Estado.

No momento histórico em que ganhavam força na França o individualismo e o privatismo, a obra de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) sustentava que o soberano não era o rei, mas sim o povo, a quem se confere a autoridade suprema e que, por meio do contrato social, dá origem ao Estado. Nesse sentido, ele escreveu que:

“Essa pessoa pública assim formada pela união de todas as outras tinha anteriormente o nome de Cidade e tem agora o nome de República ou de corpo político, o qual é chamado por seus membros Estado, quando passivo, Soberano, quando ativo, Potência, quando comparado aos seus semelhantes. Quanto aos associados, eles tomam coletivamente o nome de povo e chamam-se em particular Cidadãos, como participantes soberana, e Súditos ao estarem submetidos às leis do Estado”¹³⁷.

Portanto, o soberano constitui-se dos cidadãos, que celebram um contrato social, cujo objetivo é o bem comum, entendido como fruto da vontade geral, nos seguintes termos: *“Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo”*¹³⁸.

A fórmula para a preservação da liberdade reside, então, em reconhecer soberania ao povo, bem como prevalência da vontade geral, que deve ser respeitada pelo governo. E, sobre esse ponto, Rousseau indaga e responde:

“O que é então o Governo? Um corpo intermediário estabelecido entre os súditos e o Soberano para sua mútua correspondência, encarregado da execução das leis e da manutenção da liberdade, tanto civil quanto política. [...] Assim, têm grande razão aqueles que afirmam que o ato pelo qual um povo se submete a chefes não é um contrato. É simplesmente uma comissão, um emprego no qual simples funcionários do Soberano exercem em seu nome o poder do qual são depositários e que ele pode limitar, modificar e retomar quando lhe aprouver”¹³⁹.

O pensamento de Rousseau ofereceu guarida aos ideais de combate ao abuso no exercício do poder político; e, por isso, também se encontra nos fundamentos do Estado liberal de Direito, bem como de um ideal iluminista de Democracia.

¹³⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du contrat social**, p. 32-34.

¹³⁸ Ibidem, p. 32.

¹³⁹ Ibidem, p. 138-139.

Muito embora a obra de Jean-Jacques Rousseau, juntamente com a dos iluministas de sua época, tenha fundado o Estado liberal de Direito, cuja principal base era a propriedade privada; é importante anotar que, antes mesmo de publicar seu famoso livro “*Do Contrato Social*” em 1762, Rousseau publicara seu “*Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*” em 1755. Nesse livro, criticou a desigualdade e chegou, até mesmo, a reconhecer a propriedade privada como grande fator de ruptura na sociedade. Isso porque, segundo Rousseau:

“desde o instante em que um homem teve a necessidade do auxílio de outro, desde que se percebeu que era útil a um só ter provisões para dois, a igualdade desapareceu, a propriedade se introduziu, o trabalho se tornou necessário e as vastas florestas se transformaram em campos viçosos que era preciso regar com o suor dos homens, nos quais logo se viu germinar e crescer a escravidão e a miséria com as colheitas”¹⁴⁰.

Apesar de Rousseau se preocupar com o tema da desigualdade, nem por isso a concepção liberal livrou-se do privatismo. Ocorreu que, no Estado liberal, nem todos os cidadãos tinham as mesmas condições de participação política, visto que a desigualdade social oriunda de diferenças econômicas, não permitia que todos fossem realmente livres. E, segundo a visão predominante naquele momento, a preocupação em suprir essa desigualdade não competia ao Estado, cuja atribuição era apenas garantir liberdade individual e igualdade apenas formal.

É certo que, ao reconhecer a soberania popular, Rousseau defendia uma democracia direta. Entretanto, chega mesmo a reconhecer que uma democracia assim praticada teria como pressuposto a perfeição de cada cidadão, visto que só poderia ser praticada por um “*povo de deuses*”. Muito embora fosse de origem francesa, Rousseau era cidadão de Genebra, lugar onde existiam práticas tradicionais de democracia direta. Essas práticas eram possíveis, sobretudo, em razão do reduzido número de cidadãos. Reuniões e deliberações daquela natureza seriam mais difíceis de ocorrer em territórios mais vastos e com maior número populacional. E por essa razão, ao contrário do que sonhava Rousseau, a história demonstrou que o mundo contemporâneo preferiu a Democracia representativa à Democracia direta; prevalecendo a atuação dos “*corpos intermediários*”.

As ideias de Rousseau foram recepcionadas pela *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, cujo artigo 6º. mencionava que: “*A lei é a expressão da vontade geral*”. Assim, bastante inspirado em Rousseau, o Estado liberal de Direito

¹⁴⁰ Idem. *Discours sur l'origine et les fondemens de l'inégalité parmi les hommes*, p. 117-118.

consagrou o Legislativo como órgão representativo capaz de aferir a vontade geral, já que era o responsável pela elaboração da lei, por meio de que essa vontade se expressava:

“As lideranças burguesas combatiam os privilégios da aristocracia e por isso denunciavam como injustiça a desigualdade política. Mas, quando tiveram a possibilidade de decidir e fixar novas regras, limitaram-se a transferir para uma nova classe dominante os antigos privilégios aristocráticos, tentando mascarar a nova injustiça sob o disfarce de mecanismos aparentemente neutros e objetivos, inspirados no bem público. Assim, ao mesmo tempo que afirmavam que todos deveriam ter os mesmos direitos, argumentavam com a necessidade de garantir a supremacia dos mais capazes e mais conscientes de suas responsabilidades políticas e sociais, que eram eles próprios”¹⁴¹.

Por tudo isso, na França dos primeiros tempos, a Constituição política teve, como fato gerador e como resultado, o Estado liberal de Direito; caracterizado pelo individualismo e pelo privatismo, típicos do “*Terceiro Estado*” defendido por Sieyès. Da mesma maneira, a expressão da vontade geral, tão defendida por Rousseau, passava a ser mediada pelos legisladores; o que, mais uma vez, comprova o apreço na época pela supremacia da lei:

“Chegou-se, afinal, a uma situação em que os representantes ficaram praticamente autônomos e passaram a constituir o que se denomina, contraditoriamente, ‘*classe política*’, esquecendo-se de que a simples idéia de uma classe que toma as decisões políticas já exclui a compatibilidade com a democracia. A participação do povo ficou reduzida à escolha dos representantes, que uma vez escolhidos agem sem responsabilidade política e dificilmente são alcançados pela responsabilização jurídica”¹⁴².

Um resultado bastante semelhante pode ser observado na Alemanha do século XX. Muito embora em épocas e sociedades distintas, na Alemanha como na França, a defesa da Constituição política gerou a ideia de **Constituição como fruto circunstancial de um movimento político vitorioso**.

Entretanto, na Alemanha diferente da França, o movimento vitorioso não foi a burguesia desejosa de liberdade, mas sim o Partido Nazista que concretizou o projeto de Estado totalitário. Nesse sentido, Celso Lafer, em um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, na obra “*A reconstrução dos direitos humanos*”, bem contextualiza o nascimento do totalitarismo alemão do século XX, ao escrever que:

“A Constituição de Weimar nunca foi ab-rogada durante o regime nazista, mas a lei de plenos poderes de 24 de março de 1933 teve não só o efeito de legalizar a posse de Hitler no poder como o de legalizar geral e globalmente as suas ações futuras. Dessa maneira, como apontou Carl Schmitt –

¹⁴¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. A participação popular e suas conquistas. In: MICHILES, Carlos “*et al*”. **Cidadão constituinte: a saga das emendas populares**, p. 380.

¹⁴² Ibidem, p. 378-379.

escrevendo depois da II Guerra Mundial –, Hitler foi confirmado no poder, tornando-se a fonte de toda legalidade positiva, em virtude de uma lei do Parlamento que modificou a Constituição”¹⁴³.

Na prática, a legalidade não se fundava no conteúdo ético das decisões, mas sim na vontade do líder político que, naquela circunstância histórica, fruía do apoio popular, direta ou indiretamente. No confronto entre legitimidade e legalidade, as palavras de Carl Schmitt bem confirmam que *“a lei em um Estado legislativo parlamentar é a decisão correspondente à maioria parlamentar daquele momento; na democracia direta é a vontade correspondente à maioria do povo naquele momento”*¹⁴⁴. Por certo, não se levavam em conta os valores que transcendem às próprias circunstâncias políticas, porque inerentes não à comoção conjuntural, mas sim à própria essência dos seres. Valores como, por exemplo, a dignidade humana; que, naquele momento, era arbitrariamente excluída do padrão objetivo de justo determinado pelo líder:

“No Estado totalitário não há hierarquia de poder ou competência definidas com base na lei, e este amorfismo é o mecanismo para instrumentalizar a realização do princípio de liderança. O desejo da liderança – do chefe – pode encarnar-se, dependendo do momento, em qualquer dos múltiplos órgãos existentes ou criados pelo regime. Daí a insegurança e o isolamento dos indivíduos também no topo da estrutura do poder, obtidos inclusive com a cumplicidade da população, que é um dos ingredientes da gestão totalitária, pois através desta cumplicidade todos estão unidos por uma só culpa e incerteza”¹⁴⁵.

A partir dessas palavras é possível compreender melhor a relação entre Constituição meramente política e insegurança de direitos: *“O subjetivismo do ‘princípio do chefe’ ou da ‘vontade da revolução’ expressos pelo líder faz na dinâmica totalitária, com que as leis não tenham uma função estabilizadora de vidas, mas tornem-se exclusivamente leis de movimento”*¹⁴⁶.

Na obra publicada originalmente em 1929 e revista em 1931, cuja tradução espanhola recebeu o título *“La defensa de la Constitución”*, Carl Schmitt refuta o papel do Judiciário na salvaguarda da Constituição, dizendo que: *“os tribunais [...] não são, em sentido estrito, guardiões da Constituição”*¹⁴⁷. O autor chega mesmo a afastar o papel político dos juízes, ao afirmar que *“a independência dos juízes não tem, no Estado atual, o objetivo de criar um titular para a geração autêntica da vontade política, mas de delimitar e assegurar uma esfera de Justiça subordinada à lei, dentro de um sistema estatal*

¹⁴³ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**, p. 95.

¹⁴⁴ SCHMITT, Carl. **Legalidad y legitimidad**, p. 37.

¹⁴⁵ LAFER, Celso. **Op. cit.**, p. 96.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 97.

¹⁴⁷ SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**, p. 43.

ordenado”¹⁴⁸. Defende, então, a tese de que o principal guardião da Constituição não é um tribunal, mas sim o Executivo, personificado no Presidente do “*Reich*”. Para Schmitt:

“O fato de que o Presidente do ‘*Reich*’ seja o guardião da Constituição corresponde [...] ao princípio democrático [...]. O Presidente do ‘*Reich*’ é eleito pela totalidade do povo alemão e suas faculdades políticas frente aos organismos legislativos (particularmente a de dissolver o Parlamento e a de promover um plebiscito) são, por natureza, um ‘*apelo do povo*’. [...] A Constituição procura, em especial, dar à autoridade do Presidente do ‘*Reich*’ possibilidades para se unir diretamente a essa vontade política da totalidade do povo alemão e agir [...] como protetor e como guardião da unidade da Constituição e do povo alemão”¹⁴⁹.

A tese de Carl Schmitt foi acatada pelo Tribunal Constitucional alemão. No julgamento do caso “*Prússia ‘vs.’ ‘Reich*””, em 25 de outubro de 1932, o Tribunal decidiu que não tinha poderes para limitar a atuação do Presidente e do Chanceler; e, sob amparo da legalidade, em janeiro de 1933, o membro do Partido Nazista assumiu o cargo de chanceler, consolidando seu poder na Alemanha de então.

A respeito das consequências geradas pelos governos totalitários da primeira metade do século XX, é possível concluir que:

“A segunda guerra mundial tinha sido deflagrada por governos ditatoriais, que se propunham, de início, a desenvolver programas visando a correção de graves desajustes sociais, alegando que para maior eficiência os governos não deveriam ser obstados por barreiras constitucionais. Assumindo o poder e ampliando a dominação, esses governos se impuseram como ditaduras. [...] Esse desprezo pelo Direito e pela Constituição levou a uma das maiores tragédias já sofridas pela humanidade, e muitos tomaram consciência de que a instauração de sistemas constitucionais, tendo a Constituição como norma jurídica superior, seria o meio de impedir novas aventuras ditatoriais e de garantir o respeito à dignidade da pessoa e a outros princípios básicos imprescindíveis para a convivência pacífica”¹⁵⁰.

Assim, é possível dizer que Carl Schmitt defendia uma **visão política da garantia dos direitos**. Uma consequência dessa tese será que os direitos serão assegurados por meio de decisões políticas que aferirão o padrão objetivo de justo segundo certa conveniência e oportunidade. Haverá, assim, uma insegurança jurídica e a realização dos direitos dependerá da vontade daquele que exerce o poder político, em determinado momento histórico. Necessariamente, num cenário de insegurança jurídica, os grupos sociais que tiverem maior influência e força farão prevalecer decisões políticas que atendam aos seus interesses. Da mesma maneira, a falta de um padrão objetivo de justo

¹⁴⁸ Ibidem, p. 245.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 250-251.

¹⁵⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**, p. 40 e 41.

gerará, na prática, uma diminuição da proteção jurídica aos direitos; o que representará um retrocesso rumo à política liberal ou, até mesmo, um retrocesso ao absolutismo.

Otto Bachof, em seu livro que na tradução portuguesa recebeu o título *“Normas constitucionais inconstitucionais?”*, opõe-se a Schmitt. Nessa obra, fruto de uma conferência originalmente proferida em 1951, Bachof defende *“a existência de um direito ‘suprapositivo’, obrigando também o legislador constituinte”* e afirma que *“também uma norma constitucional pode ser nula, se desrespeitar em medida insuportável os postulados da justiça”*¹⁵¹. Para fundamentar sua afirmação, Otto Bachof cita justamente o exemplo daquela lei do Partido Nazista que, sob uma aparência de normalidade, desarticulou a Constituição de Weimar; mas, pelo erro desse passado, contribuiu para o acerto no presente, ao confirmar a tese de que deve ser dotado, *“o tribunal Constitucional Federal, como guarda da Constituição, de poderes extraordinariamente amplos precisamente face ao legislador”*¹⁵².

A Constituição não pode ser fruto apenas da *“vontade da revolução”*. Isso porque, além de se legitimar na vontade popular, a Constituição deverá também fundar-se no mínimo ético da promoção do bem comum e da dignidade da pessoa humana; sem o que não será uma verdadeira Constituição, mesmo se corresponder à vontade da maioria. Nessa tal hipótese, a arte política ganhará mais importância ainda, porque no erro da maioria, caberá à outra parcela do povo demonstrar o caminho do Direito e da Justiça, a fim de que todos se convençam, pela razão e pelo coração, de que a promoção do humanismo é mesmo o único e melhor caminho.

É importante frisar, deixar bem claro mesmo, que não se trata aqui de refutar a participação política do cidadão, nem mesmo de repudiar a Democracia; até porque a participação política é um direito humano inerente ao próprio conceito de Estado e de Constituição; e *“nenhum sistema político, econômico e social pode ser considerado democrático se o povo não tiver participação nas decisões fundamentais”*¹⁵³; assim como *“não podem prevalecer o bem público e a justiça social quando o povo não participa das decisões”*¹⁵⁴. O que se defende é que existem direitos cuja garantia não se sujeita às vicissitudes políticas e que deverão ser respeitados, seja qual for o grupo social a exercer o poder político. Um chefe e um grupo político, ainda que obtenham o apoio da maioria, seja

¹⁵¹ BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?**, p. 3.

¹⁵² Ibidem, p. 12.

¹⁵³ DALLARI, Dalmo de Abreu. A participação popular e suas conquistas. In: MICHILES, Carlos *“et al”*. **Cidadão constituinte: a saga das emendas populares**, p. 378.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 379.

pelo carisma seja pela comoção circunstancial de maior ou menor duração, ainda assim, não terão o poder de revogar direitos inerentes à dignidade humana, leis escritas em livros que nunca foram impressos. Afirma-se, mais que isso, que, ao contrário do que defenderam Sieyès e Schmitt, esses direitos deverão ser observados até mesmo pelo Poder Constituinte Originário, porque inerentes ao próprio conceito de Constituição.

A titularidade do Poder Constituinte pertence sempre ao povo; e, de acordo com essa vontade popular, “*a Constituição torna expresso em que tipo de sociedade as pessoas querem viver*”¹⁵⁵. Ainda que a elaboração da Constituição seja exercida indiretamente, os mandatários deverão sempre observar os valores individuais e sociais que, naquele momento, representam a vontade do povo. Nesse sentido, “*a Constituição autêntica será sempre uma conjugação de valores individuais e valores sociais, que o próprio povo selecionou através da experiência*”¹⁵⁶; e, para “*a proteção e a promoção dos valores fundamentais de convivência é indispensável o Estado Democrático, que impõe a observância de padrões jurídicos básicos, nascidos da própria realidade*”¹⁵⁷. Ocorre que a Constituição não poderá ser “*um simples instrumento de dominação, usado para dar aparência de legalidade e de justiça a comandos arbitrários, estabelecidos no interesse do grupo dominante*”¹⁵⁸. Isso porque “*não é uma verdadeira Constituição uma lei que tenha o nome de Constituição, mas que apenas imponha regras de comportamento, estabelecendo uma ordem arbitrária que não protege igualmente a dignidade de todos os indivíduos e que não favorece sua promoção*”¹⁵⁹.

Essa filosofia da supremacia da pessoa humana encontra suas raízes já no idealismo alemão de Immanuel Kant que, em sua obra “*Fundamentação da metafísica dos costumes*”, destacou o seguinte imperativo: “*age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio*”¹⁶⁰.

Ao comentar essa filosofia, José Afonso da Silva reconhece a dignidade humana como valor supremo da Democracia e escreve que: “*Poderíamos até dizer que a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspira a*

¹⁵⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e constituinte**, p. 22.

¹⁵⁶ Idem. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, p. 202.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 203.

¹⁵⁸ Idem. **Constituição e constituinte**, p. 19.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 24-25.

¹⁶⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, p. 59.

ordem jurídica”¹⁶¹; bem como que: “a ‘dignidade da pessoa humana’ não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos ‘a priori’, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana”¹⁶². Por sua vez, Fábio Konder Comparato afirma que “a dignidade do ser humano, fonte e medida de todos os valores, está sempre acima da lei, vale dizer, de todo direito positivo”¹⁶³. E, no mesmo sentido, José Joaquim Gomes Canotilho conclui que:

“a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do ‘*homo noumenon*’, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos políticos-organizatórios”¹⁶⁴.

Portanto, ao estruturar o Estado, o princípio fundamental da dignidade humana torna-se sua unidade de valor, seu requisito de legitimidade, seu limite e seu objetivo. E o respeito à dignidade humana, como valor constitucional, é entendido como garantia às pessoas de uma existência plena e saudável, vinculando os Estados, os governos e a sociedade.

O povo, como um dos elementos do Estado, é sim visto como fonte de legitimidade para exercício da soberania, a qual também está submetido. Nesse sentido, Friedrich Müller, na obra “*Quem é o povo*”, ensina que:

“o povo não é apenas – de forma indireta – a fonte ativa da instituição de normas por meio de eleições bem como – de forma indireta – por meio de referendos legislativos; ele é de qualquer modo o destinatário das prescrições, em conexão com deveres, direitos e funções de proteção. E ele justifica esse ordenamento jurídico num sentido mais amplo como ordenamento democrático, à medida que o aceita globalmente, não se revoltando contra o mesmo”¹⁶⁵.

Entretanto, nos dizeres de Friedrich Müller, os cidadãos, mais que fonte de legitimidade, revelam-se como destinatários das prestações materiais do Estado, cuja realização será também requisito para uma verdadeira Democracia. Nesse sentido, Müller afirma que: “*Não somente as liberdades civis, mas também os direitos humanos enquanto realizados são imprescindíveis para uma democracia legítima*”¹⁶⁶.

Portanto, a propósito do sentido político adotado por Carl Schmitt, o que se questiona é que nem sempre a governante representa de fato o povo; situação em que “o

¹⁶¹ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da Democracia. In: **Poder constituinte e poder popular**, p. 147.

¹⁶² Ibidem, p. 146.

¹⁶³ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**, p.30.

¹⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 219.

¹⁶⁵ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?**, p. 49.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 61.

representante do povo passou a ser substituto do povo”¹⁶⁷. Questiona-se que nem sempre as ações (ou omissões) do governante correspondem de fato ao padrão objetivo de justo deduzido da Constituição. Isso porque o governante violará seu mandato se restringir injustamente a liberdade das pessoas, da mesma maneira que não cumprirá seu papel caso se omita em realizar os direitos sociais. O problema não reside na Democracia ou na participação popular, mas sim num mau governo, numa crise de representatividade ou de legitimidade. Essa contingência, por parte do Executivo ou do Legislativo, deixará um vácuo de Justiça social, a ser preenchido pela afirmação da Democracia; pelas mãos, por exemplo, do Poder Judiciário, que fará valer a Constituição.

A afirmação de que uma Constituição unicamente política, na prática, poderá sofrer modificações a qualquer momento em consequência da conjuntura política fica bem exemplificada pelo Brasil das últimas décadas.

A Constituição de 1988 atribui ao Executivo o papel de realizar os direitos sociais, por meio de políticas públicas, ou seja, ações governamentais eficazes para a consecução dessa finalidade. No caso brasileiro, a Constituição de 1988 projeta a consolidação de um Estado Democrático de Direito voltado para a materialização dos direitos fundamentais e para a formação de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º., I), em que a igualdade significa Justiça social. Nesse sentido, Maria Paula Dallari Bucci ensina que:

“os direitos sociais representam uma mudança de paradigma no fenômeno do direito, a modificar a postura abstencionista do Estado para o enfoque prestacional, característico das obrigações de fazer que surgem com os direitos sociais. A necessidade de compreensão das políticas públicas como categoria jurídicas se apresenta à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular os direitos sociais”¹⁶⁸.

Jean Meynaud, por sua vez, reconhece que na atualidade, sobretudo a partir do século XX, o Executivo passou a assumir o papel de promover os direitos sociais por meio de suas ações governamentais:

“O movimento é especialmente marcado na ordem da política econômica e social. A direção da vida econômica pelo cuidado do poder público atinge grau variável de acordo com os países, mas não está ausente em nenhum deles [...]. A realização do ‘*welfare state*’, a melhoria e a diversidade dos serviços sociais operam no mesmo sentido”¹⁶⁹.

¹⁶⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. A participação popular e suas conquistas. In: MICHILES, Carlos “*et al*”. **Cidadão constituinte: a saga das emendas populares**, p. 379.

¹⁶⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**, p. 2-3.

¹⁶⁹ MEYNAUD, Jean. O Executivo no Estado Moderno. In: DJORDJEVIC, Jovan. **O papel do Executivo no Estado Moderno**, p. 150.

Da mesma maneira, ao escrever sobre os órgãos do Poder Executivo, Dalmo de Abreu Dallari ensina que:

“É através desses órgãos que o povo mais sente a presença do Estado e é deles que espera a solução para os seus problemas e a criação de novas possibilidades para melhorar suas condições de vida. Desde a fixação de planos de desenvolvimento econômico, a melhoria das condições sanitárias, o aprimoramento das instituições culturais, a promoção de atividades recreativas e, especialmente, a criação de condições que possibilitem a prosperidade geral com o menor sacrifício possível e com plena segurança”¹⁷⁰.

Portanto, a realização dos direitos sociais previstos na Constituição depende de políticas públicas a cargo do Poder Executivo.

Ocorre que, muitas vezes, o Poder Público não realiza as políticas públicas a que está incumbido de realizar. A história do Brasil revela um longo período em que o Executivo legislava via medidas provisórias, sem mesmo preencher os requisitos de urgência e relevância; especialmente em matérias a cujo propósito não seria cabível a edição dessa espécie normativa. A par do exercício impróprio da função legislativa pelo órgão executivo, assistiam-se também às transações entre um e outro Poder, a fim de obterem a aprovação de leis, e até mesmo de Emendas Constitucionais, que atendessem aos tão prementes interesses do povo; como, por exemplo, as privatizações, a ampla abertura do Brasil ao dinheiro multinacional, assim como a chamada “*flexibilização*” dos direitos sociais, a pretexto de incrementar a atividade econômica brasileira:

“Com o objetivo de tentar fazer retroceder a história, instaurando, já no final do século vinte, um Estado liberal, ou neoliberal, conseguiram mesmo algumas emendas antissociais, como as Emendas Constitucionais n. 5 a 9, patrocinadas pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, para favorecer a privatização e a abertura ampla do Brasil ao capital multinacional, na linha neoliberal”¹⁷¹.

Além disso, a defesa de uma Constituição meramente política também ocasionou, no Brasil, uma recorrente *negação da força normativa da Constituição*, cuja aplicação foi tantas vezes afastada sob a justificativa de que faltava legislação ordinária para regulamentar direito já enunciado pela norma constitucional. Ora, assim como todos os outros direitos fundamentais, também os direitos sociais são dotados de aplicabilidade imediata. E essa aplicabilidade imediata, que decorre da própria natureza das coisas, também está consagrada pelo texto constitucional, em seu artigo 5º, §1º, cuja dicção expressa é a de que: “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. Por essa razão, as normas constitucionais, em especial as definidoras e garantidoras dos direitos sociais, terão aplicação imediata, independentemente da

¹⁷⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O renascer do Direito**, p. 97.

¹⁷¹ Idem. A Constituição de 1988: democrática e humanista. In: **Constituição e constituinte**, p. 119.

existência de lei que as regulamente. A Constituição, por sua natureza, jamais ficará à espera da lei.

Outra afirmação que frutificava da concepção liberal era a de que os direitos sociais não são direitos, mas sim meras “*intenções*”; não sendo, portanto, sindicáveis pelo Poder Judiciário. Esse argumento da falta de “*justiciabilidade*” dos direitos sociais também deve ser afastado, porque datado da mesma ideia de Constituição política, variável ao sabor do mercado.

Como decorrência da abstenção liberal, também se afigurava um cenário de **omissão inconstitucional**. Tanto por parte do Legislativo, que se omitia em editar as leis que regulamentassem direitos sociais; quanto por parte do Executivo, que deixava de realizar políticas públicas para a concretização desses direitos na vida dos cidadãos. Assim, era possível dizer que, num modelo abstencionista, a omissão também é forma de legislar e de governar. Isso porque a falta de lei e a falta de governo geram efeitos na vida concreta das pessoas. O efeito da ausência será a injustiça. Leis inexistentes até poderão garantir certa liberdade econômica, mas jamais garantirão Justiça social.

Nelson Saldanha bem define a omissão como o ato de “*deixar de fazer algo devido, algo constitucionalmente prefigurado como exigível*”¹⁷²; pensamento compartilhado por Canotilho, que diz que se omitir é “*não fazer aquilo a que de forma concreta e explícita estava constitucionalmente obrigado*”¹⁷³. Por certo, nenhuma autoridade tem o poder de decidir se vai ou não fazer aquilo que a Constituição determina. Assim, a realização dos direitos sociais não é uma faculdade do Poder Público, mas sim um dever constitucionalmente estabelecido. A não realização desses direitos configura omissão inconstitucional, passível de tutela pelo Poder Judiciário.

Todos esses fatos apontam para a constatação de que o Brasil caminhava para um modelo neoliberal, releitura da postura abstencionista do Estado nos séculos XVIII e XIX:

“Percebendo o alcance político e social da Constituição, os antigos oligarcas, os aproveitadores da superioridade econômica, os viciados em privilégios de qualquer espécie, os resistentes à democratização da sociedade, de modo geral, têm feito críticas à Constituição, sobretudo pelo que consideram presença excessiva do Estado na proteção e promoção dos direitos sociais, o que, obviamente, exige recursos financeiros. E isso, por sua vez, implica a cobrança de mais tributos, sendo este um dos principais motivos da resistência das camadas mais ricas da população à nova

¹⁷² SALDANHA, Nelson. O Estado contemporâneo e a idéia de “*omissão*” constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Ed. RT, ano 1, n.1, out-dez 1992, p. 256.

¹⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**, p. 481.

Constituição. Consideram mais grave ainda o papel do Estado como controlador dos excessos da iniciativa privada na área econômica, pois no seu entender o Estado deveria ter apenas o papel mínimo do Estado, como simples guardião da liberdade econômica dos ricos, como fazia no início do século dezenove, Estado que justamente por isso foi chamado de Estado Mínimo ou Liberal. Entendem que o Estado deveria ser mero garantidor da liberdade econômica, geralmente identificada como liberdade de iniciativa, agindo, para isso, como um rigoroso repressor de quem atentasse contra essa liberdade, exercendo o papel de Estado Polícia, que foi também uma das expressões correntes nas primeiras décadas do século dezenove”¹⁷⁴.

Por tudo isso, é possível considerar que, no Brasil pós-1988, o Poder Executivo tem assumido predominantemente uma postura liberal; muito embora, nos últimos tempos, exista um maior esforço na realização de programas sociais. Da mesma maneira, como consequência prática das opções políticas liberais, observa-se o descumprimento dos deveres jurídicos impostos pela Constituição. Daí o fenômeno da “*omissão constitucional*”, que tanto assola os nossos direitos sociais. As omissões em realizar os direitos sociais geram um demanda social, que necessariamente desemboca no Poder Judiciário, como resultado da busca pela garantia desses direitos consagrados na Constituição. E o Judiciário, poder independente, não se absterá em amparar esses direitos sociais.

¹⁷⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. A Constituição de 1988: democrática e humanista. In: **Constituição e constituinte**, p. 118-119.

2. GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS PELO JUDICIÁRIO

2.1. Poder Judiciário nas três matrizes do pensamento constitucional: Inglaterra, França e Estados Unidos

A existência de um Poder Judiciário independente e harmônico com os demais poderes é um requisito do próprio Estado Democrático de Direito. Sem juízes independentes a própria Democracia deixa de existir, porque não haverá de fato quem possa garantir que as leis estejam sendo feitas com respeito à Constituição, nem mesmo quem assegure que o governo observe mesmo os limites estabelecidos pelo Direito, tanto naquilo que se refere à proteção da liberdade individual, quanto em relação à promoção da igualdade material por meio dos direitos sociais. Portanto, como fruto do próprio constitucionalismo, a independência do Judiciário é uma garantia de que o poder político seja um poder jurídico, condicionado, realmente, ao Direito e à Constituição. Da mesma maneira, um Judiciário assim independente torna-se necessário para implantação de sociedades humanistas e democráticas, que é a principal finalidade do constitucionalismo na atualidade.

Já observamos nos itens anteriores que Inglaterra, França e Estados Unidos da América bem representam as três principais matrizes do constitucionalismo, entendido como ideal de limitação do poder político pelo Direito, bem como instrumento de afirmação e garantia de direitos. Com efeito, é possível observar também uma estreita relação entre o ideal de Constituição e a atuação do Judiciário na garantia dos direitos por ela consagrados. Assim, consideradas as três matrizes do pensamento constitucional, será também adequado o estudo da configuração assumida pelo Judiciário em cada uma dessas matrizes: inglesa, francesa e estadunidense.

Portanto, da estreita relação entre Constituição e Judiciário surgem duas indagações. A primeira: o Judiciário apresenta-se como um poder independente nas três matrizes do pensamento constitucional? A segunda: nessas três matrizes, a configuração dada ao Judiciário permite que ele controle os atos dos demais poderes?

As raízes do poder político na **Inglaterra** encontram-se no sistema feudal, do qual também nascem o absolutismo do rei e os fundamentos do próprio constitucionalismo. No feudo, caracterizado pela concentração do poder, o senhor era a lei, o governo e a Justiça, porque editava sua legislação, administrava seus domínios, bem como exercia a jurisdição. Por isso, para os anglo-saxões, principalmente após a invasão

normanda em 1066 por Guilherme I, a Justiça nascia da combinação entre senhorio feudal e absolutismo do rei:

“Os senhores normandos, que acompanharam Guilherme à Inglaterra, vêm-se num país conquistado, cuja língua lhes é de todo estranha e cujos habitantes e costumes são por eles desprezados. Sentem a necessidade de se agrupar à volta do seu soberano, para defender a sua conquista e as suas propriedades. [...] Este carácter militar, organizado, do feudalismo inglês é um dos elementos que vai permitir, por oposição ao continente europeu, o desenvolvimento da ‘*common law*’”¹⁷⁵.

Nessa época, os tribunais locais eram presididos pelos senhores feudais ou por seus administradores; assim como o Tribunal do Rei, chamado “*Curia Regis*”, era presidido pelo próprio rei. René David lembra que:

“A elaboração da ‘*comune ley*’ [ou ‘*common law*’], direito inglês e comum a toda a Inglaterra, será obra exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça, vulgarmente designados pelo nome do lugar onde vão estabelecer-se a partir do século XIII, Tribunais de Westminster. [...] O rei exerce apenas a ‘*alta justiça*’ [...]. A ‘*Curia Regis*’, onde ele preceitua, assistido pelos seus servidores mais próximos e pelos grandes do reino, é a corte das grandes personagens e das grandes causas”¹⁷⁶.

É famosa a passagem bíblica em que o rei Salomão recebe as duas mulheres que estavam brigando pelo recém-nascido. Cada uma delas reclamava para si a maternidade da criança. Salomão pediu, então, uma espada e ordenou que a criança fosse cortada ao meio, entregando-se as metades para cada uma das litigantes. Prontamente, uma das mulheres se opôs à providência, dizendo que renunciava à pretensão, mas preferia seu filho vivo mesmo que fosse dado à outra. Salomão ordenou que a criança de modo nenhum fosse morta, mas sim entregue a essa mulher, que era a verdadeira mãe: “*e todo o Israel ouviu o juízo que havia dado o rei, e temeu ao rei; porque viram que havia nele a sabedoria de Deus, para fazer justiça*”¹⁷⁷. Salomão foi lembrado como exemplo de rei sábio e justo, sagrado pela Divindade; e isso bem ilustra que, sob inspiração desse ideal de soberano, o exercício da Justiça esteve mesmo, desde cedo, ligado ao poder do rei.

A “*Magna Carta Libertatum*” de 1215, em sua cláusula 45, estabelecia que os juízes seriam nomeados pelo rei, e que eles deveriam conhecer a lei do reino e observá-la estritamente. Portanto, desde o início, sob influência do absolutismo, a função judicial na Inglaterra esteve ligada ao rei, o que significava dependência e parcialidade dos juízes.

Francis Bacon, em seu ensaio “*Of Judicature*”, publicado em 1597, comungava desse ideal; bem como afirmava que os juízes, muito embora tivessem força,

¹⁷⁵ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**, p. 285.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 286.

¹⁷⁷ Velho Testamento – I Reis 3:28.

estavam sempre submetidos ao rei. Nesse sentido, lembrava que: *“O trono de Salomão era sustentado por leões em ambos os lados: deixem que os juízes sejam leões, mas leões sob o trono e que não freiem nem se oponham ao soberano”*¹⁷⁸.

Para Bacon o juiz não poderia criar o Direito, mas apenas aplicá-lo, defendendo que *“os juízes devem lembrar que seu ofício é ‘jus dicere’ e não ‘jus dare’; interpretar a lei, mas não fazer a lei nem atribuir direito”*¹⁷⁹. Esse pensamento contribuiu para aquela visão de *“juiz funcionário”* como agente do rei e aplicador cego da lei, sem possibilidade de controlar os atos de governo, nem julgar o mérito (ou mesmo a constitucionalidade) das leis.

No século XVII, caracterizado por um ambiente de lutas na Inglaterra, os governantes utilizavam-se dos juízes como agentes políticos do absolutismo. Muito embora esses objetivos nada tivessem a ver com a função típica de solucionar conflitos, essa política contribuiu para que a magistratura se tornasse muito poderosa, temida pelo povo e autora de arbitrariedades. A postura de utilização dos juízes pelo rei contra o povo é bem representada por Carlos I, que se apoiou nos juízes e tribunais como instrumentos de governo.

Seu arbítrio gerou a reação do Parlamento, documentada pela *“Petition of Rights”* de 1628. Esse documento foi o início de um longo processo de embates entre rei e Parlamento, que passou pela dissolução das Casas com exercício da monarquia absoluta de Carlos I por 11 anos; pela Guerra civil do Parlamento contra o rei e ditadura do parlamentar Oliver Cromwell até 1658; pela nova eleição do Parlamento em 1660 e restauração da monarquia parlamentar de Carlos II e Jaime II; bem como culminou com a supremacia do Parlamento após a Revolução Gloriosa de 1688 e o *“Bill of Rights”* de 1689 firmado por Guilherme de Orange.

Um dos resultados desse processo foi a modificação da visão de jurisdição como instrumento do poder do rei para uma nova visão de jurisdição como projeto de poder do Parlamento. Para René David: *“No interior da ‘Curia Regis’, no século XVII, algumas organizações vão adquirir autonomia; é o caso do parlamento e também das diversas comissões com poderes jurisdicionais, que deixam de acompanhar o rei em suas viagens e fixam sua sede em Westminster”*¹⁸⁰.

¹⁷⁸ BACON, Francis. **Essays**: Of Judicature, p. 515.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 511.

¹⁸⁰ DAVID, René. **Op. cit.**, p. 287.

É de notar que, em 1679, o “*Habeas Corpus Act*” já previa o exercício da jurisdição pelo Parlamento, ao estabelecer que o preso, então paciente, deveria ser apresentado ao Lorde Chanceler, que expediria a ordem. Entretanto, principalmente após a consagração da supremacia do Parlamento simbolizada pelo “*Bill of Rights*” de 1689, concentrou-se nas Casas o mais alto grau da jurisdição inglesa, exercida pelos “*Law Lords*”.

Dalmo de Abreu Dallari, em sua obra “*O Poder dos Juízes*”, ensina que:

“Na evolução do sistema, a magistratura inglesa também sofreu as influências das revoluções burguesas, que acabaram estabelecendo a supremacia da Câmara dos Comuns sobre a dos Lordes e culminaram com a criação do parlamentarismo, no início do século dezoito”¹⁸¹.

E conclui que:

“a Inglaterra jamais teve um Judiciário como ramo independente, na organização do Estado. Assim, obviamente, para os teóricos ingleses não tem sentido falar-se em Poder Judiciário e menos ainda em poder político dos juízes, que, em última análise, são subordinados ao Parlamento”¹⁸².

Assim, com bastante tranquilidade, é possível dizer que, por muitos séculos na Inglaterra, os juízes estiveram sempre ligados ou ao poder do rei ou ao Parlamento; do que se deduz não ter existido uma verdadeira independência do Judiciário enquanto expressão do poder de Estado. E, diante dessa realidade, Dalmo de Abreu Dallari chega mesmo a reconhecer que “*seria impróprio falar em ‘poder judiciário’ na Inglaterra, como também fica claro que não se enfatiza o caráter profissional da magistratura*”¹⁸³.

Ocorre que, na Inglaterra do mundo contemporâneo, recentes reformas atestam uma valorização da função judicial, não mais como uma extensão do poder do rei, nem mesmo como uma prerrogativa do Parlamento; mas agora, ao contrário disso, afirma-se o maior prestígio do Poder Judiciário; o que constitui uma inovação das mais importantes no modelo inglês.

Em 1998, o Parlamento editou o “*Human Rights Act*” um dispositivo legal para assegurar, na Inglaterra, os direitos declarados na Convenção Européia de Direitos Humanos de 1950. Uma das maiores críticas ao “*Human Rights Act*” era que ele resultaria uma politização dos juízes. Isso porque eles poderiam julgar políticas governamentais e legislar; cujas consequências seriam a interferência judicial nas funções do Executivo, bem como a usurpação da supremacia legislativa do Parlamento.

¹⁸¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**, p. 14.

¹⁸² Ibidem, p. 90.

¹⁸³ Ibidem, p. 15.

Mesmo diante das críticas, foi previsto que os juízes poderiam emitir uma “*declaração de incompatibilidade*”, por meio da qual serão consideradas as desconformidades entre os termos de um estatuto legal em face ao “*Human Rights Act*”. Na seção 3 desse dispositivo legal consta que a legislação deve ser interpretada segundo os direitos humanos. Apesar dessa inovação, um ponto importante a ser destacado é que a “*declaração de incompatibilidade*” não modifica a legislação considerada incompatível, cuja revogação dependerá ainda do Poder Legislativo. Portanto, ainda não fica patente um caráter legiferante para as decisões judiciais.

De qualquer modo, a edição do “*Human Rights Act*” em 1998 contribuiu para o reconhecimento da jurisdição como garantia de direitos, bem como foi o prenúncio das reformas constitucionais que ocorreriam pouco depois, a fim de conferir ainda mais prestígio ao Judiciário.

Dawn Oliver, em sua obra “*Constitutional reform in the United Kingdom*”, considera como boas a independência e a imparcialidade do Judiciário, assim como sua separação do Executivo e do Legislativo:

“A independência do Poder Judiciário e o Estado de direito estão entre os requisitos mais óbvios em uma Constituição democrática. [...] Reformas como a descentralização e o ‘*Human Rights Act*’ confirmam, portanto, o processo de constitucionalização do governo que foi iniciado pelos tribunais independentemente destas reformas [...]. O governo e o Parlamento deram o seu apoio ao papel constitucional dos tribunais”¹⁸⁴.

Para Dawn Oliver: “*O papel do Judiciário tem se expandido nos últimos vinte anos ou mais e continuará a fazê-lo como resultado da descentralização, do ‘Human Rights Act’, e da consciência crescente da importância constitucional dos muitos casos que os tribunais são chamados a decidir*”¹⁸⁵.

De fato, a partir da reforma constitucional ocorrida em 2005, o “*Constitutional Reform Act*” previu expressamente em lei, pela primeira vez na Inglaterra, que o Judiciário é um poder independente. Uma das principais mudanças trazidas, foi o dever do Executivo em respeitar o Judiciário como um poder, o que impede o governo de tentar influenciar as decisões judiciais por meio de qualquer acesso especial aos juízes.

Em 2009, também se criou a Suprema Corte, separada da Câmara dos Lordes e com edifício, orçamento, funcionários e sistema de nomeação, independentes e próprios. As funções jurisdicionais, até então exercidas pelos “*Law Lords*”, foram agora

¹⁸⁴ OLIVER, Dawn. **Constitutional reform in the United Kingdom**, p. 102-103 e 332.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 106-107.

transferidas para a Suprema Corte, que está instalada em Londres no “*Middlesex Guildhall*”.

Uma evolução semelhante à do Judiciário inglês também pode ser observada na **França**, a partir de um passado de jurisdição vinculada a interesses privados rumo ao futuro de um Judiciário concebido como poder independente e garantidor de direitos.

Na França do Antigo Regime considerava-se a função de juiz como um direito de propriedade, dotada das mesmas faculdades do senhorio de terras e imóveis. Portanto, permitia-se que o título de juiz fosse comprado, vendido, transmitido por herança ou até mesmo alugado.

No momento de passagem do feudalismo para as formas políticas que o sucederam, não havia uma nítida distinção entre público e privado. Uma decorrência dessa confusão entre vontade de Estado e vontade particular era que a aristocracia exercia o poder político como se administrasse sua propriedade privada. Portanto, até o advento da Revolução Francesa no século XVIII, a magistratura será exercida pelos nobres, segundo seus interesses privados.

O ofício era bem rendoso, já que a prestação jurisdicional era paga e muitas vezes cobrada abusivamente. Assim, embora a magistratura fosse algo a que poderia equivaler aquilo que hoje chamamos de serviço público, naquela época, em vez disso, era exercida como se fosse uma atividade privada. Os cargos eram propriedades dos juízes e a jurisdição, sua mercadoria.

Dalmo de Abreu Dallari relata uma informação bastante interessante sobre Montesquieu, que bem exemplifica que, na França anterior à Revolução, a magistratura assemelhava-se mesmo à propriedade:

“No ano de 1716 o notável pensador político herdou de um tio o cargo de membro do ‘*Parlement*’ de Bordeaux, que era um órgão judiciário coletivo. Embora fosse interessado em filosofia e teoria política e não em leis e litígios judiciais, Montesquieu assumiu o cargo e nele permaneceu até 1726, quando finalmente o vendeu, por necessitar de dinheiro mas também porque não sentia interesse por aquele tipo de atividade”¹⁸⁶.

Uma das conseqüências desse padrão de exercício privado da magistratura era a tendência a que os juízes fossem vistos com desconfiança e temor pelas partes. Em um litígio entre um agente do rei e um particular, por exemplo, caso o juiz decidisse em favor do particular despertava a ira do governante que interpretava o fato como

¹⁸⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Op. cit.**, p. 16.

interferência do juiz nos assuntos do Executivo ou do Legislativo; mas caso julgasse a causa favoravelmente ao agente do rei sua decisão era considerada abusiva pelo particular vencido.

Em sua obra, Emmanuel Joseph Sieyès refere-se aos “abusos do Poder Judiciário, tão frequentes e tão temíveis”¹⁸⁷; e, na França de 1789, bem ilustra o sentimento popular existente contra os magistrados:

“Para quem são todos esses privilégios em matéria judicial, as atribuições, as avocações, etc., com que desanima ou se destrói a parte contrária? São para o ‘Terceiro estado’ não-privilegiado? Quem são os cidadãos mais expostos às humilhações pessoais dos agentes do fisco e dos subalternos em todas as partes da administração? Os membros do ‘Terceiro estado’, aquele que não goza de nenhuma isenção. As leis, que, pelo menos, deveriam estar livres de parcialidade, também se mostram cúmplices dos privilegiados. Para quem parecem ter sido feitas? Para os privilegiados. Contra quem? Contra o povo, etc”¹⁸⁸.

Assim, a imagem negativa que as pessoas nutriam em relação aos juízes colaborou para que a Revolução Francesa punisse muitos deles, bem como estabelecesse novos padrões para o exercício da jurisdição.

Apesar de ter sido juiz até 1726, Montesquieu, entretanto, defendia uma racionalização do exercício da jurisdição com a finalidade de impedir que abusos ocorressem. Em sua obra escrita durante cerca de 20 anos e publicada em 1748, “*L’Esprit des lois*”, que muito influenciou o constitucionalismo, Montesquieu chamava de “*Poder de Julgar*” aquele por meio do qual se puniam os crimes ou se julgavam as demandas entre os particulares. Em oposição à concepção até então adotada de juiz como agente do rei, Montesquieu defendia que a liberdade dependia de que o Judiciário estivesse separado do Legislativo e do Executivo.

Ao defender a separação entre o “*Poder de Julgar*” e os demais poderes, Montesquieu escreveu que: “*Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor*”¹⁸⁹.

Por outro lado, muito embora pregasse a independência do Judiciário frente aos outros poderes, Montesquieu defendia também uma limitação circunstancial ao exercício da jurisdição, dizendo que: “*o poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas deve ser exercido por pessoas tiradas do corpo do povo, por um certo*

¹⁸⁷ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Qu’est-ce que le Tiers État?*, p. 71.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 60.

¹⁸⁹ MONTESQUIEU. *L’Esprit des lois*, Livro XI, Capítulo VI, p. 129.

período do ano, da maneira prescrita em lei, para formar um tribunal que não dure mais do que a necessidade o exija”¹⁹⁰.

Da mesma maneira, de forma bem semelhante ao “*jus dicere*” sobre que Francis Bacon houvera escrito em 1597, Montesquieu, por seu lado, defendia também uma jurisdição em que a dicção do Direito fosse a dicção da lei, o que resultou na famosa concepção de juiz como “*bouche de la loi*” ou “*boca da lei*”: “*Mas, se os tribunais não devem ser fixos, devem-no os julgamentos. A tal ponto que não sejam estes jamais senão um texto preciso da lei. Fossem eles a opinião particular dos juízes, e viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente quais os compromissos assumidos*”¹⁹¹.

E Montesquieu conclui que: “*Desse modo, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, não estando ligado a um determinado estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se tem continuamente os juízes diante dos olhos; e se teme a magistratura, não os magistrados*”¹⁹².

Os ensinamentos de Montesquieu foram bem assimilados pelo constitucionalismo liberal-burguês na França do século XVIII. Muito embora a *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão* em 1789 não fizesse expressa menção à jurisdição, previa sim em seu artigo 16 que a garantia de direitos e a separação de Poderes eram requisitos da Constituição do Estado; do que se pode concluir que o pensamento de Montesquieu foi admitido como uma das bases do Novo Regime.

Assim, nos primeiros momentos do Estado de Direito, essa grande limitação ao poder de julgar foi uma consequência da filosofia da Revolução Francesa. Opunham-se limites ao exercício abusivo do poder político com vistas a proteger a liberdade individual. Como os juízes eram originários da nobreza e, até então, cultores de uma tradição bastante ligada ao absolutismo, era natural, num cenário de combate aos arbítrios monárquicos e nobiliárquicos, a tendência de que a burguesia desejasse conter o poder dos juízes aos estritos padrões da lei. E o resultado, então, foi um **abstencionismo judicial**.

Com efeito, a primeira Constituição francesa, de 1791, afastava a concepção de magistratura como “*propriedade*”. Isso porque já no preâmbulo estabelecia que: “*não há mais venalidade nem hereditariedade de cargos públicos*”. O mesmo espírito estava presente na Constituição de 1795, cujo artigo 21 previa que: “*as funções públicas não podem ser propriedade dos que as exercem*”. O exercício da jurisdição, já na Constituição

¹⁹⁰ Ibidem, Livro XI, Capítulo VI, p. 130.

¹⁹¹ Ibidem, mesma página.

¹⁹² Ibidem, mesma página.

de 1791, também não mais era visto como privilégio, na medida em que seu preâmbulo extinguiu os tribunais corporativos e eclesiásticos, ao dispor que: “*não há mais jurandas nem corporações de profissões, artes e ofícios. A lei não mais reconhece votos religiosos, ou compromissos contrários aos direitos naturais ou à Constituição*”. No artigo 4º. do Título III, a Constituição de 1791 estabelecia a eletividade, ao disciplinar que: “*O poder judiciário é delegado a juízes eleitos pelo povo*”.

Consagrou-se, então, a ideia de Judiciário como mera atividade ou mera função, e não como poder, expressão independente da soberania una. Isso fica bem demonstrado pelo texto constitucional de 1814 que altera a forma de acesso à magistratura, da eleição para a nomeação pelo rei; bem como pelo texto de 1848, que mantinha o acesso por nomeação, agora pelo Presidente da República e que estabelecia a vitaliciedade dos juízes de primeira instância e dos tribunais superiores. Entretanto, a principal demonstração dessa concepção de Judiciário como mera atividade e função fica comprovada pela Constituição de 1958, em cujo Título VIII (artigos 64 ao 66) consta a expressão “*autoridade judiciária*” e não “*poder judiciário*”.

Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari adverte que: “*fica evidente que na França perdura uma herança histórica que não é favorável à equiparação do Judiciário aos demais poderes do Estado nem à independência real dos juízes*”¹⁹³. Em razão dessa herança histórica, a França resistiu em reconhecer o Judiciário como um poder, sendo desfavorável a equipará-lo aos demais poderes ou mesmo a reconhecer-lhe independência real.

Nesse sentido, Heliana Maria de Azevedo Coutinho escreveu que:

“A ideia de um Poder Judiciário independente, composto por juízes que só deviam satisfação aos ditames da lei e às suas próprias consciências, chocava-se frontalmente com o poder absoluto que detinham os reis e senhores das terras. Essa doutrina, que na Europa só ganhou corpo em tempos mais recentes, encontrou terreno fértil para desenvolvimento nas colônias da América do Norte”¹⁹⁴.

Ocorre que a revisão constitucional de 23 de julho de 2008 anuncia uma mudança no sistema francês. Foi criada a “*Question Prioritaire de Constitutionnalité*” (QPC), por meio da qual o Conselho Constitucional poderá controlar a constitucionalidade da lei em vigor. O artigo 61.1 da Constituição, regulamentado pela Lei Orgânica 2009-1523, bem como em vigor desde 1º. de março de 2010, permite que qualquer pessoa que seja parte em um processo, judicial ou administrativo, questione a constitucionalidade de

¹⁹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Op. cit.**, p. 17.

¹⁹⁴ COUTINHO, Heliana Maria de Azevedo. **O juiz agente político**, p. 29-30.

um dispositivo legal, sob o argumento de que ele viola um direito garantido pela Constituição.

A QPC deverá ser suscitada no juízo originário, que remeterá o questionamento à Corte de Cassação ou ao Conselho de Estado; e estes, por sua vez, ao Conselho Constitucional, cujo prazo para decisão será de três meses. Nos termos do artigo 62 da Constituição francesa, será considerada revogada a disposição legal declarada inconstitucional pela decisão da QPC, cujos efeitos serão gerados a partir da sua publicação ou a partir da data ulterior nela fixada. O Conselho Constitucional também poderá determinar as condições e limites para revisão dos efeitos até então produzidos pela lei agora declarada inconstitucional. Não caberá recurso das decisões, que também serão impostas a todas as autoridades administrativas e jurisdicionais.

À primeira vista, a QPC exhibe uma feição de controle concreto de constitucionalidade, porque o órgão julgador decidirá a questão da conformidade da lei à Constituição, a partir de um incidente judicial. Entretanto, uma leitura mais profunda do dispositivo revelará que a QPC também possui característica semelhante à do controle abstrato, porque os efeitos da decisão de inconstitucionalidade não são somente “*inter partes*”, mas sim têm reflexos “*erga omnes*”.

É interessante notar que o artigo 62 emprega a expressão “*abrogée*” ao se referir aos efeitos da decisão da QPC sobre o dispositivo legal questionado. Isso faz cogitar que a Constituição chega até mesmo a admitir a hipótese de uma “*revogação judicial*” da lei, já que, pela redação empregada, pode-se até mesmo sugerir que a decisão de inconstitucionalidade atingirá não somente a eficácia, mas também a vigência da lei.

Nesse sentido, a atual doutrina francesa, pelas vozes de Dominique Rousseau e de Julien Bonnet, reconhece que: “*No que diz respeito às decisões de não-conformidade, que afetam o sistema legal em profundidade, o constituinte [reformador] concedeu ao Conselho Constitucional o formidável poder para revogar a lei, além de ser capaz de modular os efeitos de suas decisões*”¹⁹⁵. E ainda que:

“A declaração de inconstitucionalidade do diploma na QPC tem um efeito ab-rogativo, e o Conselho Constitucional decide de forma independente se essa ab-rogação é imediata ou mediata. [...] Teoricamente, o fato de o constituinte [reformador] permitir a um juiz ab-rogar a lei é tudo menos uma questão técnica! O constituinte não tomou outro caminho, senão demonstrar mais uma vez que a idéia da soberania da lei foi ultrapassada e que a submissão do juiz ao legislador era uma imagem anacrônica”¹⁹⁶.

¹⁹⁵ ROUSSEAU, Dominique; BONNET, Julien. **L’essentiel de la QPC**, p. 62.

¹⁹⁶ Ibidem, mesma página.

Assim, admitida a hipótese da revogação judicial, a QPC representa uma inovação maior ainda, porque, além de prever um controle posterior e judicial de constitucionalidade, também dota a decisão judicial de um caráter legiferante.

A primeira decisão em sede de QPC foi proferida pelo Conselho Constitucional em 28 de maio de 2010, sendo que até 27 de julho de 2012 registram-se 231 decisões. Portanto, essa recente reforma constitucional tem o mérito de contraditar aquele abstencionismo judicial clássico de juiz como “*boca da lei*”, bem como favorece a concepção do Judiciário como poder e expressão da soberania, capaz de fiscalizar os outros poderes de Estado.

Com efeito, após uma leitura das matrizes judiciárias inglesa e francesa é possível identificar a semelhança que existe entre elas na concepção de Judiciário, em sua origem, sempre como uma função dependente. No caso inglês, o Judiciário nasce vinculado ao rei e depois ao Parlamento; e, no caso francês, nasce como ministério privado, também vinculado à realeza e à nobreza. Entretanto, essa leitura também traz boas notícias, porque revela uma tendência a conceber agora o Judiciário como um poder independente, capaz até mesmo de controlar os outros poderes. Isso se comprova pelas recentes reformas constitucionais na Inglaterra e pela inovação na França em adotar o controle posterior de constitucionalidade, por meio da QPC, a possibilitar até mesmo uma revogação judicial da lei.

Nos **Estados Unidos da América**, assim como na França do século XVIII, afastou-se a idéia de magistratura como privilégio. Isso porque, bem ao espírito republicano, a *Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia*, em 1776, previa, em seu parágrafo 4º., que o cargo de juiz não seria hereditário.

Alexander Hamilton, no artigo 78 de “*O Federalista*”, observou que o processo de nomeação dos juízes deveria ser igual ao observado para os servidores públicos dos Estados Unidos da América¹⁹⁷. Como decorrência da República, essa postura revela que a magistratura norte-americana nasce pública, num nítido afastamento da concepção de magistratura como atividade privada, típica do Antigo Regime francês.

Ocorre que, nos Estados Unidos da América, houve uma inovação. Isso porque, ao contrário da matriz inglesa e da matriz francesa, a matriz constitucional norte-americana já em seus primeiros tempos concebia o Judiciário como um poder, atribuindo-

¹⁹⁷ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O federalista**, p. 469.

lhe um importante papel político no equilíbrio entre os poderes de Estado, por meio do controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari revela que a matriz estadunidense: *“reservou ao Judiciário uma função, precipuamente, de controle, mas sem se afastar totalmente dos padrões ingleses, ao mesmo tempo em que se procurava assegurar o caráter democrático das instituições, inclusive da magistratura”*¹⁹⁸.

O artigo III da Constituição de 1787 previa que a Suprema Corte e os tribunais inferiores seriam investidos do Poder Judiciário. A Constituição previu também que a jurisdição seria ampla, principalmente após a Emenda XI introduzida em 7 de fevereiro de 1795, a determinar expressamente que a apreciação judicial seria estendida a todos os conflitos surgidos sob a Constituição, leis e tratados de que os Estados Unidos da América fossem signatários.

O controle de constitucionalidade já era discutido nos Estados Unidos da América desde os primeiros momentos da República, visto que fazia parte até mesmo da temática de *“O Federalista”*. Alexandre Hamilton defendeu a constitucionalidade das decisões do Poder Judiciário, reconhecendo que: *“sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não àquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas leis ordinárias”*¹⁹⁹. E ainda que:

“A firmeza da magistratura judicial é de grande importância para mitigar a severidade e restringir a amplitude de certas leis, servindo não apenas para moderar os malefícios imediatos daquelas que já tenham sido sancionadas, mas também atuando como um freio relativamente às que se encontram ainda em fase de discussão”²⁰⁰.

Apesar disso, Hamilton advertia que as cortes não poderiam simplesmente substituir *“julgamento”* por *“vontade”*, sob pretexto de não gostarem de determinada lei.

Com efeito, foi somente em 1803, que os Estados Unidos da América consagraram a superioridade da Constituição e posicionaram o Judiciário como um poder habilitado ao controle da constitucionalidade. O marco desse entendimento foi a decisão proferida pelo Juiz Marshall no caso *“Marbury ‘vs.’ Madison”*.

Dalmo de Abreu Dallari explica que essa famosa decisão foi muito importante para reconhecimento da independência da magistratura, bem como para

¹⁹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Op. cit.**, p. 17.

¹⁹⁹ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **Op. cit.**, p. 472.

²⁰⁰ Ibidem, p. 474.

consagração do Judiciário como manifestação do poder do Estado. O autor bem contextualiza o episódio da seguinte maneira:

“Em 1801 o Congresso aprovou uma lei sobre a magistratura, o ‘*Judiciary Act*’, o qual, entre outras coisas, afirmava que os juízes eram irremovíveis. Isso mereceu forte contestação de Jefferson, para quem tal norma representava um ‘*fraudulento uso da Constituição*’, sobretudo por afetar a prerrogativa presidencial de indicar juízes federais. Foi, exatamente, alegando a defesa dessa prerrogativa que seu governo recusou a confirmar algumas indicações, feitas por seu antecessor momentos antes de deixar o cargo. Um dos efeitos dessa recusa foi o famoso caso conhecido como *Marbury ‘vs.’ Madison*, que deu margem à importantíssima decisão da Suprema Corte em 1803”²⁰¹.

Assim, a decisão do Juiz Marshall, além de afirmar o Judiciário como poder, também estabeleceu a competência da Suprema Corte para controlar a constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo.

Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari escreveu que: “*A consolidação dessa diretriz, liderada por Marshall, foi fundamental para assegurar um papel ativo à magistratura, o que tem sido extremamente benéfico para a proteção e promoção dos direitos fundamentais dos indivíduos nos Estados Unidos*”²⁰².

O controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário é hoje reconhecido como um dos fundamentos do constitucionalismo dos Estados Unidos da América. A importância da Suprema Corte fica certificada pelo seu papel até mesmo em dizer o que é o Direito Constitucional norte-americano, interpretando e aplicando a Constituição escrita. Isso permite afirmar até mesmo que “*a Constituição dos Estados Unidos são os sete artigos iniciais, mais as vinte e seis emendas, e mais toda a rica jurisprudência constitucional da Suprema Corte*”²⁰³.

Por tudo isso, segundo a matriz estadunidense, o **Judiciário é visto como Poder independente** dos demais e igual a eles; bem assim, como consequência da supremacia da Constituição, o Judiciário é **capaz de controlar a constitucionalidade das leis e dos atos do Executivo**.

Portanto, em resposta às duas questões formuladas no início deste tópico, é possível dizer que a tendência nas três matrizes do pensamento constitucional é mesmo pelo reconhecimento do Judiciário como poder independente, capaz sim de controlar os atos dos demais poderes. No caso norte-americano, o Judiciário já nasceu como poder independente e, hoje, tem forte tradição no controle de constitucionalidade. Da mesma

²⁰¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**, p. 19.

²⁰² Ibidem, p. 18.

²⁰³ Idem. **A Constituição na vida dos povos**, p. 331.

maneira, tanto Inglaterra quanto França, países famosos por terem juízes historicamente desprestigiados frente ao Executivo e ao Legislativo, transformam-se, agora, no mundo contemporâneo, em exemplos de valorização do Judiciário como poder independente, capaz de controlar os demais poderes.

2.2. Jurisdição constitucional como garantia “jurídica” aos direitos

A concepção de Judiciário como um poder independente, capaz de fiscalizar a conformidade à Constituição dos atos praticados pelos outros poderes, ressalta a importância da jurisdição como garantia dos direitos. A Constituição, entendida especialmente no seu sentido jurídico, requererá então a vigilância constante do Poder Judiciário, a fim de que as normas constitucionais produzam plenamente seus efeitos na vida prática dos cidadãos.

Diante dessa afirmação, duas questões ocorrem: a jurisdição constitucional pode ser entendida como uma garantia “jurídica” dos direitos? Em outras palavras, já que a Constituição conjuga aspectos sociológicos, políticos e jurídicos; será possível mesmo dizer que uma garantia “jurídica” proporcionada pelo Judiciário será melhor que uma garantia “política” feita pelo Executivo?

Vimos que a **Inglaterra**, com juízes tradicionalmente ligados ao rei e ao Parlamento, até recentemente não conheceu do controle judicial de constitucionalidade. Isso porque, ao contrário dos norte-americanos, os ingleses não consagravam, originalmente e de forma expressa, o princípio da supremacia da Constituição. A garantia de direitos ficava então muito mais ligada à respeitabilidade das instituições e à força da tradição. Essa garantia tradicional, ou sociológica, decorria em especial da primazia do Parlamento como fonte do poder capaz de fazer valer a liberdade frente às possíveis violações.

Nesse sentido, Charles Howard McIlwain, na obra “*Constitutionalism: ancient and modern*”, editada em 1947, ressalta, a partir do contexto histórico de declarações como a “*Carta Magna*” de 1215 e o “*Bill of Rights*” de 1689, a importância das instituições inglesas na garantia dos direitos e, mesmo, no controle material de constitucionalidade:

“A reversão, feita pelos representantes do povo inglês no Parlamento, das doutrinas constitucionais contidas nos julgamentos dos tribunais ingleses, [reforçou] os direitos dos súditos, mediante a adoção, pela primeira vez, de um controle jurídico e político sobre o governo, suficiente para

proteger esses direitos contra a intromissão do rei. Se [...] as decisões anteriores dos tribunais eram sólidas, a imposição desse novo controle sobre o antigo *'potestas absoluta'* envolveu nada menos que uma revolução nas ideias e nas instituições políticas da Inglaterra”²⁰⁴.

Assim, McIlwain chega a reconhecer uma “*grande ruptura com as ideias medievais de direito e de governo*”, feita a partir da “*doutrina constitucional da onipotência do Parlamento*”, bem como da “*moderna teoria da supremacia do Legislativo*”²⁰⁵. Por essas razões, o Parlamento, especialmente após a Revolução Gloriosa de 1688, incumbiu-se da garantia de direitos em face às arbitrariedades do rei.

Em termos formais, como atividade típica do Parlamento, o processo legislativo ordinário confundia-se em muito com o processo constituinte. Exemplos que comprovam essa afirmação são as declarações de direitos feitas pelo Parlamento e que, muito embora exibam conteúdo materialmente constitucional, podem ser adotadas pelo mesmo órgão sem que exista um procedimento mais solene do que aquele adotado para edição de leis. Esse fato leva a crer que, entre os ingleses, muito mais importante que a supremacia da Constituição escrita foi a primazia do Parlamento, a quem se conferiu um controle que pode ser chamado controle material de constitucionalidade.

Uma consequência negativa da primazia do Parlamento é que, se, por um lado, ele refreará o arbítrio do rei, por outro lado, o seus atos não poderão ser sindicados pelos juízes. Esse afastamento da jurisdição é resultado da “*Rule of Law*”, que compreende o Legislativo como expressão da vontade popular. Da mesma maneira, como os juízes estão vinculados ao governo, eles não terão a independência necessária para fiscalizar os atos do Parlamento e quem dirá do rei. Assim, nesse controle parlamentar, que não se submete à jurisdição, subsistirá o famoso paradoxo do poeta romano Juvenal: “*Quem controla o controlador?*”, “*Quis custodiet ipsos custodes?*”.

Por certo, um controle feito pelo Parlamento dependerá, em muito, da higidez institucional. Até porque o padrão objetivo de justo será aferido a partir da cultura e não de uma Constituição escrita, que é sempre a melhor e mais segura fonte para certeza dos direitos, especialmente em países desprovidos de uma tradição tão sólida quanto à inglesa.

De qualquer forma, por razões típicas da Constituição costumeira e de um Judiciário vinculado ao rei e ao Parlamento, a característica marcante no Direito inglês foi, por séculos, a inexistência do controle judicial de constitucionalidade. Entretanto, a

²⁰⁴ McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: ancient and modern**, p. 123.

²⁰⁵ Ibidem, p. 145.

finalidade assecuratória, que esse controle desempenharia, era suprida pela garantia institucional proveniente do Parlamento. Por essa razão, é possível dizer que houve, entre os ingleses, um **controle sociológico de constitucionalidade**.

Ocorre que a história inglesa mais recente anuncia aquela nova revolução. Uma revolução representada agora pela valorização do Judiciário como garantidor dos direitos. Se, no passado, o absolutismo foi combatido por meio da primazia do Parlamento; no presente, a criação da Suprema Corte, assim como a possibilidade da “*declaração de incompatibilidade*” a ser feita por juízes, revelam uma transição que, no futuro próximo, culminará com a adoção e a ampliação do controle judicial de constitucionalidade.

Na **França**, ao contrário da Inglaterra, a Constituição foi escrita. Entretanto, entre os franceses, também a característica do abstencionismo judicial repercutiu no controle de constitucionalidade. Como já foi dito, os franceses não admitiam o controle judicial posterior e repressivo, por entenderem, bem inspirados naquele artigo 6º. da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, que a palavra do legislador, como expressão da vontade política, jamais poderia ser revista por juízes.

Nesse sentido, Louis Favoreu, ao falar da jurisdição constitucional na França, na obra cujo título na edição brasileira é “*As cortes constitucionais*”, afirma que: “*Em princípio, a constitucionalidade das leis não pode ser posta em dúvida depois de promulgadas, nem perante o Conselho Constitucional, nem perante as jurisdições administrativas ou judiciárias*”²⁰⁶.

De fato, a primeira Constituição francesa, de 1791, reconhecia muitos limites aos juízes e tribunais, bem ao espírito do juiz “*boca da lei*”. No artigo 3º., por exemplo, dispunha que: “*os tribunais não podem intrometer-se no exercício do poder legislativo ou suspender a execução das leis, nem intervir nas funções administrativas ou chamar para comparecer em juízo os administradores por razões (inerentes) às suas funções*”.

O resultado foi o abstencionismo judicial, especialmente quanto à fiscalização pelo Judiciário dos atos do Executivo ou mesmo quanto ao controle de constitucionalidade sobre a lei, produto do Poder Legislativo. Em outras palavras isso significa dizer que a França não admitia que o Judiciário examinasse a constitucionalidade de uma lei; que, segundo essa concepção, corresponderia necessariamente à vontade política, porque elaborada pelo Poder Legislativo, legítimo representante do povo. Isso

²⁰⁶ FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**, p. 99.

ainda significa, pelas mesmas razões, que, também em relação aos atos e omissões do Poder Executivo, não havia interferência do Judiciário.

O abstencionismo judicial, revelado pela impossibilidade do controle de constitucionalidade deve-se bastante ao privatismo dos séculos XVIII e XIX, que concebia a Constituição como “*política*”, mas não como lei; e que chegava ao absurdo de considerar que o Código Civil era mais importante que a Constituição.

No livro “*O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*”, Mauro Cappelletti atribui a opção pelo controle político às razões históricas especialmente ligadas a aquele antigo temor que a burguesia tinha dos juízes, em função da

“permanente lembrança das graves interferências que, anteriormente à Revolução Francesa, os juízes franceses muito frequentemente perpetravam na esfera dos outros poderes, com consequências que [...] tinham [...] o sabor do arbítrio ou do abuso”²⁰⁷.

Cappelletti anota também que, por essas razões:

“todas as vezes em que, nas Constituições francesas, se quis inserir um controle da conformidade substancial das leis ordinárias em relação à norma constitucional, este controle foi confiado, de fato, a um órgão de natureza, decididamente, não judiciária”²⁰⁸.

Portanto, na França, como fruto da Constituição política e do abstencionismo judicial, houve a opção pelo **controle político de constitucionalidade**, em função do temor que se tinha dos juízes antes da Revolução Francesa e, sobretudo, pela convicção de que a vontade política não seria expressa pelas sentenças, mas sim pelas leis e pelos atos administrativos.

Alguns frutos dessa antiga filosofia ainda subsistiram no constitucionalismo francês da atualidade. Isso porque, até bem pouco tempo, permitia-se, no máximo, um controle judicial prévio; caracterizado como uma espécie de consulta, antes que o legislador tivesse dado sua palavra final.

O artigo 41 da Constituição francesa atual, de 4 de outubro de 1958, estabelece que, no curso do processo legislativo, caso uma proposta ou emenda não pertença ao domínio da lei ou constitua decreto contrário à delegação do Legislativo ao Executivo; bem como se houver desacordo entre o Governo e o presidente de qualquer das Casas legislativas; o Conselho Constitucional pronunciará seu julgamento resolvendo a questão de constitucionalidade. Da mesma maneira, no artigo 61, verifica-se que as leis, antes da sua promulgação, e os regulamentos das Assembleias parlamentares, antes da sua

²⁰⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**, p. 96.

²⁰⁸ Ibidem, p. 94-95.

aplicação, submetem-se ao Conselho Constitucional, que se pronuncia previamente acerca da constitucionalidade. É importante grifar que, nesses dois casos, o Conselho Constitucional verifica a constitucionalidade sempre antes da vigência da lei, o que caracteriza um controle prévio, ou seja, ainda durante o processo legislativo. Portanto, a realidade francesa demonstra que ainda existe certa rejeição ao controle posterior feito pelo Judiciário, a quem se reserva tão-só o controle prévio.

No espírito da Constituição política, o controle prévio também tem seu caráter político; visto que não serve apenas para verificar a constitucionalidade da futura lei; mas, além disso, serve também como pacificador da vida política francesa. Trata-se, por assim dizer, de um instrumento contramajoritário por meio do qual uma oposição minoritária garantirá a constitucionalidade das decisões da maioria vencedora no debate parlamentar. Soma-se a essa característica o fato de que o Conselho Constitucional não é composto apenas por juízes nomeados, mas também por ex-Presidentes da República; o que ressalta seu papel político, a par do caráter jurisdicional.

Nesse sentido, Louis Favoreu reconhece categoricamente a influência do Conselho Constitucional sobre a ordem política francesa:

“O controle exercido pelo Conselho Constitucional contribuiu, de maneira decisiva, para pacificar a vida política. Isto aconteceu em diversas ocasiões. A paixão sempre diminuía depois que a decisão do Conselho Constitucional era proferida. Se o controle das leis preenche essa função é porque a oposição tem à sua disposição um meio de assegurar que a maioria não ultrapasse os limites fixados pela Constituição”²⁰⁹.

Louis Favoreu prossegue dizendo que:

“De fato, diretamente por meio de suas decisões, ou mesmo indiretamente, através da autolimitação da maioria pelo temor de ser censurada, o juiz constitucional assegurou a regulação do processo de mudança, canalizando as reformas, isto é, indicando quais vias estavam fechadas para elas por não dispor de um consenso suficiente”²¹⁰.

Por essas razões, o controle de constitucionalidade francês foi historicamente reconhecido como um controle político. Ocorre que, seguindo a tendência mundial de valorização da jurisdição, também a França observa certa atualização, em virtude por exemplo da QPC, que prenuncia a afirmação de um controle judicial de constitucionalidade.

Já nos **Estados Unidos da América**, ao contrário da Inglaterra e da França, o controle de constitucionalidade nasce jurídico. Ou seja, o Judiciário é visto como Poder

²⁰⁹ FAVOREU, Louis. **Op. cit.**, p. 102.

²¹⁰ Ibidem, p. 102.

independente, capaz de fiscalizar as leis e os atos do Executivo. Portanto, o **controle judicial de constitucionalidade** é admitido, logo cedo, como base do sistema jurídico norte-americano.

É curioso o fato de que o controle judicial de constitucionalidade adotado pelos norte-americanos encontrou fundamentos no Direito inglês. Na Inglaterra de 1610, o Lorde Edward Coke afirmou, no caso Bonham, que “*quando um ato do Parlamento é contrário ao direito e à razão comuns, a ‘common law’ o controlará e o julgará nulo*”. Edward Coke reconhecia, portanto, já no século XVII, que a melhor garantia aos direitos seria realizada por juízes, e não pelo rei nem mesmo pelo Parlamento. Nos dizeres de Mauro Cappelletti:

“Sobre a base desta tradição fundou[-se], exatamente, a doutrina de Edward Coke sobre a autoridade do juiz como árbitro entre o Rei e a nação, doutrina por ele precisada especialmente na ocasião de sua luta contra James I Stuart. Contra o Rei, que afirmava ser dotado de inteligência como os juízes, seus delegados, e pretendia, conseqüentemente, poder exercer pessoalmente o poder judiciário, Coke respondia que tão-só os juízes podiam exercer aquele poder”²¹¹.

Cappelletti também conclui que a semente lançada por Coke na Inglaterra acabou por encontrar seu solo fértil nos Estados Unidos, onde germinou, cresceu e frutificou:

“um dos fatores que diretamente favoreceram o nascimento e o desenvolvimento do sistema norte-americano da ‘judicial review’ e, portanto, daquilo que foi chamado a ‘supremacia do poder judiciário’ ou, também, o ‘governo dos juízes’, [foi] exatamente o radicalmente oposto sistema inglês da absoluta ‘supremacia do Parlamento’ em relação aos outros poderes (e, por conseguinte, também relativamente ao poder judiciário): paradoxalmente, a ‘supremacia do Parlamento’ na Inglaterra favoreceu, pois, o nascimento da denominada ‘supremacia dos juízes’ nos Estados Unidos da América!”²¹².

A voz do Lorde Coke, não tendo prevalecido expressamente entre os ingleses até pelo menos o advento do “*Human Rights Act*” em 1998, ecoou fortemente entre os norte-americanos já nos primeiros tempos da República. De fato, a principal característica do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América é a ampla possibilidade de revisão feita pelo Poder Judiciário, cujo prestígio foi muito bem reconhecido:

“O sistema constitucional norte-americano apresenta como característica mais marcante a absoluta supremacia constitucional e seu mecanismo de efetivação jurisdicional (‘judicial review’), permitindo-se ao Poder Judiciário e, em especial, à Suprema Corte, a partir da célebre construção do

²¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Op. cit.**, p. 58.

²¹² Ibidem, p. 57-58.

‘*Chief Justice Marshall*’ (‘*Marbury v. Madison*’ – 1803), mediante casos concretos que lhe são postos a julgamento, interpretar a Constituição Federal, para com ela adequar e compatibilizar as leis e atos normativos dos editados pelos demais Poderes de Estado”²¹³.

Da mesma maneira, também a comparação entre o controle norte-americano e o controle francês revela uma característica muito marcante dos Estados Unidos. Enquanto que, na Europa, o modelo de controle de constitucionalidade prevê hoje a concentração em um único órgão que recebe o nome de Corte, Tribunal ou Conselho Constitucional; nos Estados Unidos, ao contrário da Europa, o poder de controle já cedo foi distribuído entre todos os juízes do país. Ao falar do modelo europeu, Louis Favoreu escreve que:

“O contencioso constitucional, que distinguimos do contencioso ordinário, é da competência exclusiva de um Tribunal especialmente constituído para esse fim e que pode estabelecer preceitos, sem que possamos falar propriamente de litígios, por meio da provocação desse Tribunal pelas autoridades políticas ou jurisdicionais e até mesmo por particulares, com decisões que têm efeito absoluto de coisa julgada”²¹⁴.

Assim, no modelo americano, ao contrário do europeu, qualquer juiz ou tribunal, além da Suprema Corte, pode, de forma difusa, julgar, no caso concreto, uma questão de constitucionalidade. Nesse ponto, Louis Favoreu lembra que:

“No sistema estadunidense, a justiça constitucional é confiada ao conjunto do aparelho jurisdicional e não se distingue da justiça ordinária, na medida em que os litígios, de qualquer natureza, são julgados pelos mesmos tribunais e nas mesmas condições. A dimensão constitucional pode estar presente em todos os litígios e não necessita de tratamento especial: não há propriamente contencioso constitucional, assim como não existe contencioso administrativo ou judicial, não há, pois, nenhuma razão para distinguir as questões levadas perante o mesmo juiz”²¹⁵.

Nesse mesmo sentido, ao comparar os controles norte-americano e francês, Mauro Cappelletti sintetiza:

“Revela-se aqui, então, uma profunda, nítida contraposição entre a concepção francesa e a norte-americana: uma contraposição que, limpidamente, se reflete, exatamente ainda hoje, de um lado, no sistema francês do controle não judicial, mas meramente político (e preventivo), de constitucionalidade das leis e, de outro lado, no oposto sistema americano de controle judicial e difuso, ou seja, no sistema da ‘*judicial review*’”²¹⁶.

Ao adotarem o controle difuso de constitucionalidade, os Estados Unidos da América prestigiaram o Judiciário como um poder independente, expressão da soberania una do Estado, em igualdade de condições com o Legislativo e o Executivo. Dotaram o

²¹³ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**, p. 314.

²¹⁴ FAVOREU, Louis. **Op. cit.**, p. 17-18.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 17.

²¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Op. cit.**, p. 99.

Judiciário até mesmo da capacidade para verificar se os outros poderes estão agindo de acordo com a Constituição do país. Não é diferente o entendimento obtido a partir da leitura do artigo III, seção II, da Constituição de 1787, que assegura a ampla jurisdição: “*A competência do poder judiciário se estenderá a todos os casos, de direito e de equidade, surgidos sob esta Constituição, sob as leis dos Estados Unidos e os tratados celebrados ou que se celebrem sob sua autoridade*”. Edward Corwin, em seus comentários, reafirma essa concepção de Judiciário, ao escrever que:

“‘*O poder judiciário*’ é o poder de decidir ‘*casos*’ e ‘*causas*’, de acordo com a lei e os métodos estabelecidos pelo costume e pelos princípios de direito. Como os poderes ‘*legislativo*’ e ‘*executivo*’, sob a Constituição, o ‘*poder judiciário*’ também implica certos atributos incidentais ou ‘*inerentes*’. Um deles é a faculdade de interpretar o direito em vigor, seja a Constituição, as leis do Congresso ou os precedentes judiciais, com uma autoridade que obriga, constitucionalmente, ambos os ramos do governo”²¹⁷.

O pioneirismo norte-americano em conceber a Constituição como norma jurídica, bem como em reconhecer sua supremacia, é a causa principal para a adoção do amplo controle judicial de constitucionalidade. E essa relação de causa e consequência é muito bem justificada pela ideia de que, para que a Constituição seja de fato suprema, não basta a mera enunciação de direitos. Mais que isso, deve haver, também, mecanismos jurídicos e tribunais suficientemente sólidos a fim de que, além de enunciação formal, exista de fato garantia material.

É preciso anotar que a jurisdição constitucional recebeu contribuições de outros países além da Inglaterra, França e Estados Unidos. O próprio Hans Kelsen, então professor na Universidade de Viena, foi um dos inspiradores da mais antiga Corte Constitucional europeia, a austríaca; criada em 1920. Kelsen, entre 1921 e 1929, como seu primeiro relator, compôs a Corte; que, como consequência do golpe de 1933, permaneceu fechada até 1945. Também no modelo europeu, além da Áustria, destacam-se as Cortes e Tribunais Constitucionais da Alemanha, Itália, Espanha, Portugal e Bélgica. O fato é que o fortalecimento da jurisdição constitucional é um fenômeno em expansão. Basta verificar a atuação, sempre crescente, das Cortes e Tribunais Constitucionais na Europa Centro-Oriental, bem como na Ásia, África e América Latina. Todas essas contribuições confirmam a importância do Poder Judiciário para garantia de direitos, bem como para construção de sociedades humanistas e democráticas.

²¹⁷ CORWIN, Edward S. **A Constituição norte-americana e seu significado atual**, p. 162-163.

Portanto, como dedução daquela complexidade do fenômeno constitucional, bem como a partir dos exemplos da Inglaterra, França e Estados Unidos, pelas características predominantes no modelo que cada um deles adota, é possível ilustrar três sentidos para o controle de constitucionalidade: sociológico, político e jurídico.

A matriz inglesa revela um controle feito pelo Parlamento, do que se pode deduzir a existência do controle sociológico de constitucionalidade, baseado na tradição e na força das instituições. Esse controle leva em conta muito mais a constitucionalidade material que a formal, até porque a Constituição inglesa, como já se enfatizou, não é escrita, mas costumeira. Além disso, a tese que considera o Parlamento como representante do povo também autoriza a dizer que, nos países em que o controle seja feito pelo órgão representativo, haverá, por conseguinte, o controle feito pelo povo ou, em outras palavras, pela sociedade, muito embora indiretamente.

Por sua vez, a matriz francesa, essa sim provida de uma Constituição escrita, adota um controle político de constitucionalidade. Isso porque valoriza o Legislativo e o Executivo, mas reconhece o papel político da jurisdição constitucional, até como apaziguadora da vida política. O controle francês também simboliza a característica de concentração presente no controle de constitucionalidade europeu.

E, por fim, a matriz norte-americana, em que a Constituição já cedo foi concebida como norma jurídica superior, pratica um controle jurídico de constitucionalidade. Em lugar de existir a supremacia do Parlamento, tão presente entre os ingleses; os norte-americanos cultivaram uma verdadeira supremacia do Judiciário, reconhecendo-o como poder independente. Da mesma maneira, ao contrário de concentrarem o poder de controle num único órgão como fazem os europeus, os norte-americanos optaram por distribuir esse poder de controle entre todos os juízes; pelo que praticam um controle difuso de constitucionalidade.

O próprio entendimento de Constituição não autoriza a que se compreenda o fenômeno constitucional de forma compartimentalizada. Ou seja, a Constituição não será unicamente sociológica, nem unicamente política ou jurídica. Cada um desses aspectos será sim compreendido como determinante da Constituição, porém se incorporará simultaneamente ao conceito uno, que conceba uma Constituição, ao mesmo tempo, sociológica, política e jurídica. Cada um desses aspectos fornecerá o melhor de si para que se componha o conceito global, cujo parâmetro será sempre o máximo de garantia. O aspecto sociológico dotará a Constituição da realidade necessária para que seja efetiva. O aspecto político dotará a Constituição da legitimidade para que seja justa. E o aspecto

jurídico conferirá à Constituição a força para que não seja uma mera carta de boas intenções, mas sim uma norma jurídica cujo cumprimento é obrigatório.

Assim como a Constituição também o controle de constitucionalidade não será somente sociológico, nem somente político ou jurídico. Isso porque, como tem fins assecuratórios, deverá ser sempre compreendido na totalidade da sua função, em homenagem à complexidade do próprio fenômeno constitucional.

Portanto, com relação à primeira pergunta desse tópico, é preciso responder que sim: a jurisdição constitucional pode ser entendida como uma garantia “*jurídica*” dos direitos, na medida em que corresponde à função assecuratória de direitos. Até porque a finalidade assecuratória, típica das garantias jurídicas, está sempre presente no controle de constitucionalidade, muito embora esse controle possa exibir aspectos sociológicos, políticos e jurídicos.

A juridicidade da garantia deriva da própria ideia de Constituição jurídica que, sendo produto da conjugação dos aspectos sociológicos, políticos e jurídicos, será sempre obrigatória. E essa obrigatoriedade será assegurada por meio dos mecanismos jurídicos e dos tribunais suficientemente sólidos; que permitam aos direitos tornarem-se, mais que meras enunciações formais, direitos realmente exigíveis e praticáveis.

Nesse sentido, Mauro Cappelletti afirma que “*todas estas manifestações da ‘justiça constitucional’ podem, de certo, reduzir-se a unidade, pelo menos, sob o seu aspecto funcional: a função da tutela e atuação judicial dos preceitos da suprema lei constitucional*”²¹⁸.

Por tudo isso é possível dizer que a garantia de direitos é mesmo o principal objetivo da jurisdição. Daí a oportunidade da segunda pergunta desse tópico: garantia predominantemente “*jurídica*” será melhor que garantia meramente “*política*”? Por tudo o que se disse até agora, a resposta adequada será sim, ou seja, a jurisdição, como atividade, função e poder dos juízes e tribunais, dotará os direitos de efetividade.

A simples declaração de direito não basta. Também é necessário fornecer meios para que esses direitos sejam realizados; ou seja, nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari:

“Não basta afirmar, formalmente, a existência dos direitos, sem que as pessoas possam gozar desses direitos na prática. A par disso, é indispensável também a existência de instrumentos de garantia,

²¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Op. cit.**, p. 25.

para que os direitos não possam ser ofendidos ou anulados por ações arbitrárias de quem detiver o poder econômico, político ou militar”²¹⁹.

Para a garantia aos direitos, Dalmo de Abreu Dallari reconhece a importância das instituições, ao dizer que: *“é importante que a própria pessoa queira participar da defesa de seus direitos, mas, a par disso, é indispensável a conjugação de uma série de elementos, de pessoas e instituições sociais para que a defesa seja eficiente”*²²⁰.

Afirma que todos os Poderes são responsáveis pela garantia dos direitos:

“Para se ter um sistema eficiente de proteção dos direitos é preciso contar com a colaboração do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. Ao Poder Legislativo cabe fazer e aprovar as leis necessárias para a proteção dos direitos [...]. O Poder Executivo tem a obrigação de manter repartições e funcionários encarregados de proteger as pessoas e seus direitos. [...] O Poder Judiciário tem, igualmente, uma responsabilidade muito grande. Se alguém tiver um direito desrespeitado pode pedir proteção aos juízes e tribunais, seja quem for o culpado pelo desrespeito. Assim, também, quando existir dúvida sobre algum direito, se ele existe ou não, ou a quem ele pertence, é o Poder Judiciário que deve desfazer a dúvida”²²¹.

Ressalta, sobretudo, a necessidade do Judiciário independente:

“Para cumprir bem sua tarefa, os juízes devem ter sempre a preocupação de agir com justiça, decidindo sem medo, com serenidade e independência. [...] Quando o Poder Judiciário pode agir com independência e é respeitado pelo povo e pelas autoridades, é mais raro que ocorram ofensas aos direitos. E quando elas ocorrerem será mais fácil conseguir a proteção e a devolução dos direitos ofendidos ou a punição justa do ofensor”²²².

E conclui que: *“A proteção dos direitos é indispensável para que as pessoas, sentindo-se em segurança e respeitando-se reciprocamente, possam viver em paz”*²²³; até porque Justiça é o novo nome da paz. Paz com Justiça social é, portanto, o grande objetivo da jurisdição.

2.3. Poder Judiciário no modelo social de Estado

A passagem do Estado liberal para o Estado social de direito representou uma evolução do papel desempenhado pelos governos na vida concreta dos cidadãos, cujos direitos passaram a ser protegidos não só pela abstenção estatal, mas agora também pela intervenção realizada por meio de ações governamentais. Cabe, então, perguntar se essa

²¹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**, p. 96.

²²⁰ Ibidem, p. 97-98.

²²¹ Ibidem, p. 98.

²²² Ibidem, p. 98-99.

²²³ Ibidem, p. 99.

evolução, além de atingir as funções de governo, atingiu também a função de garantia, qual seja a jurisdição. Em outras palavras, pergunta-se: a passagem do Estado liberal para o Estado social representou alguma evolução na forma como o Judiciário deve resolver os conflitos?

Como se disse, o grande objetivo da jurisdição é promover a paz por meio da Justiça social. O processo não é um fim em si mesmo, mas sim um meio cujo propósito é garantir acesso à “*ordem jurídica justa*”²²⁴. Trata-se de um instrumento para solução de conflitos de interesses, por meio do qual o Estado exerce a jurisdição; instrumento técnico de composição da lide e ético de participação.

Disso decorre que a jurisdição, exercida por meio do processo, terá três objetivos (ou escopos), quais sejam: jurídico, social e político. O escopo jurídico consiste na atuação da vontade concreta do direito, solucionando o caso concreto apresentado pelas partes. O escopo social, por sua vez, consiste no que poderíamos chamar “*magistério*” jurídico, a significar educação para respeito e exercício dos direitos. Atingido o escopo social a sociedade passaria a compreender e respeitar espontaneamente os direitos, havendo assim pacificação com Justiça. Por fim, o escopo político consiste na participação política do cidadão e na preservação da autoridade do ordenamento jurídico.

A jurisdição é necessária para efetividade dos direitos declarados pela Constituição. É justamente aí que reside a diferença conceitual entre “*direito*” e “*garantia*”. De nada adianta declarar direitos e não forem oferecidas as garantias necessárias para que esses direitos sejam assegurados. Direito sem garantia é o mesmo que direito inexistente; assim como garantia sem jurisdição será o mesmo que garantia inexistente. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari ensina que:

“A simples declaração da existência dos direitos é insuficiente. Para que esses direitos tenham significação prática é preciso que as pessoas possam exercê-los. Em sentido mais amplo é necessário que as condições políticas, econômicas e sociais garantam a todas as pessoas as mesmas possibilidades de ter e de usar os direitos. Para tanto é preciso que a sociedade seja organizada de maneira justa e que a Constituição e as leis reflitam o ideal de justiça do povo e sejam respeitadas por todos”²²⁵.

É famosa a peça teatral “*O Mercador de Veneza*”, escrita por William Shakespeare entre 1594 e 1597 e lembrada por Ariano Suassuna em nosso “*Auto da Compadecida*”. A peça conta a história de Bassânio que empresta do banqueiro Shylock três mil moedas pelo prazo de três meses, tendo como avalista o mercador Antônio.

²²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, p. 366.

²²⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que são direitos da pessoa**, p. 59.

Shylock consente em receber o pagamento sem juros, mas exige como garantia a própria vida de Antônio, já que faz constar do contrato que, caso o empréstimo não fosse pago no prazo, o banqueiro teria direito a extrair uma libra de carne do corpo do mercador. O empréstimo não é pago no prazo e Shylock vai aos tribunais de Veneza requerer o cumprimento do contrato. O banqueiro argumenta que os contratos devem ser cumpridos, “*pacta sunt servanda*”; e que, caso os tribunais recusassem o cumprimento, as leis de Veneza seriam fracas. Shylock não demonstra piedade, nem mesmo aceita receber seu dinheiro, insistindo em cobrar a libra de carne, porque assim estava escrito. Então, Veneza determina o cumprimento do contrato nos seus estritos termos. A sentença, uma vez proferida, deveria ser executada pelo banqueiro na exata medida, sob pena de que, caso agora desistisse do pedido inicial, quem perderia a vida e os bens seria ele. O juiz determina que Shylock extraia a libra de carne, mas só carne, sequer uma gota de sangue, porque sangue não estava no contrato. Na peça, portanto, os juízes de Veneza alcançaram os escopos da jurisdição. O escopo jurídico, porque preservaram a vida do mercador. O escopo social, porque ensinaram à sociedade que a vida não admite transação. E o escopo político, porque demonstraram que as leis de Veneza se fizeram cumprir de fato.

A peça presta-se muito bem para ilustrar os escopos da jurisdição no Estado social de Direito. Para que o escopo jurídico seja alcançado os direitos sociais deverão ser garantidos na prática. Para que o escopo social surta seus efeitos, a atuação do Poder Judiciário deve servir de pedagogia para os outros poderes, a fim de que tanto Legislativo quanto Executivo pratiquem a devida diligência em realizar os direitos sociais; movidos também pela expectativa de que, em se negando a fazê-lo, o Poder Judiciário interferirá. Por fim, a garantia dos direitos sociais pelo Poder Judiciário também cumprirá o escopo político da jurisdição; isso porque demonstrará que as leis do Estado são suficientemente fortes e eficazes para prover Justiça, conferindo credibilidade às instituições e à própria Constituição.

Nossa Constituição funda-se na dignidade humana, prevista como princípio fundamental no art. 1º, III; bem como no art. 3º, I, que estabelece como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Portanto, torna-se objetivo máximo da jurisdição fazer valer a Constituição, promovendo a Paz social; e Paz social com Justiça social, que significa acesso à ordem jurídica justa.

Sem que existam juízes independentes, não se pode esperar que os direitos sociais sejam espontaneamente respeitados. Primeiro, porque a atuação prática do Judiciário é condição necessária para a proteção concreta dos direitos sociais, que, nos

casos de ameaça ou violação, receberão a devida tutela jurisdicional. Segundo, porque a simples existência do Judiciário independente já impedirá que muitos direitos sejam violados, pelo mero temor de uma possível tutela jurisdicional. Assim, se por um lado, a inexistência do Judiciário independente não pode resultar no cumprimento espontâneo dos direitos sociais; por outro lado, a simples presença de um Judiciário assim independente aumenta em muito as chances do respeito espontâneo aos mesmos direitos. A jurisdição é uma boa espada. E as boas espadas, muitas vezes, sequer precisam ser desembainhadas para ganharem guerras.

Do ponto de vista jurisdicional, a evolução do Estado liberal para o Estado social ampliou o amparo dado aos conflitos, o que permitiu a tutela judicial não somente de conflitos individuais, mas agora também de conflitos de natureza social, como, por exemplo, aqueles surgidos da violação aos direitos sociais. Assim, essa passagem para o Estado social representou uma evolução do papel desempenhado pelo Poder Judiciário na garantia de direitos: *“os Juízes deixam de ser, como têm sido até agora, exclusivamente árbitros distantes e indiferentes de conflitos privados, ou de litígios entre indivíduos e o Estado”* para realizarem *“no seu campo de atividade, os grandes objetivos sócio-econômicos da organização constitucional”*²²⁶. Nesse sentido, Fábio Konder Comparato lembra que:

“No campo do direito público, a grande contribuição cultural da revolução industrial consistiu em difundir a ideia de que as mudanças sociais não são obra da natureza, mas resultados técnicos de uma ação programada. Os diferentes socialismos, por sua vez, aclimataram nos espíritos a convicção de que tais mudanças, além de tecnicamente possíveis, eram eticamente devidas, visando ao grande ideal de igualdade de todos os homens em todos os planos. Faltava, apenas, completar essa evolução com a transformação correspondente das instituições jurídicas”²²⁷.

Identificaram-se, portanto, novas funções judiciais; e o antigo abstencionismo judicial transformou-se em imperativo de intervenção, a fim de que não somente a liberdade individual fosse protegida, mas também para que seja promovida a igualdade material, por meio da garantia pelo Judiciário contra omissões do Executivo:

“se o Estado contemporâneo tem por finalidade última a transformação social, segue-se que a sociedade como um todo, ou os diferentes grupos por ela beneficiados, têm em conjunto um direito à aplicação dos programas de ação conducentes a esse resultado. E, se têm esse direito, devem ter também uma ação judicial que o assegure”²²⁸.

²²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais do Estado moderno. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, n.37, p. 202.

²²⁷ Ibidem, p. 190.

²²⁸ Ibidem, p. 190.

Os antigos ideais ingleses e franceses de abstenção judicial aproximam-se agora do ideal norte-americano de “*judicial review*”. No caso norte-americano, alguns precedentes judiciais que bem representam a postura ativa do Judiciário são “*Brown ‘vs.’ Board of Education*” (1954), “*Tennessee Valley Authority ‘vs.’ Hill*” (1978) e “*Jenkins ‘vs.’ Missouri*” (1995), exemplos de tutela judicial de políticas públicas.

Portanto, a principal evolução proporcionada pela passagem do Estado liberal para o Estado social, na forma como o Judiciário deve resolver conflitos, foi o abandono pelo Poder Judiciário daquela antiga postura de abstencionismo, bem como a assunção da postura intervencionista e atuante. Essa evolução permite, sobretudo, que o Poder Judiciário não mais ampare somente os direitos individuais, mas também os direitos sociais. Além dessa evolução que inaugura o intervencionismo judicial, outra grande mudança foi o reconhecimento do papel político dos juízes.

Dalmo de Abreu Dallari, no livro “*O que é participação política*”, editado pela primeira vez em 1983, ensina que “*todas as ações humanas que produzem algum efeito sobre os objetivos dos grupos sociais ou sobre as regras de convivência são de natureza política*”²²⁹. Afirma, também, que Política, com “P” maiúsculo, significa a “*busca comum do bem comum, a promoção da justiça, dos direitos, a denúncia da corrupção e da violação da dignidade humana*”²³⁰.

Vemos que “*produzir efeitos sobre os objetivos dos grupos sociais e sobre as regras de convivência*”, assim como “*promover o bem comum, a justiça e a dignidade humana*” são justamente os propósitos da atividade jurisdicional, que significa o acesso à ordem jurídica justa. Portanto, é possível dizer, com bastante tranquilidade, que a atividade dos juízes constitui, sim, uma atividade política:

“Os juízes exercem atividade política em dois sentidos: por serem integrantes do aparato de poder do Estado, que é uma sociedade política, e por aplicarem normas de direito, que são necessariamente políticas. Mas, antes de tudo, o juiz é cidadão e nessa condição exerce o direito de votar, o que não é desprezível quando se analisa o problema da politicidade de suas decisões judiciais”²³¹.

Existe, portanto, uma grande diferença entre a Política feita com propósitos jurídicos e a política feita com fins unicamente de conquista e manutenção do poder. A política com “p” minúsculo é aquela que, em nome da preservação do poder, da governabilidade ou mesmo do favorecimento aos interesses econômicos e particulares, nega força normativa à Constituição, assume uma postura neoliberal, como também deixa

²²⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que é participação política**, p. 81.

²³⁰ Ibidem, p. 91.

²³¹ Idem. **O Poder dos Juízes**, p. 87.

de legislar e de governar a favor dos direitos sociais. Por sua vez, a Política com “P” maiúsculo é aquela praticada sempre a favor da Constituição e da dignidade humana. É essa a Política que, no Estado social, o Poder Judiciário independente deve praticar. E o grande objetivo do papel político da jurisdição será transformar a política com “p” minúsculo em Política com “P” maiúsculo; de modo que todos os poderes atuem em benefício dos direitos sociais.

Normalmente, os juristas que negam normatividade à Constituição pretendem mesmo fazer uso do Direito com fins políticos. Importam e desenvolvem inúmeros argumentos e teses com a simples finalidade de mal fundamentarem a negativa aos direitos sociais. Fazem, portanto, uma política minúscula. O que se deseja dos juízes é o contrário. Deseja-se que não façam uso do Direito com fins políticos, mas sim que utilizem da Política com fins jurídicos. Trata-se de empregar a atividade jurisdicional com a finalidade de defender a Constituição e os direitos sociais; cujo significado, em alta instância, é mesmo promover o bem comum, que é a própria finalidade política do Estado.

Ao falar das novas funções do Judiciário no Estado Social, bem como ao defender juízes “*politizados*”, Andreas Krell escreve que:

“a Carta de 1988 inovou profundamente a função a ser cumprida por parte do Terceiro Poder dentro de um Estado Social, onde os parlamentos e governos de todos os três níveis federativos, em geral, não fazem o suficiente para criar as condições materiais adequadas para garantir a efetividade dos direitos sociais e os princípios da dignidade da pessoa humana e da erradicação da pobreza (artigos 1º, III, e 3º, III, CF)”²³².

Para Andreas Krell:

“exige-se um Judiciário ‘*intervencionista*’ que realmente ousa controlar a falta de qualidade das prestações dos serviços básicos e exigir a implementação de políticas sociais eficientes, não podendo as decisões da Administração Pública se distanciar da ‘*programaticidade principiológica*’ da constituição”²³³.

E conclui que:

“As sentenças obtidas podem constituir importantes veículos para canalizar em direção aos poderes políticos as necessidades da agenda pública através de uma ‘*semântica*’ dos direitos sociais, e não meramente através das atividades de ‘*lobby*’ ou demandas político-partidárias”²³⁴.

Por sua vez, Tércio Sampaio Ferraz Júnior escreve que esse novo “*sentido promocional prospectivo*”:

“altera a função do poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação [dos direitos sociais], não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei

²³² KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**, p. 93.

²³³ Ibidem, p. 97.

²³⁴ Ibidem, p. 94.

(responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza)”²³⁵.

Reconhece que:

“Altera-se, do mesmo modo, a posição do juiz, cuja neutralidade é afetada, ao ver-se ele posto diante de uma co-responsabilidade no sentido de uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa. Tal responsabilidade, que, pela clássica divisão dos poderes, cabia exclusivamente ao Legislativo e ao Executivo, passa a ser imputada também à Justiça”²³⁶.

E conclui que:

“o juiz é chamado a exercer uma função socioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade (*‘dura lex sed lex’*). [...] A responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do Estado Social”²³⁷.

A partir do Estado Social, ao se reconhecer o papel político dos juízes, automaticamente cai por terra o PRIMEIRO ARGUMENTO que ataca a garantia judicial dos direitos sociais: o argumento da separação entre Direito e Política. Segundo esse argumento, o Poder Judiciário estaria impedido de garantir os direitos sociais; porque, em assim procedendo, decidiria sobre Política e não sobre Direito. Esse argumento não há de prosperar, porque Direito e Política são indissociáveis e compõem o próprio conceito de Estado, cuja soberania se expressa também por meio da jurisdição.

Nesse sentido, Heliana Maria de Azevedo Coutinho, na obra “*O juiz agente político*”, escreve que:

“o papel desempenhado pelo juiz é de agente político, como o dos demais membros dos Poderes Legislativo e Executivo, pois também faz parte de um dos Poderes, o Judiciário, independente e autônomo em relação aos dois outros, atuando com autoridade máxima no exercício de sua função estatal”²³⁸.

No mesmo sentido, o autor norte-americano Thomas Franck, na obra “*Political questions, judicial answers*”, ensina que:

“Há centenas de casos hoje em que os tribunais federais se deparam com *‘questões políticas’*. Juízes federais corajosos não se incomodam em decidir sobre essas questões assim chamadas *‘batatas-quentes’*, tais como a constitucionalidade das linhas demarcatórias dos distritos eleitorais ou

²³⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência. **Revista USP**, n. 21, p. 18.

²³⁶ Ibidem, p. 19.

²³⁷ Ibidem, mesma página.

²³⁸ COUTINHO, Heliana Maria de Azevedo. **O juiz agente político**, p. 73.

escolares, as práticas de contratação de bombeiros ou os padrões de admissão às escolas médicas”²³⁹.

Thomas Franck também escreve que:

“Ao afirmar que os tribunais são competentes para decidir (e que devem decidir), este estudo procurou demonstrar que quando os tribunais exercem a jurisdição sobre assuntos de política externa, os custos para os interesses políticos nacionais são geralmente muito menores do que o governo imaginava”²⁴⁰.

No seu artigo “*Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política*”, Maria Tereza Sadek também faz um retrato do papel político assumido pelo Poder Judiciário na atualidade:

“O juiz ‘*boca da lei*’ é hoje, na melhor das hipóteses, um recurso de retórica. De figura acanhada e quase anódina, magistrados têm marcado presença na arena pública, participando ativamente dos fatos mais relevantes”. [...] “Para ilustrar bastaria lembrar que o Supremo Tribunal Federal impôs a fidelidade partidária; decidiu sobre o direito de greve de servidores públicos; proibiu o nepotismo no setor público; restringiu o uso de algemas; arbitrou sobre o uso de células-tronco; proferiu sentença sobre demarcação de reserva indígena”²⁴¹.

Cândido Rangel Dinamarco, na obra “*A instrumentalidade do processo*”, afirma que: “*Se a jurisdição é poder [...] um dos mais destacados atos de seu exercício, a sentença, é antes de tudo um ato político*”²⁴². E, por sua vez, Mauro Cappelletti sugere que os tribunais devem

“escolher uma das duas possibilidades seguintes: (a) permanecer fiéis [...] à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou (b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”²⁴³.

Dalmo de Abreu Dallari, na obra “*O Poder dos Juízes*”, ensina que: “*As decisões judiciais fazem parte do exercício da soberania do Estado, que, embora disciplinada pelo direito, é expressão do poder político*”²⁴⁴.

Por essas razões, toda decisão jurídica é também uma decisão política, assim como toda decisão política deve ser também uma decisão jurídica. Lei, governo e Justiça devem sempre buscar o máximo de juridicidade, para que, na finalidade do bem comum, sempre prevaleça o império do Direito sobre o império do arbítrio. Dizer que o

²³⁹ FRANCK, Thomas M. **Political questions, judicial answers**, p. 10.

²⁴⁰ Ibidem, p. 159.

²⁴¹ SADEK, Maria Tereza. *Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**, p. 1-2.

²⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Op. cit.**, p. 166.

²⁴³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?**, p. 47.

²⁴⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**, p. 90.

Poder Judiciário não pode garantir direitos sociais contra omissões do Poder Público em implementar políticas públicas seria o mesmo que negar a própria juridicidade do Estado.

Por certo, a ideia de Estado varia de acordo com a ênfase que se dê a um ou a outro aspecto do seu conceito. E, basicamente, os conceitos de Estado são de duas categorias: conceito político e conceito jurídico. O conceito político defende que Estado é poder político e o conceito jurídico defende que o Estado é ordem jurídica.

Ocorre que ambos os conceitos estão corretos. O Estado se relaciona com Política porque é sociedade política, é poder político. Da mesma maneira, Estado se relaciona com Direito, porque é ordem jurídica que procura o máximo de juridicidade para promover o império da lei justa sobre o império do arbítrio.

Assim, há de ser defendida a comunhão entre os conceitos político e jurídico, já que Estado é o entrelaçamento de poder político e ordem jurídica. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari, na obra *“Elementos de Teoria Geral do Estado”*, ensina que:

“é impossível compreender-se o Estado e orientar sua dinâmica sem o direito e a política, pois toda fixação de regras de comportamento se prende a fundamentos e finalidades, enquanto que a permanência de meios orientados para certos fins depende de sua inserção em normas jurídicas”²⁴⁵.

No mesmo sentido, Miguel Reale, em *“Teoria do Direito e do Estado”*, sintetizou a ideia de Estado em seus aspectos material, normativo e teleológico, entendendo-o como um fenômeno social, jurídico e político, nos seguintes termos:

“O Estado aparece, então, como uma pirâmide de três faces, a cada uma delas correspondendo uma parte da ciência geral: uma é a social [...], na qual se analisam a formação e o desenvolvimento da instituição estatal em razão de fatores sócio-econômicos; a segunda é a jurídica [...], estudo normativo da instituição estatal, ou seja, de seu ordenamento jurídico; a terceira é a política [...], para explicar as finalidades do governo em razão dos diversos sistemas de cultura”²⁴⁶.

Portanto, o conceito de Estado englobará múltiplos aspectos constitutivos, cuja natureza será social, política e jurídica; razão pela qual, a partir da visualização dos elementos do Estado, é possível identificá-los segundo esses mesmos aspectos constitutivos. Assim, nesse conceito poderão ser identificados aspectos sociais, como, por exemplo, o povo; aspectos políticos, como soberania e finalidade; bem como aspectos jurídicos, como a ordem jurídica. Tudo isso resulta a afirmação de que o Estado decorre da conjugação de Sociedade, Política e Direito; bem como permite que seja conceituado, nos

²⁴⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, p. 128.

²⁴⁶ REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**, p. 128.

dizeres de Dalmo de Abreu Dallari, como “*ordem jurídica soberana que tem por finalidade o bem comum de um povo situado em determinado território*”²⁴⁷.

Ademais, o próprio conceito de Direito, entendido como “*integração normativa de fatos segundo valores*”²⁴⁸, contempla aspectos sociológicos, políticos e jurídicos. Disso decorre que, da mesma maneira, também a Constituição será uma expressão desses mesmos aspectos. Ela não poderá ser concebida como mero conjunto de normas de organização, mas, muito além disso, revelará a decisão política e os valores fundamentais do povo, receptiva às mutações sociais, sem, entretanto, curvar-se às inconstitucionalidades, sempre com vistas a garantir os direitos fundamentais a fim de proteger e promover a dignidade humana.

Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari identifica uma “*relação estreita entre a Constituição e as Declarações de Direitos, ambas fazendo a ligação da Política com o Direito e sendo reciprocamente complementares*”²⁴⁹. Assim, “*as Declarações de Direitos apontam os rumos fundamentais da Constituição, e esta é de extraordinária importância para dar eficácia jurídica ao conteúdo das Declarações, tornando justiciável tal conteúdo*”²⁵⁰.

A palavra “*declarar*” tem o mesmo sentido que as expressões “*esclarecer*”, “*iluminar*” ou mesmo “*trazer a lume*” ou ainda “*colocar luz sobre*”. Do que se pode deduzir que as tradicionais Declarações de Direitos revelam, por meio da razão, os direitos já inerentes à condição humana, que, entretanto, estão ameaçados de violação pelo arbítrio político ou econômico:

“não se diz que tais direitos são outorgados ou mesmo reconhecidos, preferindo-se dizer que eles são ‘*proclamados*’, numa clara afirmação de que eles pré-existem a todas as instituições políticas e sociais, não podendo, assim, ser retirados ou restringidos por essas instituições”²⁵¹.

Portanto, não se trata de criar direitos, mas sim de reconhecê-los como tais, conferindo-lhes segurança e certeza, muito embora já sejam atributos da dignidade humana, independentemente do seu reconhecimento formal. Disso decorre que, não somente a liberdade individual deverá ser assegurada, mas também a igualdade de oportunidades entre as pessoas, expressa nos direitos sociais.

Por essas razões, a decisão judicial também terá um caráter criativo. Não porque criará o direito, mas sim porque fará valer no caso concreto aquele direito que já

²⁴⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, p.118.

²⁴⁸ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**, p. 97 e 119.

²⁴⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**, p. 284.

²⁵⁰ Ibidem, mesma página.

²⁵¹ Idem. **O renascer do Direito**, p. 49.

existe; trazendo-o à luz. Assim como a lei e como o ato administrativo, também a decisão judicial será expressão do Direito e da Política. Isso porque, “*no mundo moderno quase todos os países têm Constituição escrita e leis escritas, embora admitindo que o direito inclui também as decisões judiciais e os costumes*”²⁵².

Defende-se, então, uma postura ativa dos juízes, por meio do reconhecimento e da prática do novo papel que o Estado Social legou ao Poder Judiciário:

“a ampliação das competências do Poder Judiciário, com o reconhecimento de seu papel político, é um fato já reconhecido no final do século vinte. Muitos juízes temem a responsabilidade que decorre desse novo papel, preferindo apegar-se a concepções formalistas e comportar-se como aplicadores automáticos da lei escrita, em seu sentido literal. É inegável que a nova exigência posta perante os juízes implica uma nova concepção do próprio Judiciário, mas, de fato, as origens históricas e a fundamentação sociológica e filosófica da magistratura não justificam e nunca justificaram o apego ao estrito formalismo. Agora, mais do que nunca, é indispensável que os juízes participem ativamente das discussões a respeito de seu papel social e procurem, com serenidade e coragem, indicar de que modo poderão ser mais úteis à realização da justiça”²⁵³.

Portanto, em resposta à questão proposta no início deste tópico, verifica-se que a passagem do Estado Liberal para o Estado social representou sim uma evolução do papel desempenhado pelo Poder Judiciário na garantia de direitos. Identificam-se novas funções judiciais. O antigo abstencionismo judicial transformou-se em imperativo de intervenção pelo Poder Judiciário. Houve, então, a assunção do **intervencionismo judicial**. Como consequência da nova postura, também se reconheceu o **papel político dos juízes**, a fim de que não somente a liberdade individual seja protegida, mas também que seja promovida a igualdade material, por meio da jurisdição.

2.4. Poder Judiciário no Brasil

Com um enfoque predominantemente jurídico da questão, cabe perguntar: nossa atual Constituição prevê um Poder Judiciário independente capaz de garantir direitos sociais?

No que se refere à independência do Poder Judiciário, a história da magistratura brasileira pode ser compreendida segundo três períodos distintos: colonial, monárquico e republicano.

²⁵² DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que são direitos da pessoa**, p. 10.

²⁵³ Idem. **O Poder dos Juízes**, p. 45.

No período colonial, o sistema judiciário brasileiro era aquele característico da monarquia absoluta de Portugal. Nessa época, não existia independência dos juízes e era muito forte o costume de considerar o Judiciário como dependente do Executivo. O governante escolhia os juízes; e, além disso, a influência do governo afetava até mesmo o conteúdo das decisões judiciais, especialmente quando havia algum interesse político da Coroa ou mesmo um interesse particular dos administradores coloniais.

A seguir, durante o Império, apesar de formalmente existir uma monarquia constitucional e representativa, muitos dos traços absolutistas foram, de fato, conservados. A Constituição de 1824 previa, no artigo 151, que “*o Poder Judiciário é independente*” e, no artigo 153, que “*os juízes são perpétuos*”, isto é, vitalícios. Entretanto, a nomeação dos juízes era feita pelo Imperador; razão pela qual, em associação à cultura de “*juízes-funcionários*”, não era possível reconhecer, no Judiciário, práticas de independência. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari, no artigo “*Independência da magistratura e direitos humanos*”, conclui que: “*durante todo o período monárquico os juízes brasileiros se caracterizavam como conservadores e fiéis ao imperador*”²⁵⁴.

É interessante notar de, durante o Império, a guarda da Constituição era atribuída ao Legislativo; o que, mais uma vez, deixa clara a influência do modelo francês em nossa primeira Constituição. Em 1824, por força do artigo 15, incisos VIII e IX, a Constituição determinava que ao Legislativo caberia “*fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las*”, assim como “*velar na guarda da Constituição*”.

Com o advento da República, a situação não mudou muito. Apesar da previsão a partir da Constituição de 1891 de que o controle de constitucionalidade era competência do Poder Judiciário, a dependência dos juízes ainda persistia na prática. E a mesma realidade foi reproduzida sob a vigência das Constituições de 1934, 1946, 1967 e 1969:

“No Brasil, salvo na Constituição do Império, sempre houve a adoção do controle de constitucionalidade repressivo jurídico ou judiciário, em que é o próprio Poder Judiciário quem realiza o controle da lei ou do ato normativo, já editados, perante a Constituição Federal, para retirá-los do ordenamento jurídico, desde que contrários à Carta Magna. O STF nasceu sob a égide de intérprete máximo da Constituição republicana, e o controle difuso de constitucionalidade instalou-se, de forma efetiva no Brasil, com a Lei federal n. 221, de 1894, que concedia competência aos juízes e tribunais para apreciarem a validade das leis e regulamentos, e deixarem de aplicá-los aos casos concretos, se fossem manifestamente inconstitucionais. Na vigência da Constituição de 1946,

²⁵⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. Independência da magistratura e direitos humanos. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, n. 1, p. 26.

a Emenda Constitucional n. 16, de 6/12/1965, atribuiu ao STF competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, apresentada pelo procurador-geral da República, consagrando definitivamente o controle abstrato de constitucionalidade. Na atual Constituição, foram adotados os dois clássicos sistemas de controle judiciário de constitucionalidade repressiva: norte-americano e austríaco”²⁵⁵.

Ao se referir especialmente ao período que antecede nossa Constituição de 1988, Enrique Ricardo Lewandowski, no artigo “*A quem aproveita um Judiciário fraco?*”, ensina que:

“durante quase duas décadas de regime autoritário, a magistratura foi sistematicamente neutralizada, quer pela outorga autocrática dos atos institucionais, em especial o AI-5, que lhe retirou a garantia da vitaliciedade e da inamovibilidade e a impediu de conceder ‘*habeas corpus*’ aos acusados de crime contra a ordem política, econômica e social”²⁵⁶.

Dalmo de Abreu Dallari ao examinar a independência do Poder Judiciário brasileiro, ensina que:

“Para efeitos políticos e jurídico-formais o Poder Judiciário brasileiro sempre manteve sua independência, mesmo nos períodos ditatoriais, pois, de fato, sempre se acomodou às situações. Apesar das mudanças havidas nas Constituições, tanto na passagem da colônia para a monarquia quanto desta para a república, nunca houve mudança substancial no relacionamento do Judiciário com os demais Poderes, sobretudo com o Executivo, que em toda a América Latina tem posição de nítida superioridade”²⁵⁷.

E conclui que:

“Tal situação permaneceu basicamente a mesma até 1988, quando foi encerrado um período de governos militares e uma nova assembleia constituinte aprovou a Constituição atual. Um fator novo, muito significativo, é que nas últimas décadas, possivelmente estimulado pela necessidade de reagir ao excesso de restrições impostas pelos governos militares, o povo brasileiro procurou organizar-se e tornar-se mais participante. Isso teve reflexos também no Judiciário e uma consequência disso foi a ampliação constitucional do papel político e social dos juizes”²⁵⁸.

Conforme já foi visto, nossa Constituição de 1988 consagrou os direitos sociais como fundamentais; permitindo, inclusive, a dedução de direitos sociais implícitos, como forma de ampliar a garantia a esses direitos. Admitiu que os direitos sociais são exigíveis; bem como que são justiciáveis, no caso de violação; o que significa dizer que são passíveis de plena garantia pelo Poder Judiciário.

²⁵⁵ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**, p. 320.

²⁵⁶ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A quem aproveita um Judiciário franco? **Revista do TRT – 13ª. Região**, João Pessoa, n. 3, 1994/1995, p. 121.

²⁵⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. Independência da magistratura e direitos humanos. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, n. 1, p. 28.

²⁵⁸ Ibidem, p. 28-29.

Da mesma maneira, nossa atual Constituição previu o Judiciário como um poder independente dos demais e com eles harmônico. Previu também o amplo acesso à jurisdição; dizendo que, nos termos do artigo 5º., XXXV, toda e qualquer violação ou ameaça aos direitos deverá ser apreciada pelo Poder Judiciário. E o Judiciário, por sua vez, garantirá a realização desses direitos, por meio do “*enforcement*” necessário para que as obrigações impostas pela Constituição sejam de fato cumpridas.

Assim, em resposta à questão desse tópico, conclui-se que a Constituição brasileira de 1988 prevê, sim, um Poder Judiciário independente capaz de garantir direitos sociais.

2.5. (VISÃO JURÍDICA – HANS KELSEN) O papel do Judiciário na promoção dos direitos sociais: ativismo judicial?

Anteriormente, ao falarmos do papel do Executivo na promoção dos direitos sociais; vimos que, no Brasil pós-1988, predominou a exaltação pelo Poder Público unicamente do sentido político de Constituição. A negação de força normativa à Constituição bem como a assunção de uma postura liberal caracterizaram a nossa política recente; cujas consequências foram as omissões inconstitucionais em governar a favor dos direitos sociais. As omissões do Poder Público ensejaram, então, uma postura mais ativa do Poder Judiciário sobre quem recaiu a demanda social gerada pelo abstencionismo neoliberal. Essa postura ativa do Poder Judiciário opôs-se à postura passiva do Executivo, bem como valorizou, entre nós, o sentido jurídico da Constituição de 1988.

A esse propósito, vimos também que o constitucionalismo norte-americano, já em sua origem, considerava a Constituição escrita como **lei superior**, atribuindo-lhe força normativa. Entendiam que a Constituição deveria ser obrigatória para todos; o que somente seria possível se fosse dotada dessa força normativa. Também se disse que um dos representantes do pensamento constitucional norte-americano foi John Adams. Como defensor da Constituição de 1787, John Adams afirmava a importância da adoção da Constituição escrita como forma de consagrar o novo governo que se instalava nos Estados Unidos da América. A partir das ideias representadas por Adams e por seus contemporâneos elaborou-se a Constituição, cuja principal característica era sua “*cláusula de supremacia*”; a assegurá-la como norma jurídica superlativa, conferindo certeza e segurança aos direitos dos cidadãos.

Tendo em vista que os norte-americanos ressaltavam o *sentido jurídico de Constituição*, é possível estabelecer uma relação entre o pensamento simbolizado por John Adams, no século XVIII, e as concepções de Hans Kelsen, no século XX. Isso porque Hans Kelsen é um dos maiores representantes da ideia de Constituição como norma fundamental da organização do Estado e da ordem jurídica de um país; entendendo que a Constituição é, ao mesmo tempo, aquele “*fundamento lógico transcendental para a validade do direito positivo*” e “*norma positiva suprema do ordenamento jurídico*”.

Ao contrário da concepção unicamente política, a concepção jurídica tem como resultado a maior segurança e certeza dos direitos, especialmente quando se conjugam todos os três sentidos de Constituição. Isso porque uma Constituição assim concebida permitirá o melhor conhecimento do “*padrão objetivo de justo*”:

“Atuando como padrão jurídico fundamental, que se impõe ao Estado, aos governantes e aos governados, as normas constitucionais condicionam todo o sistema jurídico, daí resultando a exigência absoluta de que lhes sejam conformes todos os atos que pretendam produzir efeitos jurídicos dentro do sistema”²⁵⁹.

A prática do padrão objetivo de justo, consagrado pela Constituição jurídica, permitirá estabilidade jurídica, política e social; bem como, nos momentos de maior turbulência, representará a forte garantia para o pleno respeito ao Estado Democrático de Direito:

“Especialmente nos momentos mais difíceis da vida de um povo a Constituição precisa ser respeitada e aplicada, para que não se instale um governo arbitrário, à margem da ordem jurídica, o qual não seria mais do que uma ditadura. Onde vigora uma Constituição não há lugar para regras jurídicas que sejam superiores a ela ou que de algum modo contrariem as regras constitucionais”²⁶⁰.

Haverá, portanto, certeza e segurança dos direitos e dos deveres, a permitirem que, de fato, o império do arbítrio seja sempre substituído pelo império do Direito:

“A certeza e a segurança dos direitos não serão apenas afirmações teóricas e formais, sem qualquer efeito concreto, quando a Constituição for elaborada de modo adequado e depois disso for praticada. A prática constitucional faz as pessoas conhecerem com precisão cada vez maior os seus direitos e os modos de exercê-los, tornando cada um consciente de que é responsável pela proteção de seus direitos e dos direitos de todos. Com isso fica reduzido consideravelmente o campo de ação dos arbitrários, dos violentos, dos ambiciosos sem escrúpulos, dos injustos”²⁶¹.

Além de tudo, a afirmação da Constituição como lei superior, necessariamente, implica que ela será plenamente aplicável. Desse modo, dotada de força

²⁵⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, p. 203.

²⁶⁰ Idem. **Constituição e constituinte**, p. 24.

²⁶¹ Ibidem, p. 57.

normativa, a Constituição ficará livre daquela ideia, tipicamente liberal, de que existem normas constitucionais cuja aplicação depende da legislação ordinária:

“A Constituição é uma lei, a primeira lei do país, e tudo o que nela se encontra deve ser respeitado e aplicado. Na tradição brasileira isso não tem sido levado em conta e até mesmo juristas eminentes e tribunais superiores têm tratado as normas constitucionais como simples recomendações, como programas para um futuro remoto, sem a força dos códigos e das leis ordinárias. É preciso lembrar aos aplicadores da lei a lição que, por absurdo que pareça, muitos deles ensinam em seus livros ou em salas de aula e que frequentemente esquecem em suas práticas: a Constituição é a lei maior, um instrumento jurídico para a realização da justiça e a conquista da paz”²⁶².

Assim, pelo próprio princípio da supremacia, fica patente que toda legislação e todos os atos estão subordinados à Constituição; até porque, assim concebidas, *“as regras constitucionais não podem ser contrariadas por nenhuma lei, nenhum tratado, nenhuma decisão judicial, nenhum acordo entre particulares e, em última análise, por nenhum ato que pretenda produzir efeitos jurídicos no país”*²⁶³.

O Estado regido pela Constituição jurídica tenderá a ser intervencionista. Isso porque o Estado assim constituído estará obrigado a cumprir as obrigações impostas pelas normas constitucionais, especialmente quanto à promoção dos direitos sociais, que mais requerem a atenção de ações governamentais. E, nessa conjuntura, mais que esperar o cumprimento espontâneo dos direitos sociais, haverá a forte presença do Poder Judiciário, como um símbolo que estimulará a plena realização desses direitos. Por essa razão, segundo uma visão predominantemente jurídica, o Estado assumirá sua **postura social**, como resultado da ativa participação do Poder Judiciário, impedindo que o rico seja lobo do pobre.

O Judiciário terá abandonado o antigo abstencionismo judicial para se reconhecer como um **Poder independente e capaz de fiscalizar as leis e os atos do Executivo**; a exemplo do modelo norte-americano que, desde cedo, valorizou seus juízes, atribuindo-lhes o poder do controle difuso de constitucionalidade. Da mesma maneira, o **controle judicial de constitucionalidade** assumirá seu caráter de garantia “jurídica”, bem como atenderá aos escopos da jurisdição, em especial por meio da solução prática dos conflitos envolvendo direitos sociais; no exercício, pelo Poder Judiciário, do seu **intervencionismo judicial** e do seu **atual papel político**.

²⁶² Idem. A participação popular e suas conquistas. In: MICHILES, Carlos “et al”. **Cidadão constituinte: a saga das emendas populares**, p. 388.

²⁶³ Ibidem, p. 24.

Muito embora os norte-americanos compartilhassem dos ideais franceses de liberdade individual, o caráter privatista do clássico Estado de Direito foi, em parte, atenuado pelo publicismo tão presente no nascimento dos Estados Unidos da América.

Uma característica da matriz constitucional estadunidense foi o princípio republicano. Os homens mais influentes das colônias inglesas na América entendiam que grande parte dos problemas enfrentados por eles era resultado da monarquia. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari, na obra “*O Estado Federal*”, ensina que:

“No século XVIII quase todos os governos do mundo eram monarquias, encabeçadas por um governante com poderes absolutos e que, frequentemente, abusava desses poderes para favorecer a si próprio, a seus familiares e a uma classe privilegiada e composta quase só de parasitas, a nobreza. O povo não tinha qualquer interferência na escolha dos governantes e era obrigado a suportar, com seu dinheiro e seus sacrifícios, as arbitrariedades e os caprichos do monarca, o luxo das cortes, a corrupção e a violência dos agentes públicos, sem ter qualquer segurança e recebendo pouco ou nada em troca de suas contribuições”²⁶⁴.

E, por essa razão, os fundadores dos Estados Unidos da América votaram pela adoção de uma República:

“Entre os líderes das colônias havia homens cultos, que conheciam os pensadores liberais, e tinham consciência de que só conquistariam sua dignidade quando se livrassem do monarca inglês e de seu aparato de coação. Por tais motivos, declarada a independência, todas as antigas colônias se qualificaram como ‘*repúblicas independentes*’, jamais se tendo cogitado de criar um rei ou uma nobreza nos Estados Unidos da América”²⁶⁵.

É verdade que a ideia de República era bem diferente da ideia de Democracia, visto que a expressão indicava a adoção de um sistema comprometido com a liberdade individual e com a igualdade formal apenas entre os membros de uma classe social privilegiada, identificada pelo seu poder econômico e a quem caberia o governo. Também é verdade que, para a maioria das pessoas, a participação política na República foi representativa, mas não direta.

Nesse ponto, Robert Dahl chega a questionar o caráter democrático da Constituição americana, bem como indica que essa visão dos fundadores norte-americanos em criar uma República, mas não uma Democracia, teve origem nos comentários feitos por James Madison no artigo Federalista de número 10, identificando República com Democracia representativa, bem como reconhecendo a impossibilidade de uma Democracia direta face ao grande número populacional e à extensão territorial²⁶⁶.

²⁶⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**, p. 25.

²⁶⁵ Ibidem, p. 26.

²⁶⁶ DAHL, Robert. **How democratic is the american Constitution?**, p. 179-180.

Realmente, no artigo 10, James Madison, sob o pseudônimo de “*Publius*”, prenome tradicional romano cujo significado é “*Público*”, escreveu que:

“Uma república, que defino como um governo no qual o esquema de representação tem lugar, abre uma perspectiva diferente e promete a cura que estamos buscando. [...] Os dois grandes pontos de diferença entre uma democracia e uma república são: primeiro, nesta última o exercício do governo é delegado a um pequeno número de cidadãos eleitos pelos demais; segundo, são bem maiores o número de seus cidadãos e a área que ela pode abranger. [...] Outro ponto de diferença é que um número maior de cidadãos e um território mais extenso se ajustam melhor sob um governo republicano do que sob um democrático”²⁶⁷.

E, no artigo 39, “*O Federalista*” volta a fazer a defesa da República:

“nenhuma outra forma seria reconciliável com o espírito do povo da América, com os princípios fundamentais da Revolução nem com a solene determinação que anima cada adepto da liberdade, para basear todos os nossos experimentos políticos na capacidade do homem em ter um governo autônomo”²⁶⁸.

Por fim, James Madison definia República como “*um governo [...] que deriva todos os seus poderes, direta e indiretamente, da grande massa do povo, sendo administrado por pessoas que exercem suas funções voluntariamente, durante um limitado período de tempo ou enquanto agirem bem*”²⁶⁹.

O fato é que se adotou o sistema republicano, em que a igualdade era identificada como a proibição de privilégios hereditários e nobiliárquicos, valorizando-se a liberdade exercida segundo os méritos individuais. É verdade que isso resulta uma contradição, porque alguém só é realmente livre quando tem igualdade de condições sociais para fruir dessa liberdade. Assim, nesse momento, República, de fato, não significava a garantia de igualdade de oportunidades e, portanto, não significava mesmo autêntica Democracia social.

Ocorre que, apesar de a República corresponder apenas à Democracia representativa, é muito significativo o fato de que, já no século XVIII, os norte-americanos defendessem fortemente o espírito público, especialmente numa época em que tanto se prezava pelo privatismo. Também é interessante anotar que o próprio pseudônimo, “*Publius*”, usado e compartilhado por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay já revelava, em si, o espírito público e comunal que seus autores buscaram imprimir nos artigos. O espírito público ficava simbolizado também pelo próprio uso de um pseudônimo, a significar que os textos poderiam ter sido escritos por qualquer cidadão

²⁶⁷ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O federalista**, p. 81-82.

²⁶⁸ Ibidem, p. 243.

²⁶⁹ Ibidem, p. 243-244.

norte-americano da época. E esse mesmo espírito público, presente nos textos, moveu a realização do projeto de Estado Federal norte-americano.

O publicismo refletiu-se no papel conferido ao Poder Judiciário para garantia de direitos e para preservação da supremacia da Constituição; o que ficou muito bem representado pela, já citada, decisão do Juiz Marshall, no caso “*Marbury ‘vs.’ Madison*”, em 1803.

Além disso, a comparação entre a trajetória constitucional francesa e a trajetória norte-americana também revela que em lugar de praticar uma Constituição como fruto circunstancial de um movimento político vitorioso, os Estados Unidos da América adotaram a **Constituição como norma jurídica duradoura**. Isso pode ser comprovado pelo fato de que, enquanto os franceses registraram dezesseis Constituições entre 1791 e 1958, os norte-americanos mantiveram, por sua vez, uma única Constituição desde 1787. Muito embora tenham realizado emendas, a valorização dessa maior estabilidade revela, mesmo, a sensível preocupação com a constância do Estado constitucional.

Por tudo isso, é possível dizer que a Constituição jurídica proporciona maior certeza dos direitos. Também é possível dizer que essa Constituição favorece a que o Estado cumpra sua obrigação de promover os direitos sociais, já que atribui ao Poder Judiciário o papel político de garantir Justiça social em face às omissões inconstitucionais. Um dos resultados será que não prevalecerão unicamente a vontade do líder ou os interesses particulares, mas sim prevalecerá, pelo princípio republicano, o interesse público que decorre do bem comum, finalidade própria do Estado.

Entre Judiciário e Executivo, o debate sobre quem melhor guardará a Constituição lembra bastante as teses de Carl Schmitt e de Hans Kelsen. Em oposição a Carl Schmitt; Hans Kelsen, especialmente no artigo “*Quem deve ser o guardião da Constituição?*”, publicado originalmente em 1931, defende a tese de que o principal guardião da Constituição não é o Executivo, mas sim o Poder Judiciário.

Kelsen destaca a importância de um Tribunal Constitucional para a democracia moderna. E indaga: “*Como poderia o monarca, detentor de grande parcela ou mesmo de todo o poder do Estado, ser instância neutra em relação ao exercício de tal poder, e a única com vocação para o controle de sua constitucionalidade?*”²⁷⁰. Como resposta, Kelsen afirma que: “*caso se deva mesmo criar um instituição através da qual seja controlada a conformidade à Constituição de certos atos do Estado – particularmente*

²⁷⁰ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: **Jurisdição constitucional**, p. 242.

do Parlamento e do governo –, tal controle não deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados”²⁷¹. Isso porque: “A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados”²⁷². E essa garantia jamais seria de fato exercida pelo Executivo, porque:

“se algo é indubitável é que nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto justamente aquela a quem a Constituição confia – na totalidade ou em parte – o exercício do poder e que portanto possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerá-la”²⁷³.

Kelsen também contesta a ideia de juiz “boca da lei”. Refuta a afirmação de que “o juiz tornado independente do monarca não deve se conscientizar do poder que a lei lhe confere”, bem como de que “ele deve crer que é um mero autômato, que não produz criativamente direito, mas sim apenas ‘acha’ direito já formado, ‘acha’ uma decisão já existente na lei”. Por isso, a opinião de Kelsen sobre o “juiz autômato” é que “tal doutrina já foi desmascarada há muito tempo”²⁷⁴.

Enquanto expressões da soberania una, os três Poderes serão igualmente capazes de exercerem o poder político. Isso porque:

“entre lei e sentença não existe diferença qualitativa, que esta é, tanto quanto aquela, produção do direito, que a decisão de um tribunal constitucional, por ser um ato de legislação, isto é, de produção do direito, não deixa de ser um ato de jurisdição, ou seja, de aplicação do direito, e particularmente que, em função de o elemento da ‘decisão’ não se limitar de modo algum à função legislativa, mas sim também – e necessariamente – estar contido na função judicial, ambas devem possuir caráter ‘político’. Com isso, porém, torna-se vazia toda a argumentação pela qual o controle de constitucionalidade não seria jurisdição por causa de seu caráter político”²⁷⁵.

Um dos argumentos de Carl Schmitt era que o Executivo, sendo eleito pelo povo, possui maior legitimidade política que o Judiciário para exercer o papel de guardião da Constituição. Kelsen, em resposta, refuta esse argumento dizendo que:

“A eleição do chefe de Estado, que se dá inevitavelmente sob a alta pressão de ações político-partidárias, pode ser um método democrático de nomeação, mas não lhe garante particularmente a independência. Concluir – a partir do fato de que o chefe de Estado é eleito pelo povo, isto é, na verdade nomeado por uma maioria, por vezes mesmo por uma minoria do povo em luta com outros grupos – que ele expressará a vontade geral do povo unitário é portanto discutível”²⁷⁶.

²⁷¹ Ibidem, p. 240.

²⁷² Ibidem, mesma página.

²⁷³ Ibidem, mesma página.

²⁷⁴ Ibidem, p. 258.

²⁷⁵ Ibidem, p. 259.

²⁷⁶ Ibidem, p. 283.

Ao questionar a legitimidade do Executivo para guardar a Constituição, Kelsen afirma categoricamente que, em comparação com o Executivo, o Judiciário terá maior chance de ser imparcial, bem como demonstrará maior preocupação ética:

“Não há, particularmente, razões suficientes para considerar a independência do chefe de Estado eleito mais forte ou mais garantida do que a do juiz ou do funcionário. Não se pode, sobretudo, desvalorizar a neutralidade do juiz de carreira em favor da do chefe de Estado [...]. Se a neutralidade garantida através da ‘independência’ é a precondition essencial para a função de guardião da Constituição, então o chefe de Estado não possui nenhuma vantagem – pelo menos – em relação a um tribunal independente, e isso deixando-se totalmente de lado um fator que, embora não deva ser superestimado, pode muito bem fundamentar uma certa superioridade do tribunal: o fato de que o juiz é impelido à neutralidade já por sua ética profissional”²⁷⁷.

Portanto, para Hans Kelsen, em síntese, o Executivo não é o mais adequado guardião da Constituição, porque é o mais sujeito ao estímulo político para violar a própria Constituição. Por sua vez, o Judiciário, como poder independente, não se reduz a um mero aplicador da lei; porque, ao contrário disso, alça o patamar de expressão da soberania una, em igualdade de condições com os outros poderes. Além disso, o caráter político do controle de constitucionalidade não esvazia seu conteúdo jurisdicional. E a simples eleição não garante que o Executivo represente, de fato, a vontade geral; nem mesmo garante que cumpra a Constituição. O Judiciário, mesmo que não seja eleito, terá por natureza a imparcialidade, assim como a maior preocupação ética.

É interessante notar que a biografia de Hans Kelsen colabora para desmistificar a imagem tão divulgada de que sua prática ignorava a política e a sociologia; e de que ele defendia unicamente a aplicação cega da lei. O que ele defendia era uma teoria pura do Direito, mas não uma teoria do Direito puro. Tratava-se, então, de uma delimitação do objeto de estudo, mas não de uma compartimentalização do Direito, enquanto fenômeno e realidade. Ademais, o fato de que Kelsen, sendo professor de Direito, tenha se dedicado a lecionar no Departamento de Ciência Política, na Universidade da Califórnia, em Berkeley, bem comprova que ele reconhecia, sim, a importância dos elementos não-normativos para formação do Direito. A história de Kelsen revela, também, que ele até mesmo criticava a excessiva preocupação dos norte-americanos com o pragmatismo, já que via como finalidade da Universidade muito mais a produção de conhecimento que a própria profissionalização. Valorizava, com isso, mais o humanismo que a formação técnica em si:

“No verão de 1942, recebi um convite para ir como ‘*visiting professor*’ por um ano à Universidade da Califórnia, em Berkeley. Aceitei e leciono desde então ‘*international law, jurisprudence e origin*’

²⁷⁷ Ibidem, p. 283 e 284.

of legal institutions’ no Departamento de Ciência Política – não na Faculdade de Direito – dessa universidade. Desde 1945, sou professor titular. Minha atividade docente é muito gratificante. É verdade que, por conta da minha teoria pura do direito, eu seria um professor mais indicado para a Faculdade de Direito. Mas as faculdades de direito estadunidenses não têm interesse particular por uma teoria científica do direito. Elas são *‘training schools’* – escolas jurídicas profissionalizantes; sua função é preparar para a profissão prática de advogado”²⁷⁸.

Assim, a solução trazida por uma Constituição jurídica permite que a legalidade não se baseie apenas na vontade do líder político. Uma Constituição concebida como norma jurídica duradoura chama a atenção para que a legalidade deve, antes de tudo, basear-se na legitimidade, expressa pelo conteúdo ético das decisões políticas.

É possível dizer que, ao contrário de Carl Schmitt, Hans Kelsen defende uma **visão jurídica da garantia dos direitos**. Isso porque esses direitos serão assegurados por meio de decisões judiciais que aferirão o padrão objetivo de justo segundo aquilo que a Constituição estabelece. Existirá, portanto, maior segurança e maior certeza dos direitos. Entre nós, a realização desses direitos não dependerá apenas da vontade política do governante, mas sim de critérios jurídicos objetivos, expressos na Constituição e na lei ou a partir delas deduzidos por meio de uma decisão judicial fundamentada e democrática. Nesse cenário de maior segurança jurídica, os abusos serão coibidos, e será muito mais difícil o favorecimento dos grupos sociais hegemônicos, porque o interesse determinante para a realização dos direitos não será o interesse particular mas sim o interesse público de acesso à ordem jurídica justa, um interesse republicano.

Admitida a garantia judicial dos direitos, a Constituição não será mais fruto apenas da “*vontade da revolução*”. Isso porque, além de estar fundada na legitimidade popular, também produzirá seus efeitos segundo um critério do mínimo ético da promoção do bem comum e da dignidade humana. O Poder Judiciário exercerá, portanto, um **papel contramajoritário**, a fim de garantir que a vontade da maioria, expressa na lei e na atuação do governo, corresponda realmente ao padrão objetivo de justo, expresso na sentença a partir da Constituição.

A própria Constituição política já reconhece o papel contramajoritário do controle de constitucionalidade. Essa afirmação pode ser comprovada, por exemplo, pelo controle francês clássico. Como já foi dito, o Conselho Constitucional, ao verificar a constitucionalidade da futura lei, também atua como pacificador da vida política francesa. Por meio do controle de constitucionalidade, uma oposição minoritária poderá assegurar

²⁷⁸ KELSEN, Hans. **Autobiografia**, p. 107-108.

que as decisões majoritárias sejam constitucionais. Assim, se o controle político já admite a jurisdição como garantia de Democracia pela observância da Constituição; no controle jurídico, por sua vez, deverá estar até mais presente essa visão de jurisdição como garantia de Democracia via controle de constitucionalidade.

O pressuposto do controle contramajoritário é que nem sempre a maioria está correta. Com relação a esse ponto, Gustavo Zagrebelsky, na obra *“Il ‘crucifige!’ e la democrazia”* escreve que:

“A autoridade do povo, na democracia crítica, não é afetada por suas supostas qualidades sobre-humanas, como a onipotência e a infalibilidade. Em vez disso, depende da razão exatamente oposta, ou seja, do pressuposto de que todos os seres humanos e todo o povo são necessariamente limitados e falíveis”²⁷⁹.

Segundo essa ilustração, Jesus Cristo foi crucificado porque um juiz (Pilatos) *“lavou suas mãos”* e deixou que a maioria popular decidisse, furtando-se a julgar o mínimo ético da condenação²⁸⁰.

Para Luigi Ferrajoli, na obra *“Democracia y garantismo”*, a expansão crescente do papel da jurisdição é um fenômeno comum nas democracias avançadas. Essa expansão está associada à ampliação do papel do Direito como limite aos poderes públicos, decorrente da transformação da estrutura do sistema político, produzida pelo desenvolvimento contemporâneo do Estado social. Nesse contexto, Ferrajoli afirma que:

“a sujeição à lei, e antes de tudo à Constituição, transforma o juiz em garante dos direitos fundamentais, inclusive frente ao legislador, por meio da censura da invalidade das leis e dos demais atos do poder político que possam violar aqueles direitos [...]. Não se trata [...] da sujeição somente à letra da lei qualquer que seja seu significado, mas sim da sujeição à lei válida, isto é, coerente com a Constituição”²⁸¹.

Para Luigi Ferrajoli, o próprio conceito de Democracia passa a englobar a ideia de jurisdição como garantia de que maiorias e minorias respeitarão a Constituição:

“Se a ‘*democracia*’ for entendida [...] no sentido de onipotência da maioria e, portanto, dos poderes político-representativos, então o fundamento da legitimidade do Poder Judiciário não será mesmo ‘*democrático*’, tão-só ‘*legal*’. Entretanto, se a democracia for entendida também no segundo sentido indicado – o da dimensão a que podemos chamar ‘*constitucional*’ ou ‘*substancial*’, relativa não a ‘*quem*’ se encontra habilitado para decidir (a maioria, desde logo), mas sim a ‘*o quê*’ não é lícito a qualquer maioria decidir (ou não decidir), mesmo que por unanimidade – então são justamente essas mudanças de paradigma que proporcionam um fundamento novo, ‘*democrático*’ no segundo

²⁷⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **II “crucifige!” e la democrazia**, p. 109.

²⁸⁰ Novo Testamento – Mateus 27:22.

²⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**, p. 211.

sentido, ao papel do juiz no Estado constitucional de Direito, não antitético, mas sim complementar ao da democracia política”²⁸².

E, por fim, Luigi Ferrajoli compartilha do pensamento de Gustavo Zagrebelsky, ao dizer que:

“Não se pode condenar ou absolver um cidadão porque tal decisão responda aos interesses ou à vontade da maioria. Nenhuma maioria [...] poderia tornar legítima a condenação de um inocente ou a absolvição de um culpado. Da mesma maneira, [...] o papel de controle sobre as ilegalidades do poder tanto não resulta garantido como é obstaculizado por qualquer relação de dependência, direta ou indireta, do magistrado em relação aos demais poderes”²⁸³.

De fato, muito embora os juízes não sejam eleitos, suas decisões legitimam-se não pela representatividade popular, mas sim pela racionalidade do “*due process of law*”, segundo o padrão objetivo de justo aferido a partir da interpretação constitucional para solução do caso “*sub judice*”:

“Essa natureza da jurisdição é por si mesma suficiente para explicar o caráter não consensual nem representativo da legitimidade dos juízes, bem como para fundamentar a independência quanto a qualquer poder representativo da maioria. Precisamente porque a legitimidade do juízo reside nas garantias de imparcial determinação da verdade, não pode depender do consenso da maioria, que, desde logo, não torna verdadeiro aquilo que é falso nem falso aquilo que é verdadeiro”²⁸⁴.

Portanto, para que exista Democracia não basta somente que prevaleça a vontade da maioria, mais que isso, além do critério representativo (majoritário), também será necessário um mínimo ético (contramajoritário), cuja aferição ficará a cargo do Judiciário.

Se na Alemanha do século XX houvesse prevalecido tal concepção, certamente teriam sido evitadas as consequências do governo nazista. Bastava que o Tribunal Constitucional alemão, no caso “*Prússia ‘vs.’ ‘Reich’*”, em 25 de outubro de 1932, ao contrário do que de fato fez, julgasse que, muito embora a lei estabelecesse poderes ilimitados ao Presidente e ao Chanceler, esses poderes ilimitados não atendiam ao mínimo ético. Bastava que o Tribunal afirmasse seu papel político, como expressão da soberania, capaz de controlar os abusos dos outros poderes; rejeitando a tese de 1929 defendida por Carl Schmitt e acatando a tese de 1931 defendida por Hans Kelsen.

O próprio Hans Kelsen sofreu como vítima do regime, porque foi demitido da Faculdade de Direito de Colônia em 12 de abril de 1933, com base na Lei de Restauração do Funcionalismo, editada 5 dias antes. Obrigado a deixar a Alemanha, muda-

²⁸² Ibidem, p. 212.

²⁸³ Ibidem, p. 214-215.

²⁸⁴ Ibidem, p. 214.

se primeiro para Viena e, pouco depois, para Genebra, onde, em 18 de setembro de 1933, assume o cargo de professor de direito internacional no Instituto Universitário de Altos Estudos Internacionais (HEI). Em 1940, embarca para os Estados Unidos da América; e, a partir de 1942, começa a lecionar Ciência Política em Berkeley. Em sua autobiografia, publicada originalmente em 1947, Kelsen testemunha que: “*Em 1933, Hitler tornou-se chanceler do Reich e eu fui um dos primeiros professores a serem demitidos pelo governo nazista. [...] Naturalmente, estava mais do que na hora de deixar a Alemanha*”²⁸⁵. De qualquer forma, o testemunho de Kelsen bem simboliza as consequências para as quais a omissão do Tribunal Constitucional Alemão colaborou em 1932:

“O surgimento de um regime totalitário nazista, como resultado de uma ditadura da maioria, decorrente em parte da inexistência de um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos e dos direitos fundamentais, demonstrou a necessidade da adoção do ‘*judicial review*’ pela Lei Fundamental alemã de 1949, levando a República Federal alemã, surgida no segundo pós-guerra, a adotar, como base, o sistema kelseniano”²⁸⁶.

Era bem provável que uma eventual resistência do Tribunal não fosse mesmo capaz de evitar a ascensão do nazismo e a deflagração da II Guerra Mundial. Entretanto, certo é que, ainda assim, o Tribunal não teria sido conivente com esse destino. A voz do Tribunal, pelo menos, teria feito ressoar na Alemanha o grito das minorias que anteviam a inconstitucionalidade e a injustiça presente no império do arbítrio. O Tribunal teria deixado bem claro para a história que o Direito e a Justiça prevalecem sobre as leis injustas; assim como fez Antígona, ao defender que as leis de Creonte não superavam as leis dos deuses.

Também na trajetória constitucional do Brasil é possível lembrar duas decisões do Supremo Tribunal Federal, tomadas em momentos históricos distintos, mas que ilustram muito bem a diferença entre uma decisão judicial que prezou unicamente pela legalidade e outra decisão judicial que, mais que isso, valorizou o mínimo ético. Uma primeira decisão, mais antiga, tomada por um Judiciário “*boca da lei*”; e outra, mais recente, tomada por um Judiciário que reconhece seu papel político na garantia dos direitos e na preservação da dignidade humana.

Foi famosa a decisão proferida no Habeas Corpus 26.155, em 17 de junho de 1936, sob a regência do Governo Vargas. Por essa decisão, o STF, ainda situado no Rio de Janeiro, sequer conheceu do pedido formulado em favor de Olga Benário, cujo nome tornara-se Maria Prestes, após casamento com Luís Carlos Prestes. O regime nazista a

²⁸⁵ KELSSEN, Hans. **Autobiografia**, p. 95.

²⁸⁶ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**, p. 317.

acusava de crimes políticos e, por isso, queria a extradição. No claro intuito de atender prontamente à vontade do mais forte, o STF sequer permitiu a apresentação da Paciente ao juízo, bem como indeferiu a perícia médica que poderia comprovar sua gravidez. Com isso, desconsiderou a dignidade humana da Paciente; justificando que, como era estrangeira e como sua presença no Brasil comprometia a segurança nacional, ela deveria mesmo ser expulsa. Assim, o STF permitiu que Olga Benário, mesmo grávida, fosse extraditada para a Alemanha totalitária; o que, após o nascimento da filha brasileira, resultou sua morte num campo de concentração. Nesse momento, ao ser conivente com a injustiça, o STF de 1936 assemelhou-se bastante ao Tribunal Constitucional Alemão de 1932, curvando-se à lei do mais forte e renegando o Direito, por meio de uma postura em nada condizente com a dignidade esperada do Judiciário.

Década depois, em um caso de certo modo semelhante, a postura mudou. O Governo da Itália requereu a extradição de Cesare Battisti, condenado por crimes políticos naquele país. O STF, nesse processo 1.085, por maioria de votos, reconheceu que a palavra final sobre a extradição caberia ao Presidente da República, por força da competência privativa expressa no artigo 84, VII, da Constituição de 1988, que restringe unicamente ao Presidente a atribuição de manter relações com Estados estrangeiros. Muito embora tenha reconhecido que se tratava de discricionariedade do Presidente da República, o STF afirmou também que, no exercício dessa discricionariedade, o Presidente deveria necessariamente observar a Constituição. O Presidente da República, por sua vez, cumpriu seu papel constitucional ao negar a extradição, em estrita observância ao artigo 5º., LII, também da Constituição de 1988, que proíbe expressamente a extradição de estrangeiro por crime político. Também observou o artigo 5º., XLVII, que proíbe a prisão perpétua, pena essa a que Cesare Battisti seria submetido na Itália. A decisão do Executivo também respeitou o artigo 4º., II, da Constituição brasileira, que impõe que o Brasil sempre observe a prevalência dos direitos humanos em suas relações internacionais; e, em ocorrendo a extradição, certamente os direitos humanos não seriam respeitados, porque o extraditado seria submetido às violências e humilhações. Por fim, negada a extradição pelo Presidente, o STF, na decisão de 08 de junho de 2011, por maioria, determinou a soltura de Cesare Battisti. Com essa decisão, apesar de divergências no próprio Tribunal, o Poder Judiciário, em 2011 diferentemente de 1936, impediu que um novo erro ocorresse.

Diante disso, ao se reconhecer a legitimidade política dos juízes, cai por terra o SEGUNDO ARGUMENTO que ataca a garantia judicial dos direitos sociais: o argumento da falta de legitimidade do Judiciário. Segundo esse argumento, o Poder

Judiciário estaria impedido de garantir os direitos sociais; porque não teria a legitimidade política conferida pelo batismo do voto popular; e, por essa razão, não poderia expressar, em sua atividade, a vontade geral nem o interesse público.

Ran Hirschl, na obra *“Towards juristocracy”*, repudia o aristocrático *“governo dos juízes”*, dizendo que a valorização do Judiciário é um instrumento das elites contra as massas²⁸⁷. Alexander Bickel, por sua vez, no livro *“The least dangerous branch”*, adverte que existe o risco da substituição do ambiente decisório legislativo ou executivo pelo ambiente judicial²⁸⁸. E, por fim, Jeremy Waldron questiona qual o ambiente mais adequado para discussão das questões morais associadas aos direitos. Indaga se esse ambiente é o Judiciário ou o Legislativo.

Para Waldron, o Legislativo protege melhor os direitos que o Judiciário; e o Judiciário não está legitimado democraticamente, principalmente em sociedades cujo Legislativo funcione adequadamente: *“a revisão judicial é inadequada para as sociedades razoavelmente democráticas cujo principal problema não é que as suas instituições legislativas são disfuncionais”*²⁸⁹. Waldron reconhece ainda certa tensão entre os papéis do Legislativo e do Judiciário, afirmando que: *“o contexto institucional em que as leis são feitas inclui a operação e a atividade dos tribunais”*²⁹⁰. Algumas vezes os legisladores procuraram antecipar na lei as respostas que os juízes dariam. Outras vezes, o próprio processo legislativo é desencadeado pelos precedentes judiciais.

No mesmo sentido, ao desaprovar o ativismo judicial, parte da doutrina brasileira defende que:

“Seguramente em nenhum momento anterior da história brasileira esteve o Poder Judiciário focado pelas luzes da ribalta como nestes últimos anos [...]. Reflete, na verdade, um fenômeno que é mundial [...]. [P]elo mundo afora registra-se essa judicialização da política [...]. Dele é, no Brasil, largamente responsável a Constituição de 1988. Esta atribuiu ao Judiciário, ao lado de seu papel tradicional de *‘fiscal da legalidade’*, um novo, o de *‘guardião da legitimidade’*. Fê-lo para aprimorar o controle judicial da atuação dos demais Poderes públicos. Acarretou, porém, um efeito perverso – reflexo imprevisto de institutos adotados como inovações positivas – exatamente o de judicializar o tratamento de questões políticas ou político-administrativas e, conseqüentemente, de dar uma dimensão política à atuação desse Poder, até então visto como *‘neutro’*. [...] Os juízes, entretanto,

²⁸⁷ HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**, p. 214.

²⁸⁸ BICKEL, Alexander M. **The least dangerous Branch**, p. 17.

²⁸⁹ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, 115, 2006, p. 1406.

²⁹⁰ Idem. Refining the question about judges’ moral capacity. **International Journal of Constitutional Law**, 2009, 7 (1), p. 70.

não são eleitos pelo povo, constituem uma aristocracia. Devem ser controlados pelos representantes desse povo”²⁹¹.

Essa corrente de pensamento afirma ainda que:

“essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o ‘núcleo essencial’ de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”²⁹².

Ocorre que, pelas razões até agora expostas, com a devida vênia aos entedimentos contrários, não pode mesmo prosperar o argumento da falta de legitimidade do Poder Judiciário para garantia dos direitos sociais.

É o próprio Alexander Bickel que reconhece na jurisdição a defesa da Constituição, ao escrever que: “A revisão judicial, entretanto, é o poder de aplicar e interpretar a Constituição, [...] contra a vontade de uma maioria legislativa; que, por sua vez é impotente para afetar a decisão judicial”²⁹³. Assim, a legitimidade da garantia judicial, como combate à omissão ou ao mau funcionamento de outro Poder, encontra suas bases no próprio Poder Constituinte, cuja titularidade é do povo. E é o povo que, mediatemente, confere ao Judiciário esse poder de guardião da Constituição.

Nesse sentido, Alexandre de Moraes, na obra “*Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*”, afirma que:

“A jurisdição constitucional retira sua legitimidade formalmente da própria Constituição e materialmente da necessidade de proteção ao Estado de Direito e aos Direitos Fundamentais, pois as decisões dos Tribunais Constitucionais prevalecem sobre a dos representantes populares eleitos pelo voto, porque presume-se que o povo assim desejou na elaboração da Constituição, por meio do exercício do poder constituinte originário (‘*legitimidade formal*’) e porque os Tribunais ou Cortes Constitucionais são órgãos de garantia da supremacia de seus princípios, objetivos e direitos fundamentais, resguardando, dessa forma, o Estado de Direito e preservando as ideias básicas da Constituição (‘*legitimidade material*’)”²⁹⁴.

Muito embora os ambientes mais adequados para elaboração da lei e para o governo sejam mesmo o Legislativo e o Executivo, nem sempre a resposta adequada é oferecida por esses poderes. Não haverá, de fato, razão para um controle pelo Judiciário, se o Legislativo e o Executivo desempenharem bem seu papel institucional. O problema ocorrerá quando Legislativo e Executivo não estiverem desempenhando corretamente o seu

²⁹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da Justiça. In: **Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo**, p. 206 e 232.

²⁹² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**, p. 308.

²⁹³ BICKEL, Alexander M. **Op. cit.**, p. 20.

²⁹⁴ MORAES, Alexandre de. **Op. cit.**, p. 313.

papel. Nesse caso, seja por ação seja por omissão, a violação aos direitos pelo Parlamento ou pelo Governo ocasionará uma demanda social que fatalmente desembocará no Judiciário. E o Judiciário deverá dar uma resposta condizente com a garantia dos direitos violados.

Além de tudo, a política presente nas decisões judiciais não acarreta a ilegitimidade do Poder Judiciário para garantir direitos. Como se disse, é mesmo de esperar que as decisões judiciais sejam também decisões políticas, até porque a jurisdição é expressão do poder político e da própria soberania do Estado; e, mesmo por isso, tem também sua finalidade política que é promover o bem comum. A afirmação de politicidade não esvazia o Judiciário de legitimidade, nem coloca em suspeição sua atividade. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari, na obra *“O Poder dos Juízes”*, ensina que:

“O reconhecimento da politicidade do direito nada tem a ver com opções partidárias nem tira, por si só, a autenticidade e a legitimidade das decisões judiciais. Bem ao contrário disso, o juiz consciente dessa politicidade fará um esforço a mais para conhecer e interpretar o direito, considerando sua inserção necessária num contexto social, procurando distingui-lo do direito abstrato ou do que é criado artificialmente para garantir privilégios, proporcionar vantagens injustas ou impor sofrimento a outros com base exclusivamente numa discriminação social”²⁹⁵.

Não bastasse isso, o Judiciário somente age mediante provocação. O *“ativismo”* ou o *“protagonismo”* do Judiciário é resultado, então, da postura passiva e coadjuvante dos outros poderes, que se omitem em promover os direitos sociais. Isso gera uma demanda social que necessariamente desemboca no Judiciário. E, como se disse, o Judiciário deve dar uma resposta adequada. Portanto, o ativismo judicial tem como causa a omissão inconstitucional. Muitos acusam o Judiciário de ativista porque trabalha demais. Que bom se o mesmo pudesse ser dito do Legislativo e do Executivo.

A Constituição de 1988 atribuiu ao Judiciário o papel de guardião das normas constitucionais. Reconheceu no Judiciário um poder independente em igualdade de condições com o Legislativo e o Executivo, conforme se verifica do artigo 2º. da Constituição. A Constituição também afirmou, expressamente, que cabe do Poder Judiciário, a livre apreciação de violações ou ameaças aos direitos. Disso decorre que, por força do artigo 5º., XXXV, serão sindicáveis pelo Judiciário, quaisquer ações ou omissões do Legislativo ou do Executivo que possam ofender direitos.

Vimos que, no Brasil pós-1988, a política predominante de negação da força normativa da Constituição teve como fruto o fenômeno das omissões

²⁹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*, p. 96.

inconstitucionais pelo Poder Público; cuja consequência foi o aumento da litigiosidade em matéria dos direitos sociais gerado pelo déficit causado pela opção neoliberal.

Esse déficit provocou aquilo a que se chamou de “*judicialização da política*”. Ou seja, em outras palavras, uma grande procura pelo Poder Judiciário, a fim de que ele solucionasse o problema social gerado pela política abstencionista. O resultado foi que o Judiciário assumiu uma postura intervencionista de **afirmação da força normativa da Constituição**, a que se nomeou de **ativismo judicial**, fruto do cumprimento de um dever jurídico de garantia da Constituição. Então, esse ativismo judicial, a que é preferível chamar de “*protagonismo judicial*”, nada mais é do que uma resposta natural às demandas sociais geradas pelas omissões dos outros poderes.

Por tudo isso, é possível concluir que, no Brasil pós-1988, o Poder Judiciário tem assumido predominantemente uma postura social, que decorre da necessidade de conferir segurança e certeza aos direitos, segundo o padrão objetivo de justo estabelecido pela Constituição, que é dotada de força normativa. A garantia jurídica oferecida pelo Judiciário protege a sociedade contra a prevalência unicamente da vontade do líder ou dos interesses particulares. Essa proteção tem como fundamento o próprio princípio republicano, a defender a primazia do interesse público que decorre do bem comum, finalidade própria do Estado. Da mesma maneira, como consequência prática das omissões inconstitucionais dos outros poderes, observa-se a maior atuação do Judiciário, a fim de cumprir os deveres jurídicos impostos pela Constituição. Daí os fenômenos do “*ativismo judicial*” ou do “*protagonismo judicial*”. A legitimidade do Poder Judiciário não decorre simplesmente do voto; até porque, muitas vezes, exercerá seu juízo contramajoritário, a fim de assegurar que a vontade da maioria corresponda ao mínimo ético. Sua legitimidade, mais que baseada na representação política, encontra fundamento no próprio Poder Constituinte Originário. Além disso, a jurisdição legitima-se também pelo procedimento, ou seja, pelo caráter democrático do devido processo legal.

3. SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO GARANTIA DE DIREITOS NÃO DE PODER

3.1. *Separação dos Poderes nas três matrizes do pensamento constitucional: Inglaterra, França e Estados Unidos*

Conforme visto até agora, existe no mundo contemporâneo uma forte tendência a que o Judiciário seja compreendido como um poder independente e capaz de controlar os atos dos demais poderes. Essa tendência pode ser comprovada pela história recente das matrizes constitucionais da Inglaterra e da França, a narrar o crescente prestígio que o Judiciário vem ganhando nos últimos tempos. A tendência de valorização do Judiciário também pode ser comprovada pela tradição norte-americana, já antiga, em reconhecer o controle de constitucionalidade como um papel primordial a ser desempenhado por esse poder independente. A essa altura, será igualmente importante verificar se o princípio da separação dos Poderes foi uniformemente adotado em cada uma das três matrizes do pensamento constitucional, assim como qual foi a configuração que ele assumiu em cada uma delas.

A separação dos Poderes representa um limite ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário, respectivamente em suas funções de governo, legislação e jurisdição. Esses limites têm por finalidade estabelecer uma relação de independência e equilíbrio no exercício de cada uma dessas funções. Há uma semelhança entre a adoção da separação dos poderes e as etapas históricas do constitucionalismo. Isso porque, assim como a Constituição surge da dicotomia entre absolutismo e constitucionalismo cujos fundamentos foram os mesmos, também a separação dos poderes provém dessa relação de forças entre as instituições, assim como da ideia de organização política e de garantia dos direitos.

Portanto, surgem mais duas indagações. Primeiro: a separação dos poderes foi adotada uniformemente nas três matrizes do pensamento constitucional? Segundo: qual a configuração assumida pela separação dos poderes em cada uma dessas três matrizes?

Alguns autores chegam a indicar como origem remota da separação dos poderes aquela teoria da constituição mista entre os gregos antigos. Nuno Piçarra, autor português do livro *“A separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional”*, em nosso idioma uma obra das mais importantes acerca da matéria, reconhece que Aristóteles e Políbio já defendiam um equilíbrio social e institucional de forças:

“Constituição mista e constituição média são conceitos que abarcam a mesma realidade, embora de diferentes perspectivas, respectivamente, o ‘*equilíbrio estático*’ e o ‘*equilíbrio dinâmico*’ entre as classes sociais. [...] A ideia de que a constituição mista é uma mistura ou síntese das formas de governo puras e, por isso, melhor do que qualquer delas, e também a ideia de que é uma constituição pluralmente estruturada, na medida em que nela revelam as diversas classes sociais, o que a torna mais estável e durável do que qualquer outra”²⁹⁶.

Nuno Piçarra deduz do modelo aristotélico a ideia “*do equilíbrio ou balanceamento das classes sociais através da sua participação no exercício do poder político, viável mediante o seu acesso à orgânica constitucional*”²⁹⁷; bem como depreende do modelo polibiano a ideia de que “*cada órgão constitucional funciona perante os outros como um limite e simultaneamente como um contrapeso*”²⁹⁸. Nesse sentido, Piçarra escreve que:

“Remontam à Grécia e a Roma antigas algumas das ideias que vieram a encontrar a sua expressão institucional mais perfeita no moderno Estado constitucional e que poderiam ser designadas por ‘*axiomas fundamentais da ideia ocidental de Estados*’, contraposta, desde sempre, ao ‘*despotismo oriental*’”²⁹⁹.

Entretanto, o próprio autor Nuno Piçarra reconhecerá que a origem da separação dos poderes é mesmo o constitucionalismo inglês, dizendo que:

“a doutrina da separação dos poderes, na parte em que envolve uma distinção entre funções estaduais, prescrevendo a atribuição de cada uma delas a órgãos diferentes (separados), em nome, sobretudo, da liberdade individual, é de origem inequivocadamente moderna, tendo nascido em Inglaterra no século XVII. Foi defendida, a partir de princípios jurídicos, como pré-requisito da ‘*rule of law*’. Esta constitui, portanto, a sua raiz histórica próxima”³⁰⁰.

Portanto, é correto reconhecer que a primeira expressão da separação dos poderes foi de *equilíbrio de forças*. Apesar disso, muito embora fosse possível encontrar na Antiguidade a ideia de constituição mista, somente com o constitucionalismo inglês é que se vislumbrará, de fato, a prática de um equilíbrio social e institucional, a informar o pensamento moderno acerca da separação dos Poderes:

“Na ideia de constituição mista apenas permanece constante ao longo dos tempos a ideia de equilíbrio de forças diversas. Esta ‘*metáfora do equilíbrio*’ pertence aos ‘*topoi*’ desde sempre utilizados na análise e valoração das constituições. Na Idade Moderna tornou-se mesmo tema central da teoria político-constitucional com o nome de ‘*balança dos poderes*’ e continua na actualidade a ter um lugar de destaque”³⁰¹.

²⁹⁶ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio**, p. 35 e 37.

²⁹⁷ Ibidem, p. 36.

²⁹⁸ Ibidem, p. 40.

²⁹⁹ Ibidem, p. 31.

³⁰⁰ Ibidem, p. 17-18.

³⁰¹ Ibidem, p. 32.

Assim, o surgimento da separação dos poderes, considerada como equilíbrio de forças será resultado de um longo processo que se inicia no século XIII e que se consolida no século XVII, na **Inglaterra**. E esse modelo inglês, pouco mais tarde, no século XVIII, inspirará Montesquieu na formulação da clássica teoria da separação dos poderes, como projeto de governos racionais e moderados.

Lorde Bolingbroke, autor da obra *“The Idea of Patriot King”*, escrita na Inglaterra de 1738, foi pioneiro em conceber uma separação dos poderes baseada nas leis, nas instituições e nos costumes da Inglaterra. No jornal *“The Craftsman”*, Bolingbroke escreveu que:

“A dependência constitucional [...] consiste nisto: que os procedimentos de cada órgão constitucional, quando atua e afeta o todo, sejam sujeitos à fiscalização e ao controle dos outros órgãos constitucionais. A independência consiste nisto: que as decisões ou deliberações de cada órgão que culminam esses procedimentos, sejam tomadas independentemente e sem qualquer influência direta ou indireta dos outros órgãos. Sem a primeira, cada órgão teria a liberdade de tentar destruir o equilíbrio, usurpando ou abusando do poder; mas, sem a segunda, não pode haver nenhum equilíbrio. [...] Numa constituição como a nossa, a segurança do todo depende do equilíbrio entre os órgãos e o equilíbrio entre estes da sua mútua independência”³⁰².

Ao comentar Bolingbroke, Nuno Piçarra afirma que ele *“retoma o tema clássico da excelência da constituição inglesa enquanto monarquia mista e, por isso, garante da liberdade individual e obstáculo à tirania”*³⁰³. E Dalmo de Abreu Dallari ensina que:

“Já no século XVIII o Lorde Bolingbroke, notável político e jurista inglês, observava que para falar com propriedade da Constituição inglesa era necessário ter em conta que ela compreende *‘um conjunto de leis, instituições e costumes, derivado de certos princípios racionais fixados, dirigido a certos objetos do bem público estabelecidos, que compõem o sistema geral, de acordo com o qual a comunidade concordou em ser governada’*”³⁰⁴.

De fato, Bolingbroke foi muito importante para a construção da teoria da separação de poderes. A biografia de Montesquieu registra suas fortes relações com a sociedade inglesa, especialmente a partir de 1728 quando iniciou a redação de sua principal obra *“L’esprit des lois”*, concluída e publicada 20 anos depois, em 1748. Isso leva a crer que a Inglaterra de 1738, quando Bolingbroke defendia seus ideais, muito influenciou Montesquieu na elaboração da teoria da separação dos poderes. É possível mesmo sugerir

³⁰² BOLINGBROKE. *The Craftsman*, vol. II, p. 85-87 “*apud*” PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio**, p. 86.

³⁰³ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio**, p. 85.

³⁰⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**, p. 180.

que tal teoria não foi construção de um único homem, mas sim de toda uma cultura da época.

A principal característica do poder absoluto dos reis ingleses foi o radicalismo. Esses reis, sendo estrangeiros, não provinham do povo governado e sustentavam seu poder pelas armas. Foram marcantes as lutas do rei contra a nobreza e o parlamento, bem como a violência e a crueldade até mesmo entre os membros de uma mesma família, em função de disputas por poder. Isso gerou uma reação contra o absolutismo, simbolizada pela imposição de limites jurídicos ao exercício do poder político. Por essa razão, é possível dizer que as mesmas circunstâncias sociais que geraram o absolutismo inglês também deram causa ao constitucionalismo, entendido como limitação do governo pelo Direito.

O ponto culminante da dicotomia entre absolutismo e constitucionalismo foi a “*Magna Carta Libertatum*” de 1215. Os barões ingleses, descontentes com os excessivos tributos e arbítrios, obrigaram o rei João Sem-Terra a assinar esse documento redigido em forma de lei, que impunha a limitação ao poder do rei. Dalmo de Abreu Dallari ressalta que:

“por esse documento, que por sua importância foi consagrado como ‘*Magna Carta*’, o rei assumiu o compromisso de observar certos costumes feudais, respeitando direitos e interesses baroniais que neles se apoiavam, e de não tomar decisões em relação a determinados assuntos, sobretudo em matéria de tributação, sem antes consultar a nobreza”³⁰⁵.

Sem embargo ao fato de ter se tornado símbolo das liberdades, esse documento inglês era, na verdade, um instrumento que visava a proteger os barões e os poucos “*homens livres*” do reino; do que se pode concluir que, nesse momento inicial, legitimavam-se direitos, mas fundamentavam-se privilégios. Apesar disso, a Magna Carta iniciou o processo pelo qual seria criado o Parlamento, que teve papel decisivo no combate ao absolutismo e no desenvolvimento do constitucionalismo. Os senhores feudais tornavam-se, então, um “**fator real de poder**” frente ao absolutismo exercido pelos reis. Nesse sentido, para Nuno Piçarra:

“Nas condições políticas medievais, a teoria da constituição mista pouco mais terá sido do que uma tradição literária que só ocasionalmente moldou a vida política do tempo. Quando assim aconteceu, constituição mista tornou-se sinônimo de limitação ou moderação do poder monárquico através da intervenção (fundamentalmente direito de assentimento) dos estamentos e/ou dos seus órgãos

³⁰⁵ Ibidem, p. 77-78.

representativos nas leis fundamentais e nas decisões políticas, nomeadamente de carácter financeiro ou fazendário”³⁰⁶.

Mesmo após a Carta Magna de 1215, por muito tempo, não existiu realmente a plena garantia de que o rei se submetesse ao Parlamento. Essa imposição até mesmo contrariava o espírito da monarquia inglesa. Mesmo porque, especialmente até o “*Bill of Rights*”, a primazia do Parlamento não era formalmente admitida pela realeza. O fato é que o rei não se prestava a qualquer tipo de sanção jurídica pelo desrespeito ao direito dos súditos. A essa característica da matriz inglesa batizou-se de “*eficácia zero*” do constitucionalismo. Significa que, na prática e na contingência de uma violação, a sanção poderia ocorrer somente pela força, ou seja, pela guerra ou pela revolução. E a história inglesa relata momentos em que isso aconteceu; como, por exemplo, a tomada do poder pelo parlamentar Oliver Cromwell, que ordenou a morte do rei Carlos I e governou durante 11 anos, até 1658.

Na obra “*Constitucionalismo y separación de poderes*”, Vile identifica nesse momento histórico a consolidação, na Inglaterra, da separação dos poderes entendida como Constituição mista:

“A doutrina da separação de poderes surgiu e se desenvolveu no contexto da guerra civil e da República de Cromwell. Com o advento da Restauração, essa doutrina radical – que não defendeu necessariamente a participação do rei no Legislativo, nem a existência da Câmara dos Lordes – foi logicamente substituída por uma concepção mais adequada de Estado para a monarquia recém-restaurada. Os materiais necessários para essa conversão da teoria constitucional eram fáceis de encontrar: sem ir mais longe, poderia ser reabilitada a antiga doutrina da Constituição mista”³⁰⁷.

De fato, pouco depois, a chamada Revolução Gloriosa de 1688 encerrou o absolutismo inglês. Logo após os conflitos, o Parlamento conduziu ao poder a filha de Jaime II e seu marido Guilherme de Orange. Após assumirem o trono, os novos monarcas assinaram um novo documento imposto pelos Lordes. Esse documento era o “*Bill of Rights*” de 1689, cujo principal objetivo foi garantir a supremacia do Parlamento.

Entretanto, a história relata que, por vezes, a força institucional do Parlamento foi objeto de transação. Nesse sentido, Nuno Piçarra escreve que:

“Em ordem a conseguir a aprovação das suas medidas na Câmara Baixa, o Gabinete, através do seu chefe (Primeiro-Ministro), foi progressivamente recorrendo a uma prática que ganhou dignidade institucional ao tempo de Walpole (1721-1742) e que consistia na corrupção e influência dos membros daquela, mediante a atribuição de cargos públicos, pensões e subsídios. [...] Contra esta prática, que prenunciava, incipientemente, aquilo que Walter Bagehot viria a designar por ‘*eficiente*

³⁰⁶ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio**, p. 42.

³⁰⁷ VILE, M. J. C., **Constitucionalismo y separación de poderes**, p. 59.

segredo da constituição inglesa’, ou seja, *‘a estreita união ou quase completa fusão dos poderes legislativo e executivo’*, veio a oposição conservadora ao governo de Walpole, sobretudo através de Bolingbroke, exigir a separação dos poderes. Os seus textos fundamentais, bem como outros escritores políticos de então sobre o tema, encontram-se nos vários números do jornal de oposição fundado em 1726 – *‘The Craftsman’*”³⁰⁸.

De fato, a competência do Parlamento sempre foi bastante ampla; o que lhe conferiu a condição de constituinte permanente, sem que se exigisse rito especial ou anuência de quem quer que fosse, desde que observado o devido processo legislativo. Portanto, a supremacia do Parlamento, com maior enfoque na Câmara dos Comuns, conservou-se como importante peculiaridade da matriz inglesa de Constituição. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari observa que *“pelo seu conjunto de atribuições, o Parlamento concentrou poderes característicos do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, não havendo, portanto, a separação dos Poderes e sim sua concentração”*³⁰⁹.

Ocorre que recentes modificações anunciam que o Parlamento, sobretudo a Câmara dos Lordes, vem perdendo prerrogativas e competências. Muito embora continue a ser uma das Casas do Parlamento, assume posição inferior à Câmara dos Comuns. Em 1999, foi aprovada uma lei que proíbe o acesso como membro da Câmara dos Lordes em virtude de um título hereditário de nobreza; permitindo, entretanto, que o titular desse pariatto hereditário participe como eleitor ou mesmo candidate-se a vaga para a Câmara dos Comuns. Outra modificação foi a inauguração da Suprema Corte, em outubro de 2009, instalada fora da Câmara dos Lordes e com maior independência que os *“Law Lords”*, responsáveis anteriormente por essa função judicial.

As mudanças também se comprovam pelo fato de que, até 2006, existia o cargo de *“Lord High Chancellor of Great Britain and Keeper of the Great Seal”*, único do gênero nas democracias ocidentais, e que, desde o século XII, acumulava três Poderes numa só pessoa, sendo integrante do Ministério (*“Cabinet Minister”*), presidente da Câmara dos Lordes (*“Speaker”*) e chefe do Poder Judiciário (*“Head”*).

Nesse sentido, Claire de Beausse de la Hougue, em seu artigo acerca dessas atuais reformas constitucionais no Reino Unido, escreve que:

“A reforma [...] é a primeira decisão que permite instituir a separação dos poderes no Reino Unido, portanto [...] constitui um grande passo rumo à adoção de uma Constituição em sentido clássico. De acordo com o Departamento de Assuntos Constitucionais, a separação dos poderes é necessária para garantir a confiança do povo; e é responsável por garantir os direitos civis e políticos entre os quais

³⁰⁸ Ibidem, p. 85.

³⁰⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**, p. 193.

coloca-se o direito a uma Constituição que corresponda às necessidades dos cidadãos britânicos do século XXI. [...] A idéia de uma constituição escrita, já não parece impensável, pois constituiria uma revolução nos fundamentos das instituições britânicas. A constituição escrita equivaleria a uma rejeição à tradição [...] e um abandono do princípio da soberania parlamentar”³¹⁰.

Assim, essas recentes modificações reduzem a influência da Câmara dos Lordes bem como afirmam seu caráter meramente simbólico. Da mesma maneira, ao anunciarem a possibilidade de uma Constituição escrita e a adoção de uma separação dos poderes, parecem significar a valorização da garantia de direitos; já que as reformas também reconheceram um Judiciário como poder independente. Para Dalmo de Abreu Dallari:

“embora se mantenha a supremacia do Parlamento no modelo constitucional da Inglaterra, a nova Suprema Corte terá uma esfera de ação independente, o que significa um passo importante no sentido da separação dos Poderes. [...] É mais uma confirmação da tendência universal de ampliação das funções do judiciário na fixação do sentido e alcance das normas constitucionais”³¹¹.

É verdade que as reformas trouxeram para o cenário político a Suprema Corte, que será muito importante no novo equilíbrio de forças. Sua inauguração, além de atestar perda de atribuição dos Lordes, também confirma, por outro lado, a tendência universal à ampliação das funções do Poder Judiciário em fixar sentido e alcance das normas constitucionais. Isso confere ainda mais prestígio ao constitucionalismo e a garantia judicial dos direitos.

Um ponto importante é que a história inglesa revela que o crescente prestígio do Poder Judiciário parece mesmo ser uma tendência. A Inglaterra nasce absolutista até que, no século XIII, os barões começam a ganhar poder frente ao rei; o que é muito bem simbolizado pela “*Magna Carta Libertatum*” de 1215 e o que permite reconhecer que os mesmos fundamentos que deram origem ao absolutismo inglês também deram origem ao seu constitucionalismo. Após isso, ao longo dos séculos, observa-se que o rei torna-se sempre mais simbólico, enquanto que o Parlamento, na proporção inversa, torna-se a cada momento mais hegemônico. Esse processo segue até 1689, quando o Parlamento obriga os reis ingleses a concederem o “*Bill of Rights*”, o documento que consolida a supremacia parlamentar.

Vemos agora um novo processo, em que a Câmara dos Lordes torna-se mais simbólica enquanto que a Suprema Corte ganha força; o que é representado pelo “*Human Rights Act*” de 1998 e pelo “*Constitutional Reform Act*” de 2005. A tendência é que a

³¹⁰ HOUGUE, Claire de Beausse de la. Um aspect dês reformes constitutionnelles au Royaume-Uni. In: **Revue Française de Droit Constitutionnel**, 62, 2005, p. 309.

³¹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**, p. 196.

Suprema Corte ganhe mais força ainda. Foi uma longa caminhada do absolutismo ao parlamentarismo e, ao que parece, essa caminhada continua rumo à “*juristocracia*”, cujo significado não será “*governo dos juízes*”, mas sim uma separação dos Poderes que reconheça o Judiciário como um poder independente capaz de controlar os atos das demais instituições políticas.

No que se refere ao sentido inglês para a separação dos Poderes, as recentes modificações só vêm a confirmar a concepção já existente de um controle pelo equilíbrio de forças, bem de acordo com o espírito da Constituição inglesa costumeira. Se, por um lado, os ingleses nunca adotaram a clássica separação dos poderes; por outro lado, praticaram sim um modelo de separação dos poderes a que se pode chamar de **sociológico**, porque baseado no equilíbrio dos “*fatores reais de poder*” ingleses, quais sejam: rei, Parlamento e, agora também, Suprema Corte.

O absolutismo também ocorreu na **França**, onde, entretanto, diferentemente da Inglaterra, não se caracterizou pela ação violenta dos governantes ou pelo uso arbitrário da força. O primeiro rei francês, Carlos, o Calvo, era neto de Carlos Magno e filho de Pepino, o Breve, que sempre cultivaram a tradição de governos conquistados pelas armas, mas consolidados por alianças e acordos. Portanto, entre os anos de 843 e 877, a monarquia francesa se inicia receptiva às concessões ou ao reconhecimento recíproco de direitos, como caminho para manutenção do poder político.

A par disso, os reis franceses sempre se fizeram cercar por conselheiros do clero, cuja tendência era resolver conflitos por meio do convencimento dos opositores e das soluções negociadas. Por certo, os reis franceses desejavam poder absoluto, porém a prática de ter conselheiros sem mentalidade belicista influenciou a forma por meio da qual esse absolutismo se manifestava. Felipe, o Belo, que reinou de 1285 a 1314, além de conselheiros do clero, também era cercado por juristas ou legistas que tiveram grande importância em conferir clareza às regras básicas da organização e exercício do poder; que, entretanto, eram elaboradas e interpretadas sempre em reforço ao poder do monarca, muito embora fosse construída uma imagem de poder legal.

Esse mesmo absolutismo se verificou em Luís XIV, o “*Rei-Sol*”, que governou de 1643 a 1715. É clássica a lembrança da fala: “*o Estado sou eu*”; como expressão que comprovaria a confusão entre vontade pessoal do rei e soberania do Estado. Muito embora não conste que Luís XIV tenha de fato dito a frase, tendo sido provavelmente produzida por Voltaire; não se nega que o rei tenha exercido na França o poder como monarca absoluto, da mesma maneira como ocorreu com seus antecessores

Henrique IV, Francisco I, Luís IX e Carlos V. Ocorre que o espírito da famosa frase somente foi de fato declarado num discurso do sucessor de Luís XIV.

Dalmo de Abreu Dallari³¹² refere-se a um discurso proferido no Parlamento de Paris por Luís XV, que reinou de 1715 a 1774. Em 3 de março de 1766, o rei disse que a autoridade soberana residia na pessoa do monarca, a quem pertencia o poder legislativo sem dependência nem compartilhamento, e de quem emanaria toda ordem pública, bem como cuja vontade revelaria os direitos e os interesses do povo e da nação. Essas palavras bem sintetizam as convicções absolutistas de Luís XV e, ao contrário da famosa expressão tradicionalmente atribuída ao seu antecessor, estão comprovadas documentalmente.

Com vistas a proteger a liberdade individual contra o absolutismo, a burguesia defendeu a adoção da Constituição escrita. Além de adotar uma Constituição escrita, o constitucionalismo francês também se caracterizou pela declaração de direitos como requisito formal dessa Constituição escrita, bem como pela supremacia da liberdade individual concebida na perspectiva liberal-burguesa, e também pelo privatismo e pela autonomia da esfera privada em face à esfera pública.

Assim, a Declaração de Direitos como parte da Constituição escrita tinha por objetivo autêntico a afirmação da liberdade em oposição ao absolutismo. Desse modo, ficou expresso no artigo 16 da *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, adotada como preâmbulo de 1791, que “*toda sociedade na qual a garantia dos direitos não esteja assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição*”. Sua dicção revela que a ideia de separação dos Poderes, como garantia de liberdade, já se inseria no espírito da Assembleia Nacional francesa:

“Pela redação dada a esse artigo fica evidenciado que os insurgentes franceses, os que desejavam mudança profunda nos métodos de governo, acreditavam que a Constituição escrita seria o instrumento adequado para consagrar a mudança, mas, além disso, consideravam necessário que a Constituição instituisse a separação dos Poderes, cuja necessidade, já preconizada por Aristóteles na Grécia antiga e por vários outros pensadores políticos anteriores, entre os quais Marsílio de Pádua e Maquiavel, fora muito enfatizada por Montesquieu. Na realidade, Montesquieu não chega a propor um sistema de três poderes separados, mas considera indispensável que o poder que executa as leis não seja o mesmo que as produza. O que importa assinalar neste momento é a expansão da ideia de Constituição, como instrumento necessário para a garantia dos direitos naturais do indivíduo e para impedir o retorno ao absolutismo”³¹³.

A separação entre Poder Judiciário e os outros Poderes foi recepcionada, de plano e em sua forma clássica, pela primeira Constituição francesa, cujo artigo 1º. do

³¹² Ibidem, p. 153.

³¹³ Ibidem, mesma página.

Capítulo V do mesmo Título III estabelecia vedação a que o Poder Judiciário fosse exercido pelo Legislativo ou pelo rei. Dalmo de Abreu Dallari conclui que:

“a adoção da ideia de Constituição como fundamento filosófico e político da organização social, numa perspectiva universal e idealizada com base nos valores fundamentais da pessoa humana, indo muito além da busca de solução para problemas locais e imediatos, foi a contribuição, extremamente importante, dada pela França ao constitucionalismo”³¹⁴.

Da mesma maneira, nos **Estados Unidos da América**, a Declaração de 1776, como na França, admitiu a separação dos Poderes, visto que, em seu parágrafo 5º., previa que o Legislativo e o Executivo seriam separados e distintos do Judiciário.

A Constituição de 1787, por sua vez, referiu-se ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário como “*branches*”, ou seja, “*ramos*” ou mesmo “*divisões*”; reconhecendo-os como funções ou atividades necessárias para o exercício do poder de Estado. Da mesma maneira, referiu-se ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário, usando a expressão “*powers*”, o que comprova que a Constituição os reconheceu não somente como meras funções ou atividades, mas também como expressões individualizadas do poder político e da soberania do Estado, que sempre é una.

Criaram-se, assim, o Legislativo, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, nos termos do artigo I; o Executivo, exercido pelo Presidente, nos termos do artigo II; e, por fim, o Judiciário, liderado pela Suprema Corte, nos termos do artigo III. Cada uma dessas divisões exerceria o poder político sendo limitada pelas outras duas. Disso se conclui que nos Estados Unidos da América foi, de fato, logo adotada a doutrina dos “*freios e contrapesos*”, a fim de garantir liberdade, não somente pela simples separação dos Poderes, mas também pelo estabelecimento do controle recíproco entre os órgãos. Nesse sentido, Nuno Piçarra destaca que:

“O outro desenvolvimento especificamente americano do princípio da separação dos poderes consiste na integração do poder judicial no ‘*processo equilibrante*’ entre os órgãos estaduais, processo esse que, de acordo com o esquema da balança dos poderes, apenas englobava até então o poder legislativo e o poder executivo”³¹⁵.

Por isso, é muito importante destacar, mais uma vez, que, ao contrário da inglesa e da francesa, a matriz norte-americana, ao situar os três poderes em posição de igualdade, já cedo reconheceu o Judiciário como um poder capaz de controlar os outros dois. Para Nuno Piçarra: “*A constituição norte-americana terá sido a expressão mais fiel e*

³¹⁴ Ibidem, p. 201.

³¹⁵ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio**, p. 202.

consequente do esquema técnico-constitucional de balanço dos poderes ou de freios e contrapesos exposto por Montesquieu”³¹⁶.

Portanto, em resposta às duas questões formuladas inicialmente, a separação dos poderes não foi adotada uniformemente nas três matrizes do pensamento constitucional, representadas pela Inglaterra, França e Estados Unidos da América. Na Inglaterra, cuja característica é a supremacia do Parlamento, a separação dos poderes assumiu um caráter de equilíbrio de forças entre as instituições inglesas. Esse caráter inglês ficou bastante próximo da ideia de Constituição mista, inspirada em Aristóteles e em Políbio. No século XVIII, a construção da teoria da separação dos poderes por Montesquieu também se baseou no modelo inglês, simbolizado pelo Lorde Bolingbroke. Entretanto, não houve de fato na Inglaterra uma clássica separação dos poderes, mas sim concentração. Dentre as instituições inglesas tradicionais encontram-se o rei e pelo Parlamento; e, hoje, ganha importância a Suprema Corte, que passa a compor o equilíbrio entre os atuais “*fatores reais de poder*”, típicos desse modelo. Na França, por sua vez, a separação dos poderes assumiu um caráter de garantia, por meio dos limites trazidos pela organização política. Entretanto, não houve, já cedo, uma prática de igualdade entre os poderes, sendo que o maior prestígio sempre foi dado aos órgãos representativos. Já nos Estados Unidos da América, o princípio previu igual potencial para o Legislativo, Executivo e Judiciário, reconhecendo-os como poderes independentes e capazes de comporem um sistema de “*freios e contrapesos*”, com fins de garantia aos direitos dos cidadãos.

3.2. Separação dos Poderes como garantia “sociológica” aos direitos

Assim como ocorre no conceito de Constituição, também a ideia de separação dos Poderes englobará aspectos sociológicos, políticos e jurídicos. Portanto, harmonia e independência significarão reconhecimento do Judiciário como um poder capaz de controlar os demais poderes, por meio do juízo de constitucionalidade das leis e do governo, garantindo direitos frente a quaisquer violações. Também a organização política estará voltada para o alcance da finalidade do Estado, que é promover o bem comum.

Nesse ponto, quatro questões podem ser propostas. Primeira: pode-se falar em divisão do poder estatal e em separação dos Poderes, mesmo considerando que a

³¹⁶ Ibidem, p. 225.

soberania é una, indivisível? Segunda: quais os sentidos que as expressões “*divisão*” e “*separação*” assumem, ao relacionarem-se com o conceito de poder? Terceira: é possível identificar aspectos sociológicos, políticos e jurídicos na ideia de separação dos poderes? Quarta: o fortalecimento institucional do Poder Judiciário “*garantista*” pode ser associado a um sentido sociológico da separação dos Poderes?

Historicamente, a técnica da separação dos poderes pressupunha que o exercício do poder, que antes era concentrado em um só órgão, deveria ser dividido entre vários órgãos. A concentração, cujo maior exemplo correspondia anteriormente à monarquia absolutista, foi a primeira forma de exercício do poder. Era uma forma inconveniente, porque dava margem ao arbítrio. Assim, a necessidade de prevenir o arbítrio levou à limitação do poder por meio da distribuição do seu exercício. O poder do Estado é uno e indivisível, assim como também é una e indivisível a soberania. Entretanto, o exercício desse poder pode ser distribuído entre órgãos do Estado, o que não rompe a unidade do poder. Isso porque o que se divide não é o poder, mas sim o seu exercício. Portanto, divisão de poder quer dizer divisão de exercício do poder, divisão de trabalho.

Bem ligado à ideia de eficiência no exercício do poder político, Aristóteles, em “*A Política*”, no Livro III, Capítulo XI, defendeu que o poder não deveria ser atribuído a um único indivíduo, afirmando que “*a maioria, não o melhor, deve ter a supremacia*”³¹⁷. Já no século XIV, Marsílio de Pádua, na obra “*Defensor Pacis*”, de 1324, estabelecia a distinção entre legislativo e executivo, tendo como base a “*afirmação de uma oposição entre o povo, que chama de ‘primeiro legislador’, e o príncipe, a quem atribui função executiva*”³¹⁸. E, por sua vez, Nicolau Maquiavel, em “*O Príncipe*”, afirmava que:

“entre os reinos de melhor constituição e governo destes nossos tempos está o da França. Nele, encontramos um expressivo número de instituições de cujo valor dependem a liberdade e a segurança do Rei. Destas, a primeira é o Parlamento e a sua autoridade. Com efeito, aquele que concebeu a organização desse Reino, conhecendo a ambição e a insolência dos poderosos e ao considerar a necessidade de amordaçá-los com algum corretivo [institucional], mas ainda, por outro lado, visando tranquilizá-los, ciente do ódio fundado no medo e a estes dirigido pela plebe, não quis que esta se constituísse numa particular atribuição do Rei”³¹⁹.

Ao falar das relações entre rei, Parlamento e autoridade judiciária na França:

“É curioso notar que Maquiavel louva essa organização porque dava mais liberdade e segurança ao rei. Agindo em nome próprio o judiciário poderia proteger os mais fracos, vítimas de ambições e das

³¹⁷ ARISTÓTELES. *A Política*, p. 230.

³¹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 217.

³¹⁹ MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*, p. 91-92.

insolências dos poderosos, poupando o rei da necessidade de interferir nas disputas e de, em consequência, enfrentar o desgosto dos que não tivessem suas razões acolhidas”³²⁰.

Jean Bodin, na obra *“Les Six Livres de la République”*, escrita provavelmente em 1576, foi um dos primeiros a desenvolver o conceito de soberania. Nessa obra, Bodin define soberania como *“poder absoluto e perpétuo de uma República, palavra que se usa tanto em relação aos particulares quanto em relação aos que manipulam todos os negócios de estado de uma República”*³²¹. Ao afirmar que a soberania é um poder absoluto e perpétuo, Jean Bodin não reconhece limites a esse poder. O único limite ao poder dos príncipes era, para Bodin, a lei divina, a que todos estavam sujeitos.

Por sua vez, com base em uma ideia semelhante de soberania, Thomas Hobbes (1588-1679) fundamentou o absolutismo pela defesa de um rei forte, que concentrasse, em si, todo o poder.

Para Hobbes, o homem é naturalmente mau e, sendo egoísta, tenderá naturalmente a violar o direito alheio. Isso daria origem a uma sociedade em que a principal lei seria a lei do mais forte. E essa sociedade seria naturalmente autodestrutiva. Para evitar que isso acontecesse, as pessoas naturais decidiram firmar um contrato social e constituir uma pessoa fictícia, jurídica, a que se chamou de Estado, muito mais forte que todos e que cada um, e a quem incumbiria proteger as pessoas naturais.

Thomas Hobbes afirmou, então, essa propensão natural a que os seres humanos mais fortes subjugassem os mais fracos, segundo sua vontade. Por isso, para evitar uma *“guerra de todos contra todos”*, em que *“homem fosse o lobo do homem”*, eram indispensáveis regras de comportamento para garantir convivência pacífica e estabilidade social, porque *“uma guerra perpétua não é adequada à conservação, seja da espécie humana, seja de cada homem”*³²². Aí residia o fundamento do absolutismo, em que a paz era garantida pelo cumprimento das regras impostas por um rei forte, em prejuízo até mesmo da democracia.

Além disso, Thomas Hobbes, como um dos principais teóricos do absolutismo, concebeu que a segurança dos *“homens particulares”* devia ser providenciada não somente por pactos, mas por meio de castigos contra quem cometesse a injúria. Portanto, esse direito de castigar, a que Hobbes chamou *“espada da justiça”*, deveria ser entregue a um homem ou a um conselho, dotados do poder supremo na cidade. Também caberia a esse poder supremo a *“espada da guerra”*, entendida como o direito de

³²⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Op. cit.**, p. 217.

³²¹ BODIN, Jean. **Les Six Livres de la République** “*apud*” DALLARI, Dalmo de Abreu. **Op. cit.**, p. 77.

³²² HOBBS, Thomas. **Do cidadão**, p. 37.

reunir e unir cidadãos, armando-os para luta contra qualquer perigo que afrontasse a paz de todos. Além da “*espada da justiça*” e da “*espada da guerra*”, a esse homem ou conselho também seria conferido o poder de julgar o direito e resolver os conflitos.

Nesse sentido, são suas palavras acerca das “*espadas*” e do direito de julgar:

“As duas espadas então (da guerra e da justiça), pertencem essencialmente ao chefe em comando. [...] Por ser o direito à Espada (da guerra e da justiça) nada mais do que o direito de usá-la conforme seu desejo, compete então à mesma pessoa o julgamento de seu direito: pois, se estivesse em um o direito de julgar e em outro o de executar, nada se faria. Desta forma, quem não pudesse executar suas ordens julgaria em vão, ou se a executasse pelo poder de outro diria-se que não é ele próprio detentor do poder da Espada, mas aquele outro de quem ele é apenas um ministro. Consequentemente, todo o julgamento em uma cidade compete ao detentor das duas espadas, ou seja, a quem possui suprema autoridade”³²³.

É interessante notar que, ao defender a reunião numa mesma pessoa dos poderes de julgar e de executar, Hobbes opõe-se ao ideal de separação de poderes pouco mais tarde defendido por Montesquieu. Da mesma maneira, para Hobbes, melhor que apaziguar conflitos era prevenir que eles ocorressem. Além disso, segundo esse entendimento, os conflitos surgem pela diferença de opiniões entre cada homem sobre aquilo que é justo ou injusto. Então para evitar essa incerteza e preservar a paz, o poder supremo também editará leis a fim de dirigir os cidadãos e suas ações futuras.

Nesse ponto, Hobbes defendeu que: “*é função do chefe em comando estabelecer algumas regras comuns a todos, e declará-las ao público, de maneira que todo indivíduo saiba o que pode ser chamado de seu, ou o que é de outro, o que é justo e o que é injusto*”³²⁴.

Thomas Hobbes também conclui pela necessidade de que o governante fosse assistido por auxiliares a ele subordinados; e que viabilizassem o exercício do poder. Nesse sentido, escreveu que: “*É impossível que um homem ou conselho administre os assuntos da cidade, seja de paz ou de guerra, se este não tiver a disposição de oficiais e magistrados a ele subordinados*”³²⁵. E essa ideia contribuiu bastante para o entendimento de que os juízes eram meros funcionários do rei.

Numa perspectiva bem diferente daquela defendida por Hobbes, a soberania volta a ser tratada por Jean-Jacques Rousseau, na obra “*Du contrat social*”, em 1762. Ao contrário de Hobbes, Rousseau julgava que o homem era naturalmente bom. Além disso,

³²³ Ibidem, p. 94.

³²⁴ Ibidem, p. 95.

³²⁵ Ibidem, p. 95.

reconhecia que o verdadeiro soberano não é o rei, mas sim o povo. Para Rousseau, a soberania é inalienável, porque, como expressão da vontade geral, não pode ser alienada nem representada por quem quer que seja:

“A soberania, não sendo senão o exercício da vontade geral, nunca pode alienar-se e [...] o soberano, que não é senão um ser coletivo, só pode ser representado por ele mesmo; o poder pode perfeitamente ser transmitido, mas não a vontade. De fato, se não é impossível que uma vontade particular concorde em algum ponto com a vontade geral, é impossível ao menos que essa concordância seja durável e constante, pois a vontade particular tende por sua natureza às preferências, e a vontade geral tende à igualdade”³²⁶.

Segundo Rousseau, a soberania também é indivisível, porque a vontade geral requer a participação do todo:

“A vontade ou é geral, ou não existe; ou é a vontade do corpo do povo, ou somente de uma parte. No primeiro caso, essa vontade declarada é um ato de soberania e constitui lei; no segundo, não é senão uma vontade particular ou um ato de magistratura; quando muito é um decreto. [...] Sempre há um engano quando se acredita ver a soberania dividida, porque os direitos tomados como partes dessa soberania são todos subordinados a ela e supõem sempre vontades supremas, das quais esses direitos são apenas a execução”³²⁷.

Jean-Jacques Rousseau reconhece, entretanto, que existem limites à soberania. Isso porque o poder deve ser dirigido pela vontade geral de acordo com os limites do contrato social:

“O pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus, e é esse mesmo poder, dirigido pela vontade geral, que leva [...] o nome de soberania [...] Os compromissos que nos ligam ao corpo social só são obrigatórios por serem mútuos, e sua natureza é tal que, ao cumpri-los, não se pode trabalhar para outrem sem trabalhar também para si [...]. O poder soberano [...] não ultrapassa nem pode ultrapassar os limites das convenções gerais [...]. O Soberano nunca tem o direito de onerar um súdito mais do que a outro, porque então, tornando-se particular a questão, seu poder não é mais competente”³²⁸.

Dalmo de Abreu Dallari, na obra *“Elementos de Teoria Geral do Estado”*, ensina que, para Rousseau: *“A regra básica da limitação é que o soberano não pode sobrecarregar os cidadãos de coisas inúteis à comunidade e tampouco pode exigi-las, devendo, finalmente, fazer exigências iguais a todos os súditos”*³²⁹. Nesse ponto, ensina também que:

“No combate da burguesia contra a monarquia absoluta, que teve seu ponto alto na Revolução Francesa, a ideia da soberania popular iria exercer grande influência, caminhando no sentido de

³²⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du contrat social**, Livro II, Cap. I, p. 48-49.

³²⁷ Ibidem, Livro II, Cap. II, p. 51 e 53.

³²⁸ Ibidem, Livro II, Cap. IV, p. 60, 62, 65 e 67.

³²⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, p. 78.

soberania nacional, concebendo-se a nação como o próprio povo numa ordem. No começo do século XIX ganha corpo a noção de soberania como expressão de poder político, sobretudo porque interessava às grandes potências, empenhadas em conquistas territoriais, sustentar sua imunidade a qualquer limitação jurídica. Entretanto, a partir da metade do século, vai surgir na Alemanha a teoria da personalidade jurídica do Estado, que acabará sendo apontado como o verdadeiro titular da soberania”³³⁰.

A teoria da divisão funcional do poder distingue três funções estatais: legislativa, executiva e judiciária. Cada uma dessas funções é atribuída a um órgão distinto e independente dos demais. Essa teoria ganhou suas as feições atuais com John Locke e com Montesquieu. Esse último, além de distinguir funções, também foi pioneiro em atribuir cada uma delas aos órgãos distintos, harmônicos e independentes.

John Locke, no “*Segundo Tratado sobre o Governo*”, publicado originalmente em 1690, afirmava que:

“todo poder concedido como encargo para se obter certo objetivo é limitado por esse mesmo objetivo, e sempre que este for desprezado ou claramente contrariado, perde-se necessariamente o direito a este poder, que retorna às mãos que o concederam, que poderão depositá-lo em quem julguem melhor para garantia e segurança próprias. Por isso, a comunidade sempre conserva o poder supremo de se proteger contra os maus objetivos e atentados de quem quer que seja, até dos legisladores, quando se mostrarem levianos ou maldosos para tramar contra a liberdade e a propriedade dos cidadãos”³³¹.

Ao reconhecer a submissão do governante ao legislador e deste ao direito natural, John Locke aproximou-se de Montesquieu, cujo racionalismo, pouco depois, teve como impulso a preocupação com a instituição de governos moderados e equilibrados.

Montesquieu (1689-1755) reconheceu que a concentração do exercício do poder político favorecia seu abuso. Identificou as funções legislativa, executiva e judiciária, bem como defendeu a atribuição de cada uma dessas funções a órgãos estatais distintos, independentes e harmônicos entre si, com a finalidade de racionalizar e desconcentrar o exercício do poder, bem como de proteger a liberdade individual.

Nesse sentido, Montesquieu escreveu que:

“a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer, e em não ser obrigado a fazer o que não se deve querer. É preciso assimilar o que é independência e o que é liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; porque se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, ele já não teria liberdade, visto que os outros teriam igualmente esse poder”³³².

E acrescentou que:

³³⁰ Ibidem, p. 78-79.

³³¹ LOCKE, John. **Two treatises on government**, p. 317, Cap. XIII.

³³² MONTESQUIEU. **L'Esprit des lois**, Livro XI, Cap. III, p. 127-128.

“A liberdade política só se encontra nos Governos moderados. Mas ela não existe sempre nos Estados moderados: ela só existe neles quando não se abusa do poder; mas é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele; vai até encontrar os limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites. Para que não possam abusar do poder, é necessário que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma constituição poder ser tal que ninguém seja forçado a fazer as coisas que a lei não obrigue, e a não fazer as coisas que a lei permita”³³³.

O princípio da separação dos Poderes deu origem à doutrina dos “*freios e contrapesos*”, segundo a qual os atos do governo são atos gerais ou atos especiais. Os atos gerais são praticados por meio da função legislativa e consistem na emissão de regras gerais e abstratas, sem destinatário definido. Os atos especiais são praticados por meio da função executiva e consistem na atuação concreta na vida social dentro dos limites estabelecidos pelos atos gerais. Por fim, cabe à função judiciária fiscalizar o respeito aos limites de cada uma dessas competências. Assim, o poder de cada órgão é limitado pela atuação dos outros dois.

A soberania possui um conceito sociológico, um político e um jurídico. No seu sentido **jurídico**, é entendida como “*o poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas*”³³⁴. No seu sentido **político**, a soberania será “*o poder incontestável de querer coercitivamente e de fixar as competências*”³³⁵. E, por fim, o conceito a que se poderia chamar **sociológico** entende a soberania como o poder de “*fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência*”³³⁶. Quanto a esse aspecto da soberania, Dalmo de Abreu Dallari compreende que:

“a soberania jamais é a simples expressão de um poder de fato, embora não seja integralmente submetida ao direito, encontrando seus limites na exigência de jamais contrariar os fins éticos de convivência, compreendidos dentro da noção de bem comum. Dentro desses limites o poder soberano tem a faculdade de utilizar a coação para impor suas decisões”³³⁷.

Assim como os três sentidos de Constituição e três sentidos de controle de constitucionalidade, também os três sentidos de soberania conjugam-se num sentido único de garantia; que engloba os aspectos sociológicos, políticos e jurídicos.

A partir desse conceito de soberania é possível identificar, então, no exercício do poder político, nuances de cada um desses sentidos. Primeiro, a compreensão jurídica de soberania relaciona-se à concepção de **Constituição como norma superior**; e,

³³³ Ibidem, Livro XI, Cap. IV, p. 128.

³³⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, p. 80.

³³⁵ Ibidem, p. 79-80.

³³⁶ REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**, p. 140.

³³⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Op. cit.**, p. 80-81.

portanto, celebra a supremacia da Constituição, na medida em que o poder político, expressão da soberania, será também um poder jurídico, a ser sempre exercido nos limites da Constituição. E esses limites serão sindicados via controle judicial de constitucionalidade. Segundo, a compreensão política de soberania relaciona-se à ideia de Constituição política a fim de organizar o funcionamento do Estado e do governo, atribuindo competências; sobre as quais existirá um controle político de constitucionalidade. Terceiro, a compreensão sociológica de soberania relaciona-se à força da tradição e das instituições, capazes de, na prática, fazerem valer suas decisões, via controle sociológico de constitucionalidade.

Por isso, tendo em vista que Legislativo, Executivo e Judiciário nada mais são que meras expressões da soberania una do Estado, será possível deduzir desse conceito múltiplo de soberania outros três sentidos para o princípio da separação dos Poderes: sociológico, político e jurídico.

O princípio da separação dos Poderes, como uma das bases do constitucionalismo, implica fixação de limites e de objetivos ao exercício do poder político. Tem, portanto, três principais sentidos. O primeiro, de controle recíproco entre as instituições, por meio de um sistema de freios e contrapesos, em que o poder freie o poder, impedindo abusos. O segundo, o sentido de organização política, por meio da atribuição das funções de elaborar a lei, de exercer o governo e de dizer o Direito, fixando competências e padrões de interação entre os órgãos. E, por fim, o terceiro sentido que é garantir direitos, por meio da obediência ao padrão objetivo de justo, estabelecido na Constituição e aferido pelo Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade.

Como visto, a **Inglaterra** não adotou a separação “clássica” dos Poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário. O papel que seria desempenhado por esse princípio foi, de fato, exercido por um equilíbrio natural de forças entre as instituições políticas inglesas. Nesse sentido, Nuno Piçarra reconhece que a separação dos poderes na Inglaterra esteve associada a “*rule of law*”, por meio da qual se consagrou a força do Parlamento:

“A doutrina da separação dos poderes surgiu, pela primeira vez, em Inglaterra, no século XVII, estreitamente associada à ideia de ‘*rule of law*’ ou, mais concretamente, concebida como pré-requisito prático ou condição ‘*sine qua non*’ da realização da mesma. Baseava-se em específicas ideias, reivindicações e critérios jurídicos, de cariz essencialmente anti-absolutista. Constituía, assim, elemento essencial do modelo que ao Estado absolutista então se contrapunha como alternativa: a própria ‘*rule of law*’, primeira forma histórica do que viria a ser o Estado-tipo do

Ocidente, ou seja, o Estado constitucional ou de Direito, que igualmente inclui como seu elemento essencial o princípio da separação dos poderes”³³⁸.

Entre os ingleses, muito mais significativa que a separação entre Legislativo, Executivo e Judiciário era essa força do Parlamento frente ao poder do rei, o que se aproxima muito mais da ideia do controle recíproco entre instituições, bem como do sistema dos freios e contrapesos ou “*checks and balances*”. Nesse sentido, Nuno Piçarra escreve que:

“nasceu aquela que veio a ser a teoria constitucional inglesa típica do século XVIII, considerada ora como variante da doutrina da separação dos poderes ora como variante da doutrina da monarquia mista; a doutrina da balança dos poderes (*‘balance of powers’* ou *‘balanced constitution’*). [...] Reivindicou-se finalmente uma separação orgânico-pessoal entre legislativo e executivo como pré-condição para o controlo e a limitação recíproca do poder político exercido por cada um desses ‘ramos’ separados. Esta versão da doutrina da separação dos poderes (*‘balancing version’*) está já definitivamente impregnada pela teoria da constituição mista e aponta com clareza para a ideia de *‘checks and balances’*. [...] A separação entre o órgão legislativo e o órgão executivo é já preconizada tendo-se especialmente em conta os respectivos titulares que, por constituírem ‘potências’ político-sociais portadoras de interesses opostos, procurarão limitar-se reciprocamente a nível institucional. Mas, como se verá, pode apenas ter-se em conta um desses órgãos para viabilizar esse efeito limitativo. É este o ponto de partida da teoria dos *‘checks and balances’*”³³⁹.

Essa ideia de equilíbrio de forças é bastante coerente com a concepção inglesa de um constitucionalismo baseado na Constituição costumeira, gravada apenas nas tradições do povo. Portanto, além da Constituição não-escrita, outra característica muito importante do modelo constitucional inglês foi essa supremacia do Parlamento, inaugurada pela “*Magna Carta*” e consagrada pelo “*Bill of Rights*”.

O Parlamento foi tão importante na Inglaterra que deu origem até mesmo a uma forma de governo a que os teóricos chamaram “*parlamentarismo*”, em que o monarca representa o Estado, mas é um parlamentar que exerce o Governo. Na Inglaterra, por força dessa instituição, desde o século XVII, o rei deveria comparecer ao Parlamento para dar explicações e ouvir sugestões. Conta a história que o Rei Jorge I, de origem alemã e que não falava inglês, quando comparecia às sessões parlamentares fazia-se acompanhar por seus ministros, sendo que dentre eles destacava-se Robert Walpole, que ironicamente passou a ser chamado Primeiro-Ministro. Percebeu-se que, na prática, quem chefiava o governo era ele e, afirmando a superioridade parlamentar, a Câmara dos Comuns exigiu

³³⁸ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio**, p. 44.

³³⁹ Ibidem, p. 60 e 61-62.

que somente ocupasse tal cargo pessoa previamente por ela autorizada, bem como que só se mantivesse no cargo enquanto fruisse da confiança da Casa.

Diferentemente da Inglaterra, na **França** a separação dos Poderes assumiu muito mais um caráter organizacional. Michel Troper, em sua obra *“La séparation des pouvoirs et l’histoire constitutionnelle française”*, identifica o princípio da separação dos poderes com um princípio de especialização:

“O princípio da separação das funções, ou especialização dos órgãos, é o primeiro elemento da teoria da separação dos poderes: cada órgão, ou grupos de órgãos, deve exercer uma das grandes funções jurídicas do Estado. Ele não deve, portanto, intrometer-se no exercício das outras funções que são realizadas pelos outros órgãos; simetricamente, os outros órgãos não devem participar do exercício da ‘sua’ função”³⁴⁰.

As palavras de Troper bem demonstram que, na França, a separação dos poderes assumiu um caráter de organização política, consistindo a técnica de atribuição de funções a órgãos. Aproximou-se, portanto, de uma separação a que se pode chamar **orgânico-funcional**.

Carl Schmitt, por sua vez, concebe a separação dos poderes como “o princípio orgânico destinado a assegurar [...] a moderação e a controlabilidade de todos os órgãos de poder do Estado”³⁴¹. Assim entende o princípio da separação dos Poderes como distribuição e organização do exercício do poder político:

“Da ideia fundamental da liberdade burguesa se deduzem duas consequências, que integram os dois princípios do elemento típico do Estado de Direito, presentes em todas as Constituições modernas. Primeiro, um ‘princípio de distribuição’: a esfera de liberdade do indivíduo se supõe como um dado anterior ao Estado, resultando uma liberdade individual ‘ilimitada em princípio’, enquanto que a faculdade do Estado para invadi-la ‘é limitada em princípio’. Segundo, um ‘princípio de organização’, que serve para pôr em prática esse princípio de distribuição: o poder do Estado (limitado em princípio) se ‘divide’ e se encerra em um sistema de competências circunscritas”³⁴².

Já nos **Estados Unidos da América**, o princípio da separação dos Poderes aproxima-se da ideia de garantia, por meio da previsão do controle de constitucionalidade já nos primeiros tempos do Estado Federal. Nesse sentido, o autor português Pedro Carlos Bacelar de Vasconcelos, na obra *“A separação dos poderes na Constituição Americana”*, afirma que:

“é ao Poder Judicial – supremo intérprete da Constituição – que vai caber o papel de árbitro definitivo e onnipresente da querela entre o Congresso e o Presidente. O ‘Supreme Court’

³⁴⁰ TROPER, Michel. *La séparation des pouvoirs et l’histoire constitutionnelle française*, p. 19.

³⁴¹ SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución* (2011), p. 245.

³⁴² Ibidem, p. 183.

transforma-se assim em parte activa na contenda, invocando uma jurisdição constitucional, de carácter difuso e incidental”³⁴³.

Portanto, os Estados Unidos da América desde cedo adotaram um sentido “*garantista*” para a separação dos Poderes, atribuindo ao Judiciário o “*judicial review*” e reconhecendo nele um poder independente, capaz de fiscalizar os demais poderes quanto ao cumprimento de um padrão objetivo de justo estabelecido pela Constituição. Essa função de garantia estaria muito próxima da ideia de “*policy control*”, desenvolvida por Karl Loewenstein.

A propósito do sentido assecuratório do princípio em questão, Hans Kelsen reconhece expressamente a função de garantia desempenhada pela jurisdição constitucional, como decorrência do próprio princípio da separação dos poderes:

“a instituição da jurisdição constitucional não se acha de forma alguma em contradição com o princípio da separação dos poderes; ao contrário, é uma afirmação dele. [...] Sua independência diante do Parlamento como diante do governo é um postulado evidente. Porque precisamente o Parlamento e o governo é que devem ser, como órgãos participantes do processo legislativo, controlados pela jurisdição constitucional”³⁴⁴.

No mesmo sentido, Nuno Piçarra defende que:

“A separação dos poderes é um pressuposto institucional para a garantia dos direitos fundamentais, sem a qual estes mais não são do que meras declarações de intenção. Só perante tribunais independentes o indivíduo pode ‘*resistir*’ às violações dos seus direitos por parte dos outros poderes do Estado. Pode, por isso, dizer-se que a decisão constitucional de garantia dos direitos fundamentais é, simultaneamente, uma decisão fundamental sobre a organização do poder político-estadual. [...] O poder judicial, guardião dos direitos fundamentais, é visto aqui, primordialmente, como uma espécie de contrapeso do poder legislativo e do poder executivo e não como poder nulo, corolário daquele monismo”³⁴⁵.

Portanto, em resposta às quatro questões formuladas no início desse tópico, a separação dos Poderes não representa divisão do poder estatal, já que é divisão de funções, divisão de trabalho, mas não propriamente divisão de poder. Isso porque a soberania é una e indivisível; e o poder do Estado, como expressão da soberania, não admite divisões nem repartições, sob pena de divisão do próprio Estado. Assim, em se tratando de divisão de trabalho, não existe conflito entre o princípio da separação dos Poderes e a ideia de unidade e indivisibilidade da soberania. Também por isso, as expressões “*divisão*” e “*separação*” assumirão o carácter de harmonização e independência

³⁴³ VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. **A separação dos poderes na Constituição americana**, p. 14.

³⁴⁴ KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: **Jurisdição constitucional**, p. 152 e 153.

³⁴⁵ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio**, p. 191 e 196.

entre os órgãos estatais; o caráter de atribuição de trabalhos e repartição de competências; assim como o caráter garantista.

Nesse sentido Dalmo de Abreu Dallari ensina que:

“Embora seja clássica a expressão ‘*separação de poderes*’, que alguns autores desvirtuaram para ‘*divisão*’ de poderes, é ponto pacífico que o poder do Estado é uno e indivisível. É normal e necessário que haja muitos órgãos exercendo o poder soberano do Estado, mas a unidade do poder não se quebra por tal circunstância. Outro aspecto importante a considerar é que existe uma relação muito estreita entre as ideias de ‘*poder*’ e de ‘*função*’ do Estado, havendo mesmo quem sustente que é totalmente inadequado falar-se numa separação de poderes, quando o que existe de fato é apenas uma ‘*distribuição de funções*’”³⁴⁶.

Da mesma maneira, a ideia de Constituição como fenômeno complexo autoriza a que se compreenda a separação dos Poderes segundo seus sentidos sociológico, político e jurídico. Em outras palavras, assim como a própria Constituição, também a separação dos Poderes envolverá aspectos sociológicos, políticos e jurídicos. Em seu aspecto jurídico, a separação dos Poderes significará garantia de direitos. Em seu aspecto político, significará organização do Estado. E, em seu aspecto sociológico, significará controle recíproco das instituições, por meio de um sistema de “*freios e contrapesos*”, também com fins garantísticos.

Assim, no sentido sociológico, a separação dos Poderes representará o equilíbrio de forças entre as instituições de um determinado país, proporcionando harmonia e independência; ou seja, para usar os dizeres de Ferdinand Lassalle, o sentido sociológico de separação dos Poderes corresponde à interação e equilíbrio entre os “*fatores reais do poder*”. Já no seu sentido político, o princípio representará a organização política, com aquela atribuição de trabalhos e repartição de competências. E, por fim, em seu sentido jurídico, representará a garantia de direitos pelo enfraquecimento do absolutismo político ou econômico, tanto numa perspectiva de contenção de uma função estatal por outra para proteger liberdade individual quanto numa perspectiva de intervenção de uma função estatal em outra a fim de promover igualdade material.

Por tudo isso, o fortalecimento institucional do Poder Judiciário poderá, sim, ser associado ao sentido sociológico de separação dos Poderes, na medida em que permite reconhecer no Judiciário um poder independente capaz de garantir direitos frente a violações originárias dos outros poderes.

³⁴⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, p. 215-216.

3.3. Separação dos Poderes no modelo social de Estado

Verificamos, até agora, que a passagem do Estado liberal para o Estado social representou uma evolução das funções de governo, expressas pela administração; bem como das funções de garantia, expressas pela jurisdição; sempre a partir de uma defesa da abstenção rumo ao estímulo de intervenção, com fins garantistas. Cabe, então, perguntar: a passagem do Estado liberal para o Estado social representou alguma evolução na compreensão que se deve ter do princípio da separação dos poderes?

Foi visto que a transição do Estado liberal para o Estado social representou a valorização da igualdade material em relação à liberdade individual. Por isso, ao Estado não mais coube somente proteger os direitos individuais, porque, como resultado dessa transição, a ele caberá também promover os direitos sociais, por meio de ações governamentais. Essa evolução gerou, da mesma maneira, uma nova atuação do Poder Judiciário, que assumiu seu papel político, bem como passou a desempenhar um intervencionismo judicial. Portanto, espera-se hoje que o Legislativo e o Executivo cumpram seu papel na realização dos direitos sociais; bem como que o Judiciário fiscalize ativamente o cumprimento dessa obrigação estabelecida pela Constituição. Por certo, nesse cenário, a concepção de separação de Poderes também se modificará.

Fábio Konder Comparato considera que *“a passagem da nomocracia liberal ao Estado telocrático contemporâneo tornou indispensável um reexame da classificação tradicional dos Poderes estatais”*³⁴⁷. Cita Rui Barbosa, para quem *“o efeito da interferência da justiça, muitas vezes, não consiste senão ‘em transformar’ [...] uma questão ‘política’ em questão ‘judicial’. [...] É, indubitavelmente, um poder, até certa altura, político, exercido sob as formas judiciais”*³⁴⁸. E conclui pelo afastamento da *“clássica objeção de que o Judiciário não tem competência, pelo princípio da divisão de Poderes, para julgar ‘questões políticas’”*³⁴⁹. E, por sua vez, Nélson Saldanha afirma que *“o conceito de ‘direitos sociais’ fez com que se considerassem insuficientes e individualistas os ‘direitos do homem’ do tempo de Jefferson e de Robespierre”*³⁵⁰. Assim, o advento do Estado Social representou uma atualização da antiga concepção de separação

³⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, vol. 737, p. 17.

³⁴⁸ Ibidem, p. 19.

³⁴⁹ Ibidem, p. 20.

³⁵⁰ SALDANHA, Nélson. **O Estado moderno e a separação de Poderes**, p. 187.

dos Poderes, a autorizar que um poder interfira no outro poder, caso a justificativa para essa intervenção seja a garantia de direitos.

Em sua origem, a separação dos Poderes esteve ligada ao equilíbrio entre as instituições políticas de um país, ou mesmo, esteve ligada ao balanceamento entre as classes ou estamentos de determinada sociedade. Portanto, no primeiro momento, ao se identificar com a Constituição mista, relacionou-se também ao equilíbrio de forças entre os “*fatores reais de poder*”. Logo depois, foi utilizada como técnica de organização política, no que se relacionou à distribuição de competências com a finalidade de eficiência administrativa. E, por fim, também serviu como mecanismo para controle recíproco entre os Poderes.

Esses três aspectos já foram igualmente relacionados às três matrizes do pensamento constitucional. E, a partir de um breve estudo acerca da compreensão predominante de separação de Poderes em cada uma dessas matrizes, foi possível reconhecer que: na Inglaterra, a separação de Poderes assumiu seu caráter sociológico, baseado na força da tradição e no equilíbrio natural entre as instituições; na França, desempenhou seu sentido político, na organização do Estado e do Governo; e, nos Estados Unidos da América, serviu para fins de garantir a Constituição jurídica, por meio dos “*freios e contrapesos*” e, mesmo, do “*judicial review*”.

Mais que isso, é possível dizer que a separação de Poderes assumiu então uma função de garantia, como fica bem demonstrado pelo papel que ela desempenhou ao longo da história. Ocorre que essa garantia merece atualização. Isso porque a garantia atual não será a mesma que a garantia antiga.

Logo de início, a separação dos Poderes tinha por finalidade, sim, garantir direitos. Entretanto, esses direitos correspondiam tão-só à liberdade individual, valor típico a ser protegido no momento em que nasceram, no Estado liberal de Direito, tanto o princípio da separação dos Poderes quanto a própria Constituição. Esse processo se iniciou na Inglaterra do século XVII, potencializou-se na França e nos Estados Unidos da América, no século XVIII e, a partir de então, repercutiu pelo mundo. De fato, é possível dizer, então, que Constituição e separação dos Poderes são “*irmãs gêmeas*”, cujas “*certidões de nascimento e de batismo*” foram o “*Bill of Rights*” de 1689; o parágrafo 5º. da *Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia* de 1776; bem como o artigo 16 da *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789. Assim, no Estado liberal, a Constituição e a separação dos Poderes nasceram com o mesmo propósito de garantir liberdade individual.

Entretanto, é muito importante dizer, que, como era típico na concepção liberal, as garantias de liberdade presumiam abstenção. Disso decorreu que, para que a separação dos Poderes surtisse seus efeitos, era preciso que representasse um freio ao Poder, contra a ingerência nas liberdades. O resultado foi que, de fato, a liberdade foi garantida, segundo a perspectiva das Revoluções Burguesas. Porém, essa compreensão antiga de garantia gerou um desvio da ideia original de separação dos Poderes. Deixou de ser uma garantia de direitos para se tornar uma garantia de Poder. O abstencionismo liberal desfocou o real propósito da separação dos Poderes que se tornou uma arma nas mãos de um Poder contra a interferência de outro Poder. Com isso, por exemplo, tanto o Legislativo quanto o Executivo impediam que o Judiciário garantisse direitos, sempre sob a justificativa de que a separação dos Poderes deveria ser respeitada.

É preciso considerar que ideia de Constituição, assim como a própria concepção de Estado, evolui com o tempo. Isso porque, especialmente nos séculos XIX e XX, foi reconhecido o papel social, na correção das injustiças geradas pelo Estado liberal. Com isso o Estado social, além de proteger a liberdade individual, ou melhor, até mesmo para proteger essa liberdade, incumbiu-se de promover os direitos sociais. As Constituições incorporaram, portanto, os direitos sociais no rol dos direitos fundamentais.

Ocorreu que a separação dos Poderes, muito embora “irmã gêmea” da Constituição, teve, por muito tempo, um destino diferente da própria evolução constitucional. O princípio da separação dos Poderes, mesmo no Estado social, continuou a ser usado como uma garantia de Poder contra a ingerência de outros Poderes. E, por isso, nos dias de hoje, merece uma atualização. E uma atualização não para mudar seu sentido original, mas sim para reafirmá-lo, ou seja, para retomar essa finalidade para qual o princípio foi consagrado: justamente **a garantia de direitos contra Poder e não a garantia de Poder contra direitos.**

Como a própria concentração de poder político, típica do absolutismo, também o fenômeno da concentração econômica, típico do liberalismo, é um acontecimento próprio da natureza humana. Isso porque quem tem poder deseja sempre mais poder até que encontre seus limites. Uma citação livre Montesquieu autoriza a dizer que o poder político, de fato, corrompe o homem, e que se esse poder for absoluto também a corrupção será absoluta. Por isso, uma das finalidades da Constituição e da separação dos Poderes clássicas era justamente impedir que o poder político fosse exercido de forma absoluta, para assegurar que, em seu exercício, existisse racionalidade e moderação.

Em nosso século XXI, caso Montesquieu atualizasse seu pensamento, provavelmente hoje ele diria que não só o poder político corrompe, mas também o poder econômico assim o faz. Montesquieu diria, agora, que a Constituição e a separação dos poderes se prestarão também para garantir que a riqueza seja fruída, e distribuída, com a mesma racionalidade e moderação desejáveis, originalmente, para o exercício do poder político. Um novo mote para a atual separação dos Poderes poderia ser: o poder econômico corrompe, mas o poder econômico absoluto corrompe absolutamente.

Por isso, uma das características do Estado social será justamente a intervenção a fim de promover direitos. E, para que isso aconteça, é previsível a interferência de um Poder no papel que seria tipicamente do outro, caso ocorra uma violação aos direitos. É preciso aproximar, então, novamente a separação dos Poderes da ideia de garantia. Nessa nova perspectiva, a separação dos Poderes não será empecilho para que um Poder fiscalize o cumprimento do papel constitucional que o outro Poder deve exercer.

Dalmo de Abreu Dallari, logo no início da obra o “*Poder dos Juízes*” reconhece a necessidade da atualização do princípio da separação dos Poderes, ao constatar que:

“Os três Poderes [...] estão inadequados para a realidade social e política do nosso tempo. Isso pode ser facilmente explicado pelo fato de que eles foram concebidos no século dezoito, para realidades diferentes, quando, entre outras coisas, imaginava-se o ‘*Estado mínimo*’, pouco solicitado”³⁵¹.

E ensina que:

“o Supremo Tribunal Federal está [...] obrigado a decidir quando impetrada uma ação em que se alega desrespeito à Constituição ou à lei [...]. Ele não apenas pode mas deve decidir, sem que isso configure [...] quebra do princípio da separação de Poderes”³⁵².

Afirma também a exigência de maior dinamismo e de presença constante do Estado na vida social “*é incompatível com a tradicional separação dos poderes*”³⁵³; bem como defende “*que se reconheça que o dogma da rígida separação formal está superado, reorganizando-se completamente o Estado, de modo a conciliar a necessidade de eficiência com os princípios democráticos*”³⁵⁴.

Por tudo isso; se, no passado, separação dos poderes representava abstenção para proteger a liberdade individual; agora, no presente, representa intervenção para

³⁵¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**, p. 1.

³⁵² Idem. Separação de Poderes e garantias de direitos (Resposta à pergunta – O STF tem interferido indevidamente no Poder Legislativo?). **Folha de S. Paulo**, 04 fev. 2006.

³⁵³ Idem. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, p. 222.

³⁵⁴ Ibidem, mesma página.

promover também igualdade material, com o objetivo de, num futuro próximo, construir sociedades humanistas e democráticas, principal finalidade do constitucionalismo. Essa nova separação dos Poderes, mecanismo de realização da Justiça e da Paz, não mais representa garantia ao poder, mas sim garantia aos direitos.

Com a devida ressalva ao fato de que defende o controle concentrado por um poder moderador; o livro *“Da separação de poderes à guarda da Constituição”*, escrito em 1968, por José Luiz de Anhaia Mello, compartilha da tese de que a separação dos Poderes não é simplesmente uma garantia de um Poder contra a interferência de outro. E de que, mais que isso, a separação dos Poderes terá um significado de garantia aos direitos, porque serve não aos governos, mas sim aos povos:

“O instituto da separação de poderes não se confunde com a mera técnica de distribuição de funções ou distinção entre as mesmas. Até nos regimes totalitários há distinção de funções, independentemente da separação de poderes. Num caso, há divisão de trabalho para maior eficiência do todo administrativo; no outro, há separação para garantia da liberdade”³⁵⁵.

Essa doutrina reconhece que, pela sua finalidade de garantia, a Constituição e a separação dos Poderes estão intimamente ligadas. Relacionam-se fortemente

“a história do constitucionalismo com a história das limitações do poder público, de que a separação dos poderes é o clímax. [...] E o constitucionalismo, por sua vez, desemboca nas Constituições escritas, as grandes garantidoras daquelas limitações. [...] Na época em que surgiu a divisão de poderes estabelecida nas Constituições, tal fato representou uma das maiores conquistas da humanidade em termos de luta pela racionalização e institucionalização do poder”³⁵⁶.

Apesar de tudo, história, por muito tempo, negou ao Judiciário seu papel de garantidor, sob a justificativa de que a separação dos Poderes impedia que o Judiciário assegurasse direitos contra violações geradas pelo Legislativo ou pelo Executivo:

“É conhecida a polêmica a respeito de existirem apenas dois momentos no desenvolvimento do poder – o da feitura da lei e o de sua execução. Distinguia-se, ao tempo, a função de julgar, sem, contudo, dar-se-lhe a dignidade de poder do Estado. Foi, sobretudo, na doutrina americana formada em torno das discussões havidas a respeito da Federação, que se deu ao Judiciário a sua autônoma posição”³⁵⁷.

Disso se pode concluir que, agora, trata-se de retomar o real sentido da separação dos Poderes, por meio da afirmação do papel político e ativo do Poder Judiciário, na garantia dos direitos sociais. Assim, em sua atual concepção, a separação dos poderes não mais justifica a abstenção judicial, nem serve como fundamento para impedir

³⁵⁵ MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação dos Poderes à guarda da Constituição**, p. 11.

³⁵⁶ Ibidem, p. 25 e 26.

³⁵⁷ Ibidem, p. 27.

o controle jurisdicional de políticas públicas, sendo mais adequado falar não em “separação”, mas sim em “cooperação” entre os poderes.

Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari, na obra “*Da Atualização do Estado*”, ensina que:

“são três aquelas funções fundamentais, ou seja, a legislação, a execução, que compreende administração e governo, e a jurisdição, as quais devem estar separadas e manter independência recíproca, não obstante atuem em plena harmonia e cooperação, valendo-se umas dos órgãos mais afetos às outras, sempre que isto seja recomendável em vista do objetivo almejado. [...] Por esta fixação mais precisa de atribuições – que não deve chegar à rigidez mecânica – cada órgão poderá tornar-se mais apto e mais adequado ao cumprimento da função que o solicitar, o que, afinal, resultará em maior eficiência e direção mais justa, no exercício das atividades do estado”³⁵⁸.

No mesmo sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso escreve que:

“a evidente ‘*interação*’ e ‘*complementaridade*’ entre as funções e atividades do Estado contemporâneo mostra a sem-razão do argumento que (ainda) pretende erigir a clássica separação dos poderes em obstáculo à ampla cognição, pelo Judiciário, dos questionamentos sobre as políticas públicas”³⁵⁹.

Segundo o autor, “*todo esse contexto vai evidenciando que não há como sustentar o argumento de que a sindicabilidade judicial sobre as políticas públicas implicaria ingerência indevida do judiciário, assim atritando a separação entre os Poderes*”³⁶⁰. E conclui que:

“não é, pois, de se descartar a hipótese de que a propalada contraposição entre política pública e controle judicial talvez mesmo configure, no limite, um falso problema, ou menos uma ‘*falsa antinomia*’, a se ter presente que os princípios constitucionais têm de ser compatibilizados entre si, para conviverem harmoniosamente, sem que um esvazie o conteúdo ou enfraqueça a eficácia do outro; assim, é com esse espírito ‘*largo*’ e ‘*conciliador*’ que se deve ler os princípios da independência entre os Poderes e o da garantia de acesso à Justiça”³⁶¹.

A garantia dos direitos sociais será, portanto, menos uma questão de separação dos Poderes e mais uma questão de diálogo entre os Poderes. Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva defende que a garantia dos direitos sociais leve em conta a “*distinção entre deveres negativos e deveres positivos*”³⁶², bem como “*uma diferença*

³⁵⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Da atualização do Estado**, p. 134.

³⁵⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis. **Ação civil pública**, p. 731.

³⁶⁰ Ibidem, p. 738-739.

³⁶¹ Ibidem, p. 743.

³⁶² SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos fundamentais sociais**, p. 589.

estrutural entre os chamados direitos individuais e os direitos sociais”³⁶³. Ensina que: “a realização dos direitos sociais e econômicos, por depender da implementação de políticas públicas, é tarefa que depende sobretudo do governo e das pressões da sociedade civil mobilizada”³⁶⁴, advertindo que “os juízes, ao tratarem os problemas dos direitos sociais como se fossem problemas iguais ou semelhantes àqueles relacionados a direitos individuais, ignoram o caráter coletivo dos primeiros”³⁶⁵. Por isso, seriam necessárias “mudanças estruturais na educação jurídica, na organização dos tribunais e, sobretudo, nos procedimentos judiciais, para que passe a ser possível tratar os direitos sociais e sobre eles decidir de forma coletiva”³⁶⁶. Uma separação dos poderes interpretada como “diálogo” tornaria possível: “pensar os direitos sociais de forma global, respeitar as políticas públicas planejadas pelos poderes políticos, não fazer realocação irracional e individualista de recursos escassos e, sobretudo, realizar com maior eficiência dos direitos sociais”³⁶⁷.

De qualquer modo, se no Estado liberal garantia significava abstenção, no Estado social garantia significará intervenção; e o princípio da separação dos poderes também haverá de acompanhar essa atualização.

O reconhecimento de que, no Estado social, o Judiciário poderá fiscalizar o cumprimento da Constituição pelos outros Poderes refuta, então, o TERCEIRO ARGUMENTO contrário à garantia judicial dos direitos sociais. Trata-se do argumento da separação dos Poderes. Também há de ser afastado. Isso porque o princípio da separação dos poderes, consagrado no Brasil pelos artigos 2º. e 60, §4º., III da Constituição Federal de 1988, há de ser interpretado em conformidade com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no art. 5º., XXXV da mesma Constituição.

Maria Paula Dallari Bucci escreve que “a categoria das políticas públicas [...] deve operar com base no princípio da legalidade e no controle do poder pelo poder”. A autora reafirma os princípios “da submissão da autoridade à lei – entendida esta como regra de direito, para a realização dos fins do direito – e [...] da submissão da autoridade ao controle, incluindo-se aí o contraste judicial”. Conclui que “os controles posteriores sobre a atividade administrativa [...] devem enfatizar o aspecto material dessa atividade,

³⁶³ Ibidem, mesma página.

³⁶⁴ Ibidem, p. 595.

³⁶⁵ Ibidem, p. 595-596.

³⁶⁶ Ibidem, p. 596.

³⁶⁷ Ibidem, p. 598.

tomando por base o processo de formação do interesse público [...] e o compromisso da Administração Pública, enquanto sujeito de direito e obrigações, com esse processo”³⁶⁸.

Já para Nuno Piçarra, “*o princípio pressupõe uma distinção material das funções estaduais, devendo o desempenho de cada uma delas caber a um órgão ou grupo de órgãos específico, independente dos demais*”³⁶⁹. Por essa razão, segundo o autor, “*há-de fazer com que cada um constitua perante o outro um freio e simultaneamente um contrapeso, prevenindo-se assim a concentração e o abuso do poder*”³⁷⁰. Entretanto, Nuno Piçarra propõe que:

“uma separação orgânica-funcional rígida não é viável na prática, a independência entre os vários órgãos não pode ser absoluta, antes devendo existir entre eles mecanismos de coordenação e interdependência – o que, em última análise, reforçará a fiscalização e o controlo recíprocos”³⁷¹.

Assim, sugere que “*o sistema de controlos jurídicos constituiria o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes no Estado de Direito contemporâneo*”³⁷². E conclui que:

“o princípio da separação dos poderes pretende [...], na actualidade, assegurar uma ‘*estrutura orgânica funcionalmente justa*’, como princípio de organização óptima das funções de um Estado activo como o contemporâneo, cujas prestações correspondem, por vezes, aos direitos fundamentais (econômicos, sociais e culturais) que progressivamente se vieram somar aos direitos fundamentais de liberdade”³⁷³.

No mesmo sentido de atualização, Bruce Ackerman, na obra “*A nova separação dos poderes*”, defende uma nova concepção desse princípio, de modo a propiciar “*uma instância de justiça distributiva que se concentra na provisão econômica mínima daqueles cidadãos menos capazes de defender os seus direitos politicamente*”³⁷⁴. E, Josué Mastrodi Neto afirma que “*o princípio da separação dos poderes, entendido como um critério de organização do Estado, não pode ser motivo para justificar a não-aplicação de direitos fundamentais*”³⁷⁵.

Paulo Bonavides afirma que “*hoje, [a separação dos poderes] se move no âmbito dos direitos fundamentais e os abalos ao princípio partem de obstáculos levantados à concretização desses direitos*”³⁷⁶.

³⁶⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**, p.279-280.

³⁶⁹ PIÇARRA, Nuno. **A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional**, p.12-13.

³⁷⁰ Ibidem, p. 13.

³⁷¹ Ibidem, mesma página.

³⁷² Ibidem, p. 259.

³⁷³ Ibidem, p. 26.

³⁷⁴ ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos Poderes**, p. 114.

³⁷⁵ MASTRODI, Josué. **Direitos sociais fundamentais**, p. 114.

³⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 587.

E, segundo Andréas Krell:

“Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reserva a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional [...]. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais”³⁷⁷.

Ada Pellegrini Grinover conclui que: “*o Poder Judiciário pode exercer o controle das políticas públicas para aferir sua compatibilização com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º CF)*”; bem como que:

“esse controle não fere o princípio da separação dos Poderes, entendido como vedação de interferência recíproca no exercício das funções do Estado. [...] E, conseqüentemente, o Judiciário pode intervir nas políticas públicas – entendidas como programas e ações do Poder Públicos objetivando atingir os objetivos fundamentais do Estado – quer para implementá-las, quer para corrigi-las quando equivocadas”³⁷⁸.

Américo Bede Freire Júnior constata “*ser um arrematado absurdo apontar o princípio da separação dos poderes como entrave à efetivação de direitos fundamentais [...], não sendo possível invocar a separação de funções como limite (impedimento) ao pleno exercício da missão constitucional do Poder Judiciário*”³⁷⁹. Defende que “*já está passando da hora da releitura da separação dos poderes como forma de efetivação da Constituição no Estado Democrático de Direito*”³⁸⁰. Segundo o autor, “*o juiz tem a missão constitucional de impedir ações ou omissões contrárias ao texto, sem que com essa atitude esteja violando a Constituição [...]. Tal postura é ínsita à nova leitura da separação de poderes*”³⁸¹. Propõe “*uma postura mais ativa do Poder Judiciário, visando preservar a Constituição de Políticas Públicas indevidas ou de sua falta*”³⁸².

Portanto, não há como dizer que a separação dos Poderes impede a garantia de direitos. Isso porque ela própria já é uma garantia institucional aos direitos. E garantia de direitos, mas não garantia de poder, já que o princípio da separação de Poderes não pode

³⁷⁷ Idem. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**, p. 22.

³⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Judiciário pode intervir no controle do Executivo. **Revista Consultor Jurídico**, 08 mai 2009.

³⁷⁹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**, p. 38.

³⁸⁰ Ibidem, p. 39.

³⁸¹ Ibidem, p. 44.

³⁸² Ibidem, p. 128.

servir como uma justificativa para que o Poder Executivo furte-se ao juízo do Poder Judiciário, no caso de descumprimento da Constituição.

Em resposta à questão inicial do tópico, a evolução do Estado liberal para o Estado social refletiu-se, sim, na compreensão que se tem acerca do princípio da separação dos poderes. Isso porque a garantia de direitos inspirada na nova separação dos Poderes não corresponderá apenas à contenção de uma função por outra a fim de evitar ingerência daquela na vida concreta do cidadão, protegendo a liberdade individual. Significará também a intervenção de uma função em outra a fim de garantir que a omissão seja efetivamente suprida, promovendo a igualdade material.

3.4. Separação dos Poderes no Brasil

Considerado o aspecto sociológico da questão, cabe perguntar: o Judiciário tem demonstrado independência no Brasil atual? Em outras palavras: o princípio da separação dos Poderes tem impedido que o Judiciário garanta direitos sociais em face às omissões do Executivo?

Há quem diga que a história constitucional brasileira se inicia na mesma época em que vislumbramos o aparecimento da Constituição escrita nos Estados Unidos da América e na França. De fato, no Brasil do século XVIII e XIX, ocorreram alguns movimentos revolucionários, de caráter emancipacionista. Foi o caso da Inconfidência Mineira de 1789, da Conjuração Baiana de 1798 e da Revolução Pernambucana de 1817. Também é correto dizer que esses movimentos foram influenciados pelos mesmos ideais que, em fins do século XVIII, fundamentaram a Revolução Francesa e a independência dos Estados Unidos da América. Ademais, a história conta até mesmo que Thomas Jefferson, ainda como embaixador norte-americano em Paris, recebeu alguns estudantes brasileiros que desejavam tratar sobre o assunto da independência política do Brasil. Por isso, não se pode negar que tenham chegado ao Brasil os ideais de liberdade que circulavam pelo mundo naquela época.

Ocorre que, muito embora se observassem esses movimentos, não se permite afirmar que eles tenham inaugurado o constitucionalismo no Brasil, nem mesmo é possível dizer que em razão desses movimentos tenha existido um modelo genuinamente brasileiro de Constituição. Isso porque nossa primeira Constituição surge somente em 1824, inspirada no modelo liberal francês, mas bastante ligada aos acontecimentos do Portugal do início do século XIX.

De certo modo, o Brasil foi favorecido pela invasão de Napoleão Bonaparte a Portugal. Isso ensejou, em 1808, a mudança da Família Real para o Rio de Janeiro e permitiu que, em 1815, a colônia fosse elevada a reino dentro do Império Português, que a partir de então recebeu a designação de Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves. Pouco depois, em 1822, adveio a independência e o Brasil transformou-se em Império, sob o poder de D. Pedro I, até então Príncipe do Brasil e herdeiro da coroa portuguesa.

Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari ensina que:

“o constitucionalismo chegou à América do Sul, onde a Constituição foi adotada também com a conotação de marco formal da independência, pelos povos que se libertavam do colonialismo europeu. Assim, por exemplo, libertando-se de Portugal em 1822, o Brasil adotou sua própria Constituição em 1824, eliminando qualquer possibilidade de dúvida quanto à sua nova condição de Estado soberano”³⁸³.

Com efeito, nossa primeira Constituição somente surgiu em 1824, elaborada sob influência do modelo francês, mas outorgada por um Imperador. O modelo francês, que nos serviu de inspiração, tinha fundamento liberal-burguês, bem como contestava o absolutismo e pregava a limitação do poder político do governante por meio da Constituição escrita. O mesmo liberalismo que moldou nossa Constituição do Império também alimentou a elaboração das primeiras constituições na maioria dos países da América Latina. Isso aconteceu principalmente nas décadas iniciais daquele século e logo após as respectivas lutas de independência política de cada país. Nesse sentido, Nelson Saldanha escreveu que:

“os modelos culturais e políticos, que influíram sobre os padrões brasileiros, se alargaram a partir dos primeiros anos do século XIX: cresceram as partes francesa e inglesa, principalmente francesa. As parcas (embora intensas) leituras francesas, que alimentavam o vocabulário e as crenças das frágeis elites do tempo da Conjuração Baiana (1798), e da Inconfidência Mineira (1798), cederam lugar a leituras maiores, a partir sobretudo de 1808. Assim tivemos uma definida crença liberal, expressada no Brasil nos primeiros decênios do oitocentos”³⁸⁴.

Desse modo, a primeira Constituição brasileira já nasce com um paradoxo ideológico: era uma Constituição feita para limitar o poder absoluto do Imperador, mas que, por força da autoridade do próprio D. Pedro I, deveria conter mecanismos jurídicos que propiciassem o exercício desse mesmo poder absoluto. Isso fica bem claro na seguinte fala do monarca aos constituintes:

“Como imperador Constitucional, disse ao povo [...] que com a minha espada defenderia a Pátria, a Nação e a Constituição, se fosse digna do Brasil e de mim. Ratifico hoje [...] esta promessa, e espero

³⁸³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**, p. 154.

³⁸⁴ SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**, p. 188.

que me ajudeis a desempenhá-la, fazendo uma Constituição sábia, justa, adequada e executável [...], bases que a sabedoria dos séculos tenha mostrado, que são as verdadeiras para darem uma justa liberdade aos povos, e toda a força necessária ao Poder Executivo”³⁸⁵ (grifos nossos).

Portanto, tratava-se de um sistema liberal na aparência, mas absolutista na essência. Maculado por esse paradoxo ideológico, o texto constitucional imperial encerrou dispositivos que sustentavam juridicamente a unidade nacional e a centralização do poder político nas mãos do Imperador, objetivando enfraquecer os poderes regionais e locais. Essa centralização sufocou o ideal federalista, que só foi oficialmente adotado com o advento da República em 1889.

A Carta de 1824 consagrou, no artigo 10, a separação dos Poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário, submetidos ao Poder Moderador central: “*Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial*”. E o artigo 9º. previa que “*a Divisão, e harmonia dos Poderes Politicos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece*”.

É importante destacar que já de início foi adotada a separação dos Poderes no Brasil, entretanto “*cum grano salis*”. Isso porque nossa separação dos Poderes sofria do mesmo paradoxo da Constituição de 1824: enquanto na teoria clássica a separação surge com a finalidade desconcentrar poder e assegurar liberdade frente ao abuso do poder político, a nossa tinha a peculiaridade de dividir o exercício do poder em Legislativo, Executivo e Judiciário, mas submetê-lo ao Poder Moderador, concentrando-o na prática nas mãos do Imperador. Assim, no que se refere ao princípio da separação dos Poderes, nossa primeira Constituição bem representa o início de uma tradição em reconhecer, no Brasil, sempre maior prestígio ao Poder Executivo.

Após a proclamação da República, em 1889, outra Constituição começa a ser elaborada. E, em 1891, é promulgada nossa segunda Constituição. O Brasil passa a se chamar “*República dos Estados Unidos do Brasil*”. Nosso novo nome já deixava claro que passamos a adotar o federalismo, bem como que nossa Constituição era inspirada, então, no constitucionalismo norte-americano.

A Constituição de 1891 repetiu a enunciação do princípio da separação dos Poderes, estabelecendo, no seu artigo 15, que: “*São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si*”. O novo

³⁸⁵ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**, p. 39-40.

modelo rejeitou, portanto, a ideia do Poder Moderador. A monarquia foi transformada em República; entretanto, permanecia a tendência de concentração do poder no Executivo.

Em 1934, nossa terceira Constituição foi promulgada. E ela também trazia a previsão da separação dos Poderes, no artigo 3º., cuja dicção era: *“São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si”*. É interessante notar que a competência para a *“coordenação”* entre os poderes era atribuída ao Senado Federal, nos termos do artigo 88.

Já foi dito que, no momento da Constituição de 1934, o Brasil filiava-se ao constitucionalismo social iniciado no México de 1917 e na Alemanha de 1919. Entretanto, é importante anotar que, no que se refere à separação dos Poderes e à independência do Judiciário, a nossa Constituição de 1934 manteve na prática a concentração nas mãos do Executivo. Basta dizer que impedia ao Judiciário apreciar *“questões políticas”*, conforme se comprova pela leitura do seu artigo 68.

A Constituição de 1937, por sua vez, muito embora fixasse competências, sequer previa expressamente a separação dos Poderes. E, menos que isso, reproduzia, em seu artigo 94, a mesma redação do artigo 68 da Constituição anterior: *“É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”*.

Em 1946, com o advento da Constituição mais democrática que o Brasil já havia visto até então, o princípio da separação dos Poderes foi novamente expresso, agora no artigo 36: *“São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si”*. A Constituição de 1946, no artigo 7º., VII, *“b”*, também possibilitava a intervenção do Governo Federal nos Estados a fim de assegurar a observância ao princípio da *“independência e harmonia dos Poderes”*. E, além disso, no artigo 89, II, previa, como crime de responsabilidade do Presidente da República, os atos que atentassem contra *“o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos Poderes constitucionais dos Estados”*.

Em 1967 e 1969, o artigo 6º., presente em ambas as Cartas, renovou a expressão de que *“são Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”*. Entretanto, instalada uma ditadura, nem será preciso dizer que a separação de Poderes, de fato, não era praticada.

O processo de redemocratização culminou, em 5 de outubro de 1988, com a promulgação de nossa atual Constituição. Na história constitucional do Brasil, a Constituição de 1988 é a mais democrática de todas, tanto em razão do processo

participativo por meio do qual ela foi elaborada, quanto por seu conteúdo e por seus objetivos, que prevêem a consolidação de um Estado Democrático de Direito e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A separação dos Poderes foi expressamente prevista como princípio fundamental no artigo 2º., que dispõe: “*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”; cuja disposição está assegurada por meio de cláusula pétrea, decorrente do artigo 60, §4º., III.

É a partir do princípio fundamental da separação dos Poderes, expresso no artigo 2º., que é edificada nossa Organização do Estado (artigos 18 até 43) e nossa Organização dos Poderes (artigos 44 até 135); cujo propósito será a realização dos Direitos e Garantias Fundamentais (artigos 5º. até 17); da Ordem Social (artigos 193 até 232) e da Ordem Econômica (artigos 170 até 192); a partir dos recursos provenientes da Tributação e do Orçamento (artigos 145 até 169).

É importante destacar que o princípio da separação dos Poderes assume, em nossa Constituição, seu caráter de garantia aos direitos. E isso fica comprovado pelos próprios fundamentos da nossa República (artigo 1º.), bem como pelos nossos objetivos fundamentais (artigo 3º.). O caráter garantista da nossa separação dos Poderes nos convence a todos, então, de que ela deverá mesmo servir, entre nós, para a promoção do bem comum.

Esse sentido da separação dos Poderes também fica claro pela identificação do papel constitucional atribuído para cada um dos Poderes. Ao Legislativo caberá editar leis conforme a Constituição. Ao Executivo, nos limites da legislação e sobretudo da Constituição, caberá administrar o bem público a fim de que a finalidade do Estado seja alcançada. E ao Judiciário caberá garantir que a Constituição seja respeitada por todos, inclusive por ele mesmo:

“O controle do Poder Judiciário pela sociedade e pelos próprios juízes é um requisito da democracia e, além disso, será a garantia de eliminação das ações e omissões que, ocultadas ou protegidas pelo pretexto da preservação da independência, impedem o Judiciário de ser um verdadeiro Poder democrático”³⁸⁶.

A guarda da Constituição é uma função própria dos juízes e dos tribunais, em cujo ápice se encontra o Supremo Tribunal Federal. Esse papel é reconhecido expressamente pela Constituição, no artigo 102, “*caput*”, que diz: “*competete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição*”. Assemelha-se ao dispositivo

³⁸⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**, p. 77.

da Constituição norte-americana de 1787, já definido por Edward Corwin como o “*ponto nodal da Constituição*”; isso porque, o Brasil como os Estados Unidos da América, também incumbe seu Poder Judiciário de assegurar a “*supremacia da Constituição*”.

Muito embora seja função própria do Poder Judiciário preservar o padrão objetivo de justo, também os outros Poderes não só podem como devem guardar a Constituição. E esse papel também está expressamente previsto em nosso sistema.

Admite-se, por exemplo, o controle de constitucionalidade feito pelo Poder Legislativo, ainda durante o processo de elaboração da lei, por meio das Comissões de Constituição e Justiça, reunidas nos termos do artigo 58 da Constituição, bem como dos artigos 32, III, e 101, dos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, respectivamente. O Legislativo também pode, nos termos do artigo 49, V, da Constituição, controlar a constitucionalidade dos atos do Executivo, por meio da edição de um decreto legislativo para sustar o decreto presidencial (artigo 84, IV) ou a lei delegada (artigo 68). Além disso, o Poder Legislativo tem competência para rejeitar Medida Provisória, nos termos do artigo 62, §5º. da Constituição; ocasião em que o Legislativo realizará um controle repressivo de constitucionalidade.

Da mesma maneira, também o Poder Executivo tem competência para realizar controle de constitucionalidade. O Presidente da República pode, por exemplo, vetar o projeto de lei inconstitucional, por força do artigo 66, §1º., da Constituição; assim como pode, com base no artigo 23, I, da Constituição, negar-se ao cumprimento de lei que lhe pareça inconstitucional, desde que essa questão de inconstitucionalidade jamais tenha estado “*sub judice*” e desde que o Executivo determine, de pronto, a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A ampla possibilidade de controle de constitucionalidade atesta a importância que a Constituição assume no Brasil. E exalta, ainda mais, o papel de guardião da Constituição exercido pelos juízes e tribunais.

Assim, em nossa Constituição atual, a “*separação dos Poderes*”, presente no artigo 2º., integra-se com a “*inafastabilidade da jurisdição*”, presente no artigo 5º., XXXV; de modo que qualquer violação ou ameaça a direitos possam ser prevenidas ou remediadas pelo Poder Judiciário, ainda mais em relação aos atos e às omissões dos outros Poderes.

Ocorre que, muito embora exista essa previsão constitucional, tem sido praticada com frequência, no Brasil pós-1988, a mesma e antiga tradição de concentrar maior poder e prestígio no Executivo: “*apesar da afirmação de equivalência dos Poderes,*

*estabelecida em todas as Constituições brasileiras desde 1891, tem havido sempre nítida prevalência do Executivo, secundado pelo Legislativo, aparecendo o Judiciário, na prática, como o Poder mais fraco*³⁸⁷.

Uma boa ilustração da tradicional concentração do poder nas mãos do Executivo pode ser feita pelas Medidas Provisórias; que, por um longo período em nossa história recente, eram espécies normativas usadas para fins de governo. Ou seja, boa parte da legislação brasileira não era feita pelo Poder Legislativo, que tinha essa função típica. Ao contrário disso, era o Poder Executivo que, além de governar, também legislava, via Medidas Provisórias:

“O processo legislativo tornou-se mais complexo e mais lento. E para superar o impasse criado pela necessidade de grande número de leis e a produção insuficiente do Legislativo, o que ocorreu foi o crescimento do Executivo como legislador, através de artifícios que, aparentemente, preservavam a tradicional separação dos Poderes. [...] Na realidade, o que se acabou estabelecendo foi uma contraditória *‘ditadura constitucional’*, com o Poder Executivo fixando as regras para seu próprio comportamento, cometendo inevitáveis abusos em prejuízo dos direitos e da Constituição. Ao Judiciário foi atribuído o papel de guarda da Constituição, protetor dos direitos e promotor da paz, ampliando-se suas atribuições e aumentando sua responsabilidade à medida em que os demais Poderes fracassaram no desempenho de seus encargos”³⁸⁸.

Um retrato da interação entre os Poderes em 1999 permitia confirmar que:

“as MPs, que só deveriam ser usadas raramente, em emergências graves, substituem a legislação normal. O verdadeiro Poder Legislativo, aquele que realmente se exercita, está nas mãos do presidente. E o Supremo Tribunal Federal, que tem hoje entre seus membros um *‘líder do governo’*, mais serviçal do chefe do que juiz, além de outros membros tradicionalmente submissos ao Executivo, não cumpre sua função primordial de guarda da Constituição. Logo, também uma boa parcela do Poder Judiciário está sendo exercida, na realidade, pelo presidente da República”³⁸⁹.

E, muitas vezes, as Medidas Provisórias não eram editadas com observância aos mínimos requisitos de relevância e urgência. Tratava-se, simplesmente, de um instrumento para concentração do poder nas mãos do Executivo:

“Aqui também gastamos energias contra os Fernandos, ao tempo em que a tirania vai avançando. Basta mencionarmos o uso abusivo, sem limites, das medidas provisórias pelo presidente da República, cuja incapacidade de discernir o que é *‘relevante’* e *‘urgente’* seria suficiente para escandalizar a República”³⁹⁰.

³⁸⁷ Ibidem, p. 79.

³⁸⁸ Ibidem, p. 165.

³⁸⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Ditadura constitucional: uma boa parcela do Poder Judiciário está sendo exercida, na realidade, pelo Presidente da República. **BuscaLegis**, 1999.

³⁹⁰ GRAU, Eros Roberto. As relações entre os Poderes no décimo aniversário da Constituição de 1988. In: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto (orgs.). **Debate sobre a Constituição de 1988**, p. 74.

Além disso, o Executivo também exercia grande influência no próprio Poder Judiciário; em especial por meio das nomeações para os cargos dos Tribunais, que algumas vezes assumiam o caráter de “*longa manus*” do Executivo.

Portanto, é possível dizer que, tradicionalmente no Brasil, houve mesmo maior prestígio ao Poder Executivo.

Ocorre que o Poder Judiciário tem assumido uma postura mais ativa, exercendo “*a boa rebelião dos juízes*”:

“Juízes mais conscientes de seu papel social e de sua responsabilidade estão assumindo a liderança de um processo de reformas, tendo por objetivo dar ao Judiciário a organização e a postura necessárias para que ele cumpra a função de garantidor de direitos e distribuidor de Justiça”³⁹¹.

Na obra “*Separação dos Poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*”, o autor Sérgio Pompeu de Freitas Campos escreve que: “*a expectativa atual quanto ao Poder Judiciário brasileiro, e ao STF em particular, é que exerça a função jurisdicional no sentido de garantir a efetividade dos direitos individuais, sociais e difusos estabelecidos pelo legislador constituinte*”³⁹².

A comprovação da postura judicial mais ativa pode ser feita a partir da análise de recentes decisões tomadas pelo Poder Judiciário. O conjunto dessas decisões pode ser simbolizado pelo julgamento da ADPF 45-MC, em 29 de abril de 2004. Nesse caso, o Pleno do Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que a separação dos poderes não é empecilho para garantia de direitos pelo Judiciário, se a omissão inconstitucional violar direitos sociais. Portanto, o Poder Judiciário tem determinado que os outros Poderes cumpram a Constituição. E isso representa, mesmo, a assunção do seu papel político e de sua independência.

Outro grave problema observado no Brasil atual é aquele das omissões legislativas:

“O Poder Legislativo nacional brasileiro tem sido gravemente omissor, deixando de fazer leis necessárias e urgentes e de aperfeiçoar ou complementar a legislação existente, como tem ficado evidente por grandes dificuldades reveladas em situações concretas. [...] Os parlamentares são legisladores escolhidos pelo povo e devem dedicar-se ao cumprimento do mandato recebido, legislando com dedicação e espírito público, como é de seu dever e como esperam seus eleitores”³⁹³.

³⁹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**, p. 80.

³⁹² CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. **Separação dos Poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, p. 274.

³⁹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. Omissões do Legislativo. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, A11, 07 jan. 2006.

Assim, especialmente quanto ao controle de constitucionalidade das omissões legislativas é possível verificar duas posturas assumidas pelo Supremo Tribunal Federal, no Brasil pós-1988.

Na postura mais antiga, o STF, ao julgar as omissões inconstitucionais, apenas declarava a inconstitucionalidade e determinava que o Legislativo suprisse, ele próprio, as omissões. Acreditava-se na intenção de que esse Poder, até então omissor, exercesse, muito em breve, sua função legislativa típica; cumprindo a obrigação imposta pela Constituição. Essa postura do STF foi adotada até poucos anos após a promulgação da Constituição de 1988. O Tribunal considerava que o prazo decorrido ainda era razoável e que a omissão fora resultado da exigüidade de tempo.

Se já naquela época o argumento era questionável; hoje, ele é mais ainda. Passados 24 anos da promulgação da Constituição, a falta de tempo para legislar não será mesmo uma justificativa plausível para as omissões inconstitucionais. Diante disso, nos últimos tempos, o STF tem adotado uma segunda postura. Não somente declara a inconstitucionalidade como também supre “*sponte propria*” a omissão; porque o Direito não pode ficar à espera da lei.

Vemos que a atuação sempre crescente dos juízes não terá tanta probabilidade de gerar abuso do poder. Isso pela própria dinâmica do processo judicial. Entretanto, principalmente, nos órgãos de cúpula, o aumento da atuação do Judiciário, algumas vezes, arrisca-se a aproximar da concentração de poder.

Um caso que exemplifica essa maior concentração de poder no Judiciário é a Súmula Vinculante, introduzida em nosso sistema a partir da Emenda Constitucional 45/2004. A Súmula Vinculante, por força do artigo 103-A da Constituição Federal de 1988, possibilita ao Supremo Tribunal Federal editar súmulas cuja obediência será obrigatória aos demais órgãos do próprio Poder Judiciário, bem como da administração pública direta ou indireta. Tem por objetivo “*a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas*” para resolver “*controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica*”. A intenção é que a Súmula Vinculante exerça um papel de evitar a morosidade excessiva, por meio da concentração da decisão acerca de determinada tese jurídica que seja frequente nas argumentações.

A Súmula Vinculante lembra bastante o “*stare decisis*” dos norte-americanos, cuja base está na força do precedente judicial, ou seja, no “*caso já decidido*”. No sistema norte-americano, o primeiro precedente judicial sobre um tema relevante induz

diretrizes para o julgamento dos demais casos que sejam semelhantes ao “*leading case*”. Portanto, nesse modelo, a decisão judicial assume seu caráter normativo. E a vinculação dos juízes ao precedente tem por finalidade preservar a coerência e a estabilidade das decisões.

Ocorre que existe uma grande diferença entre a Súmula Vinculante brasileira e o “*stare decisis*” norte-americano. Isso porque, nos Estados Unidos esse precedente não é vinculante: “*o precedente pode ser muito importante na decisão de um caso por algum tribunal norte-americano, mas sua influência não decorre de uma obrigatoriedade imposta por lei, como se pretende fazer no Brasil*”³⁹⁴.

Assim, no Brasil, a Súmula Vinculante, se mal utilizada, em lugar que significar maior independência do Poder Judiciário, tende a representar um cerceamento ao poder dos próprios juízes, que perderão parte de sua liberdade decisória. Em tal situação o caráter criativo da jurisprudência também será afetado. Existe o grande risco de que a vinculação impeça novas visões e melhores soluções para um mesmo fenômeno jurídico. A Súmula Vinculante não pode ser para o Judiciário aquilo que a Medida Provisória foi para o Executivo.

É importante anotar também que, na relação recente entre os Poderes, diante do ativismo do Poder Judiciário, houve respostas por parte dos outros Poderes. Um exemplo foi a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), também por meio da Emenda Constitucional 45/2004. Nos termos do artigo 103-B, §4º., da Constituição, o CNJ tem a competência para “*o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes*”:

“é indispensável a criação de órgãos de controle, que podem ser integrados, na sua maioria, por juízes de diferentes instâncias, mas que devem ter também entre seus membros outras pessoas de alta qualificação, que conheçam as atividades judiciárias e não pertençam ao quadro de juízes. Evidentemente, esses órgãos de controle não deverão ter qualquer possibilidade de interferência na função jurisdicional, sendo absolutamente necessária a preservação da independência dos juízes”³⁹⁵.

Por certo, o CNJ pode representar um freio a eventuais abusos, entretanto não pode ocasionar a perda de independência da magistratura; até porque não cabe ao CNJ controlar a atividade jurisdicional, mas tão-só a atuação administrativa, financeira e o cumprimento dos deveres funcionais:

“Na prática, é inegável que há o risco de que o Conselho tente exorbitar de suas competências e pretenda usar o pretexto do controle administrativo para coagir ou punir juízes que, com sua

³⁹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**, p. 73.

³⁹⁵ Ibidem, p. 76.

independência, estejam contrariando interesses políticos ou econômicos. Esse abuso do Conselho será inconstitucional e poderá ser obstado por meio de ação de competência do Supremo Tribunal. Por tudo isso, será indispensável a máxima atenção de todos, controlando o controlador e agindo contra ele se necessário”³⁹⁶.

Outro exemplo de reação contra o ativismo vem pela Proposta de Emenda Constitucional n. 3/2011. Essa PEC visa a alterar a redação do artigo 49, V, da Constituição Federal que prevê ser da competência exclusiva do Congresso Nacional: “*sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa*”. O artigo 49, V, representa hoje um instrumento nas mãos do Legislativo para evitar eventuais abusos do Executivo. Essa Proposta de Emenda Constitucional objetiva estender a possibilidade de sustação também às decisões do Poder Judiciário. Caso seja aprovada, a nova disposição representará, na verdade, uma via para que o Legislativo descumpra decisões judiciais; razão pela qual a Proposta tende a ferir a independência do Poder Judiciário.

Por tudo isso, uma resposta para a pergunta formulada no início deste tópico será que o Judiciário tem demonstrado, sim, independência no Brasil atual. Especialmente nos últimos tempos. Provas disso são as tamanhas preocupações e reações que o Judiciário tem provocado nos outros Poderes. Os ataques ao Judiciário só vêm, então, a comprovar que os juízes estão no caminho certo. Juízes e tribunais devem continuar prezando pela valorização do Judiciário como poder independente, sobretudo pela garantia, na prática, dos direitos sociais.

Também é possível dizer que o princípio da separação dos Poderes, estabelecido na Constituição, não tem sido empecilho para que o Judiciário garanta direitos sociais. Isso porque esse mesmo princípio já prevê que a garantia aos direitos é a ele inerente.

3.5. (VISÃO SOCIOLÓGICA – FERDINAND LASSALLE) Em busca da justa medida: Judiciário como “fator real de poder”?

A justa medida envolve a ideia de igualdade. E a ideia de igualdade, como já foi dito, envolve, por sua vez, o tratamento igual aos iguais, mas desigual aos desiguais. Na tradição entre os poderes foi sempre maior o prestígio dado ao Legislativo e ao Executivo. O Judiciário, por sua vez, foi o Poder a quem mais se negou o reconhecimento

³⁹⁶ Idem. Independência e controle da magistratura. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, A11, 29 jan. 2005.

da independência e da capacidade para fiscalizar efetivamente o respeito à Constituição, sobretudo em relação aos atos e às omissões dos outros poderes. Chegou-se mesmo destituir a jurisdição da condição de poder, ou melhor, da condição de expressão específica da soberania una. Isso porque, em alguns momentos, chegou-se a reconhecer na jurisdição, tão-só, uma mera autoridade.

Agora, quando o Judiciário avoca-se da sua condição de poder independente, capaz de defender o Direito e a Justiça, em especial contra omissões dos outros poderes, muito se contesta. Especialmente por meio da dicção de que o Judiciário está sendo ativista, que está extrapolando sua atribuição. Por certo, a garantia de direitos feita pelo Judiciário jamais poderá constituir um transbordamento de atribuições, até mesmo pela atual compreensão que se tem do princípio da separação dos poderes. Para que esse princípio seja mesmo respeitado, muitas vezes não bastará apenas a abstenção do Poder ou do órgão, mas, muito além disso, será necessária também a sua intervenção. O mesmo acontece com o Judiciário. Para que exerça a contento a jurisdição deverá, na mais das vezes, levantar-se da sua postura abstencionista e intervir nas inconstitucionalidades dos outros poderes. Ainda mais quando essa intervenção representar garantia de direitos, principal propósito da própria separação dos poderes.

Da mesma maneira como para encontrar a justa medida tratam-se os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade, também na relação entre os Poderes será justo que o Judiciário, sempre tão desigual, seja agora tratado com desigualdade. Isso porque somente essa desigualdade será capaz de igualá-lo aos outros poderes. E esse tratamento desigual não será nada além que o reconhecimento de maior prestígio ao Judiciário. Um reconhecimento que de modo algum significará desvalorização dos outros poderes, porque tão-só representará homenagem ao Estado Democrático e à garantia de direitos. Portanto, no atual momento histórico, a justa medida da separação dos poderes significará a afirmação do Judiciário como um poder independente e capaz de sindicar a inconstitucionalidade dos outros poderes.

Por outro lado, a justa medida requer também que os juízes se prestem à dignidade da investidura. Muito embora o juiz tenha papel político, não significará que os juízes possam se comportar como políticos, com “*p*” minúsculo. Ao contrário disso, os juízes devem preservar em suas práticas aquilo que de melhor existe na tradição do Direito e agregar a essa tradição também aquilo que de melhor existe na prática da Política. Espera-se, portanto, que a Política exercida pelo Judiciário corresponda realmente à busca pelo bem comum, pela promoção da Justiça e pela valorização da dignidade humana.

Alguém poderá dizer que o fortalecimento do Poder Judiciário no Brasil poderá gerar aquele já citado paradoxo do **“Quem controla o controlador?”**. Isso porque, nessa tal hipótese, o único limite ao Poder Judiciário seria o próprio Poder Judiciário. Além disso, a idoneidade do autocontrole ficaria, em muito, dependente da higidez institucional.

Ocorre que não há razão para esse temor. Primeiro, porque a organização judiciária brasileira é dotada de tal complexidade que possibilita suficiente diversidade e heterogeneidade entre os juízes. Além disso, é uma característica do nosso controle de constitucionalidade o sistema difuso, o que reparte esse poder entre os juízes que componham nossa organização judiciária. Por essa razão, o poder não fica todo concentrado num único órgão. E essa característica, por si só, já representa um importante proteção contra eventuais abusos judiciais.

Vimos que a Inglaterra tradicionalmente conferiu ao Parlamento o poder de garantir direitos. Ou seja, entre os ingleses, é uma instituição que fica responsável por essa garantia. E a confiança é toda depositada na higidez institucional. Até porque, não há sequer Constituição escrita, tão-só a tradição. E é essa tradição, arraigada no povo, que compele as instituições a bem desempenharem seu papel.

No caso brasileiro, mais do que entre os ingleses, nós, aqui, temos uma Constituição escrita que permite aferir o nosso padrão objetivo de justo. E não será apenas a confiança na higidez institucional que assegurará que o Judiciário forte aja segundo limites de razoabilidade. Também a certeza de direitos e o padrão objetivo de justo servirão como limites para uma atuação correta e moderada do Poder Judiciário.

Além disso, conduta moderada também é uma característica que se espera dos juízes. Até mesmo em sua vida pessoal. Por isso, um bom juiz, moderado em sua maneira de existir, certamente proferirá decisões que correspondam à Constituição, bem como que signifiquem um exercício moderado de seu grande poder. Por certo, como é da natureza humana, existirão juízes cuja tendência será de abusarem do poder. Entretanto, caberá aos bons juízes servirem de exemplo. E, a partir de uma prática da instituição como um todo, caberá a esses bons juízes atuarem como freios e contrapesos dos maus juízes, que serão a minoria.

Além disso, o simples temor de abuso da jurisdição não pode autorizar a que promova a prostração do Judiciário frente aos outros poderes. Até porque a tendência de abuso e o desejo de concentração do poder estão muito mais presentes no Legislativo e no Executivo. E, numa equação matemática da política, o maior poder ao Judiciário representará necessariamente menores abusos por parte do Legislativo e do Executivo.

Talvez seja esse um dos únicos casos em que se possa dizer que a concentração de poder gera limitação a esse mesmo poder, porque significa mais controle.

Portanto, o paradoxo do poeta romano Juvenal (“*Quem controla o controlador?*”) não se aplica, a princípio, aos juízes. Isso porque as decisões judiciais são passíveis de revisão pelo duplo grau de jurisdição. Além disso, o processo é público e corre em contraditório.

O maior problema, nesse ponto, dirá respeito não aos juízes da causa, nem mesmo aos Tribunais em 2º. grau, mas sim aos Tribunais superiores. Nesse caso, ganhará muita importância o argumento de que uma jurisdição tão fortalecida e ativista não encontrará limites, pelas mãos, por exemplo, do Supremo Tribunal Federal. Até mesmo pelo fato de que os ministros são vitalícios e indicados pelo Executivo com aprovação pelo Senado. Aí a pergunta ganha muito mais importância e complexidade. Quem controla o STF?

Uma primeira resposta é que o STF será controlado pelo próprio STF. Isso porque, ao contrário do Executivo, o Supremo Tribunal é um órgão colegiado. E as chances de ocorrerem abusos em um órgão colegiado são menores do que as de ocorrerem abusos em um órgão monocrático. Isso pode ser comprovado pelas decisões tomadas por maioria e que foram proferidas após participação da sociedade e debates entre opiniões contrárias no próprio Tribunal. Além disso, valerão para os processos do STF as mesmas normas de “*accountability*” aplicáveis a todos os processos judiciais; em especial a necessidade de fundamentação das decisões e a observância ao devido processo legal.

De fato, a questão subsiste em relação à forma de ingresso dos Ministros, bem como quanto à vitaliciedade de seu mandato. Talvez uma boa solução fosse modificar o procedimento de nomeação para ministros do STF:

“Uma proposta para o preenchimento de vaga de ministro do Supremo Tribunal é a realização de uma consulta de âmbito nacional, dando-se às instituições diretamente ligadas às atividades jurídicas, como os tribunais, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Ordem dos Advogados e as entidades associativas dessas áreas, a oportunidade de sugerir nomes. Entre os três nomes que recebessem maior número de indicações o presidente da República escolheria um deles e o submeteria à aprovação do Congresso Nacional. Certamente, a par de conferir legitimidade democrática aos integrantes da Suprema Corte, isso evitaria a perda de sua autoridade e respeitabilidade”³⁹⁷.

³⁹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. Novo Supremo Tribunal. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, A11, 18 jun. 2010.

Outra solução seria prever um limite para seu mandato. Louis Favoreu lembra que, no modelo europeu de jurisdição constitucional, boa parte dos Tribunais Constitucionais prevê a limitação no tempo do mandato de seus juízes, independente da idade dos membros³⁹⁸. O Tribunal Português, por exemplo, limita o mandato a 6 anos; para os juízes do Tribunal Espanhol (art. 2º. da Lei de 03/10/1979), do Conselho Constitucional francês (art. 2º., do Decreto 58-1067) e da Corte italiana (art. 6º. da Lei de 21/11/1967), as leis preveem o mandato de 9 anos; e, por fim, para a Corte Constitucional alemã ficou estabelecido o mandato de 12 anos, sendo que, nesse caso específico, o limite de idade será de 60 anos (art. 4º., da Lei de 12/03/1951). Já a Corte Constitucional Austríaca e a Corte de Arbitragem Belga, assim como acontece no Supremo Tribunal Federal no Brasil, a limitação é de idade, sendo previsto o exercício do mandato até os 70 anos.

Nesse ponto, é interessante notar que, ao falar do ideal de República, James Madison defendia que os juízes exercessem suas funções durante certo período de tempo: *“os membros do Judiciário devem permanecer em seus cargos enquanto os exercerem com eficiência. [...] Mesmo os juízes e todos os demais funcionários da União e em vários estados-membros serão escolhidos, embora diretamente, pelo próprio povo”*³⁹⁹. Também Montesquieu defendia que o *“Poder de Julgar”* fosse bastante transitório, de modo que o corpo de juízes fosse frequentemente renovado⁴⁰⁰.

É possível, então, defender a adoção de mandatos mais curtos a serem exercidos pelos Ministros. Uma medida que, por um princípio de transitoriedade do exercício do poder e por um princípio de alternância, pode preservar o STF de eventuais desvirtuamentos praticados pelas pessoas que o compusessem.

A propósito da questão de *“controle do controlador”*, os norte-americanos adotam o *“recall”* judicial por meio do qual, após uma decisão de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte, os eleitores são consultados sobre a medida. Um procedimento semelhante poderia aumentar, no Brasil, a segurança acerca das decisões do Tribunal máximo.

De qualquer modo, toda instituição, sendo composta por pessoas, estará sujeita às mesmas imperfeições provenientes da condição humana. Entretanto, assim composta e melhor que isso, será também beneficiada pelas mesmas virtudes das quais

³⁹⁸ FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**, p. 30-31.

³⁹⁹ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O federalista**, p. 244.

⁴⁰⁰ MONTESQUIEU. **L'Esprit des lois**, Livro XI, Capítulo VI, p. 130.

todo ser humano é capaz. É preciso ter uma visão otimista, bem como é preciso acreditar nos bons juízes, que construirão um bom Poder Judiciário.

A questão poderia ser posta em outros termos, até para ressaltar a importância e a **credibilidade da jurisdição**, bem como lembrar o estudo de Robert Shirley, já citado. Eis uma questão: a quem qualquer cidadão brasileiro terá maior confiança em submeter seu problema a fim de obter uma solução justa: ao vereador, ao prefeito ou ao juiz? E uma solução justa nem sempre corresponderá à expectativa do pleito, mesmo porque será imparcial. Tal decisão não constituirá favorecimento, nem mera contrapartida pelo voto. Uma decisão que contemple o interesse da coletividade e não especificamente o interesse de um único grupo ou de uma única pessoa, ainda mais se esse interesse do grupo ou da pessoa contrariar o interesse de toda a coletividade. Uma decisão proferida segundo critérios de racionalidade, por alguém tecnicamente selecionado e capaz de se sensibilizar com a humanidade presente em cada pessoa. Uma decisão fundamentada e que obedeça ao padrão objetivo de justo, expresso pela Constituição. Uma decisão tomada às vistas de todos, a partir de um processo público e democrático. Com quem tal cidadão se sentirá mais seguro, até mesmo para obter uma decisão que negue sua pretensão? De quem esperará receber a solução que melhor se aproxime do entendimento de verdade, de virtude e de Justiça?

Nesse sentido Cândido Rangel Dinamarco afirma que:

“Esse clima de respeitabilidade da Justiça e confiabilidade no modo como é conduzida neutraliza em medida satisfatória a força centrífuga representada pelo alto preço, demora, formalismo, impunidade. E, mesmo sem crer na eficiência da Justiça, a população confia na sua idoneidade; mesmo preferindo não recorrer a ela, sabe que em nada mais poderá confiar, quando não contar com ela. Por isso, acata-a. E nisso reside a legitimidade do poder exercido ‘*sub specie jurisdictionis*’, que opera como fator de manutenção das regras sociais de convivência e de garantia contra as inevitáveis tendências à desagregação social e desvio das metas coletivas. Essa legitimidade tende naturalmente, a caminhar para graus mais elevados e animadores, à medida que o próprio sistema se aperfeiçoe, com maior abertura do canal de acesso, maior celeridade na produção dos resultados, menos formalismo na busca da boa solução, ou seja, à medida que se aproxime do ideal representado pela plena efetividade do controle jurisdicional”⁴⁰¹.

Ao se defender uma **visão sociológica** para a separação dos Poderes, bem como para o Poder Judiciário no Brasil, não se quer importar o modelo inglês de Constituição nem de garantia de direitos. Até porque, melhor que o modelo inglês, o Brasil

⁴⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, p. 171.

possui uma Constituição escrita; muito embora, pior do que aquele modelo, a nossa prática tenha se distanciado bastante daquilo que nossa Constituição obriga.

O que se defende, aí sim sob inspiração dos ingleses, é um fortalecimento das instituições. Ou seja, um fortalecimento daqueles que farão com que a Constituição seja de fato cumprida. De tal sorte que, em dado momento no futuro, a própria sociedade, então acostumada a praticar o padrão objetivo de justo, cumprirá espontaneamente as disposições constitucionais, das quais terá pleno conhecimento e plena consciência. Em tal momento será possível dizer que a Constituição estará de tal modo arraigada no seio da população, que a verdadeira e boa Constituição não será mais aquela norma jurídica escrita na “*folha de papel*”, mas sim aquela que está de fato sendo praticada pelo povo.

No Brasil, diferente da Inglaterra, o padrão de Constituição surge mais a partir da realização de um projeto constitucional que da constitucionalização de uma realidade social. E para a realização do projeto constitucional, muito importantes serão as nossas instituições, em especial o Poder Judiciário, a quem incumbe, por excelência, garantir os direitos constitucionais.

Na entrevista concedida em 24 de junho de 2002, à Revista Fórum da Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro (AMAERJ), publicada, naquele ano, com o título “*Ativismo judiciário: independência do poder e fortalecimento da Democracia*”, Dalmo de Abreu Dallari já antevia “*um movimento no sentido de cercear o trabalho dos juízes*”⁴⁰², especialmente quanto às relações entre Executivo e Judiciário. Desse movimento de cerceamento ao trabalho dos juízes, fazem parte os ataques desferidos contra a magistratura, por meio de “*distorções e injúrias feitas aos magistrados*”⁴⁰³, com a finalidade de “*minar sua autoridade moral*”⁴⁰⁴. Também fazem parte desse movimento, as acusações de ativismo judicial feitas sob a justificativa de que o Judiciário está extrapolando suas funções.

Em defesa da Constituição e do Poder Judiciário, ao identificar esse cerceamento, Dalmo de Abreu Dallari refuta a postura abstencionista, bem como apóia uma “*participação corajosa dos juízes*”⁴⁰⁵; e ensina que: “*é necessário que se reaja a isso e que a magistratura conte ao povo o que ela é, o que está fazendo, os problemas que*

⁴⁰² DALLARI, Dalmo de Abreu. Ativismo judiciário: independência do poder e fortalecimento da democracia [Entrevista]. **Revista Fórum**, Rio de Janeiro, AMAERJ, n. 3, 2002, p. 6.

⁴⁰³ Ibidem, p. 9.

⁴⁰⁴ Ibidem, mesma página.

⁴⁰⁵ Ibidem, p. 6.

enfrenta e como seu trabalho é importante para a população”⁴⁰⁶. Reconhece no Judiciário, sobretudo, um “*papel de controle, para verificar se a Constituição foi obedecida*”⁴⁰⁷; e que, em assim procedendo,

“não haverá uma interferência do Judiciário na política [...]. Ele estará cumprindo seu papel no que o autor Thomas Frank chama, no livro *‘Political Questions, Judicial Answers’*, de política judiciária, exercendo sua função de controlar a constitucionalidade e a legalidade dos atos”⁴⁰⁸.

Portanto, Dalmo de Abreu Dallari defende que os juízes exerçam, sim, um ativismo político, cujo significado seja “*garantir a aplicação do direito em qualquer circunstâncias, seguindo princípios, diretrizes e normas da Constituição*”⁴⁰⁹; e esclarece que esse ativismo político, assim compreendido como garantia da Constituição “*é um dever do juiz e faz dele um agente da vontade política do povo*”⁴¹⁰. Ressalta, entretanto, que

“o fato de reconhecer no Judiciário a competência e o dever de decidir, mesmo que o caso tenha competência política, evidentemente não deve ser confundido com o direito de agir como se fosse um partido político ou um auxiliar do governo”⁴¹¹.

Observa que, em várias partes do mundo, os magistrados têm se organizado com o propósito de fortalecer o papel político do Poder Judiciário. Observa, também, que essa tendência mundial teve reflexos na experiência brasileira, que revela, nas associações da magistratura, exemplos de valorização do Judiciário como um poder independente e capaz de influenciar politicamente a favor do Estado Democrático de Direito:

“Já é possível observar no Brasil o reflexo de movimentos que tiveram início na Europa, antes de tudo na Itália, através da criação do movimento chamado Magistratura Democrática. Depois, a França criou sindicatos da Magistratura, a Espanha criou a Associação Juízes pela Democracia e hoje nós temos no Brasil um movimento com um certo dinamismo. Eu ressaltaria sobretudo a Associação de Magistrados do Rio Grande do Sul que é, no tempo, a primeira a tomar atitudes mais agressivas. Depois a Associação Juízes pela Democracia, que vem crescendo. E, mesmo outras entidades, como a própria AMAERJ [...]. O que está se verificando é que estas associações [...] se preocupam em promover cursos, seminários, debates, conferências e congressos, em que os problemas são francamente expostos e debatidos”⁴¹².

As atuais críticas ao Poder Judiciário e as recentes tentativas de restringir seu papel político têm como causa justamente sua crescente atuação na consolidação do

⁴⁰⁶ Ibidem, p. 9.

⁴⁰⁷ Ibidem, p. 7.

⁴⁰⁸ Ibidem, mesma página.

⁴⁰⁹ Ibidem, mesma página.

⁴¹⁰ Ibidem, mesma página.

⁴¹¹ Ibidem, mesma página.

⁴¹² Ibidem, p. 8.

Estado Social e Democrático de Direito. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari afirma que:

“enquanto o Judiciário foi acomodado e fez o jogo das elites, não sofreu denúncias ou agressões. O fato de os magistrados estarem sofrendo com isso agora é um bom sinal. É claro que não é o desejado. Mas é preciso olhar também por este aspecto: eles estão sendo agredidos porque estão num bom caminho. É necessário, portanto, que o Poder Judiciário resista, que os magistrados trabalhem juntos e também aqueles que não são da magistratura dêem apoio aos juízes para que haja a efetiva democratização, moralização dos costumes e valorização humana”⁴¹³.

Dentre os três Poderes clássicos, o Legislativo possui a maior liberdade para exercer seu poder e pode exercê-lo assim que identificar, a seu critério, a necessidade da edição de leis. Essas leis terão obrigatoriamente um caráter genérico e impessoal, porque o Legislativo não poderá atuar diretamente na vida concreta do cidadão. Esse limite deve evitar que a elaboração da lei tenha por propósito causar indevidamente favorecimentos ou prejuízos a alguém em específico.

O Executivo, por sua vez, mais que o Legislativo, poderá sim atuar na vida concreta, entretanto, menos que ele, somente poderá atuar nos estritos limites da lei que o autorizou. Embora com menor liberdade que o Legislativo, o Executivo também exercerá seu poder assim que identificar a necessidade social.

Por certo, tanto Legislativo quanto Executivo estarão sempre vinculados à Constituição, mas o que é importante destacar é que o exercício do seu poder será feito na medida em que cada um deles julgar conveniente e oportuno, podendo ser, até mesmo por isso, exercido “*ex officio*”. E esse juízo de conveniência e oportunidade poderá muitas vezes justificar indevidamente ações e omissões que contrariem a Constituição; caso em que ensejará a atuação do Judiciário.

Ocorre que, ao contrário dos outros poderes, o Judiciário não atua de acordo com sua conveniência e oportunidade, da mesma maneira que, em regra, não atua “*ex officio*”. Ao contrário disso, o Judiciário somente age mediante provocação, quando as demandas sociais não resolvidas deságuam nos tribunais em busca de amparo e solução; sobretudo quando essas demandas sociais não tenham sido previamente atendidas pelo Poder Público.

Esse princípio da inércia da jurisdição bem afasta o sentido negativo do ativismo judicial, porque o ativista é aquele que pratica o ato ainda que não seja chamado a praticá-lo e o Judiciário somente atua quando alguém dele se socorre buscando

⁴¹³ Ibidem, p. 9.

provimento, seja para solucionar um conflito individual, com efeitos apenas para as partes, seja para julgar uma questão coletiva, com efeitos para todos.

Uma vez provocado, não poderá o Judiciário negar-se a julgar a questão. E esse julgamento jamais poderá ser rotulado como ativista, ainda que possa contrariar o interesse político dos demais poderes.

Portanto, os móveis e motivos da atuação do Legislativo e do Executivo são uns, enquanto que os móveis e motivos da atuação do Judiciário são outros. Se, por um lado, Legislativo e Executivo atuam “*ex officio*”; por outro lado, o Judiciário somente atua mediante provocação. E essa é uma primeira razão pela qual a jurisdição, ainda que política, visto que constitucional, não poderá ser rotulada de ativista, no sentido pejorativo do termo.

Ainda que os motivos da atuação de uns e de outro sejam distintos, existe, de outra feita, semelhança entre os efeitos dos seus produtos, quais sejam a lei, o ato administrativo e a decisão judicial.

Assim como a lei, também a decisão judicial se fundamenta num padrão jurídico de justo e tem a força de vincular situações de fato. Mesmo que se possa dizer que uma lei é norma primária e que uma sentença é secundária, não será possível negar certo caráter legiferante da decisão judicial. Um exemplo, já citado, é aquele da QPC francesa, em que a decisão do Conselho Constitucional tem força até mesmo para revogar a legislação inconstitucional. Nesse ponto, é inegável que a jurisdição seja muitas vezes criativa, isto é, que frequentemente colabore para a gênese normativa; sobretudo nos casos em que o legislador tenha sido omissos e não tenha editado a lei que deveria ter sido editada. Nesses casos, caberá também ao Judiciário colmatar a lacuna, garantindo que o Direito não fique à espera da lei.

Pois bem. Ainda que a parte decisória de uma sentença ou acórdão não vincule a todos e mesmo que não se admita a hipótese de “*revogação judicial*”, ainda assim será possível conceber que pelo menos a fundamentação do “*decisum*”, parte integrante do documento, fornecerá base jurídica para conhecimento do padrão jurídico de justo em determinada sociedade de certa época. A decisão judicial será até mais adequada para bem conformar o fato social em questão; porque a decisão judicial estará mais próxima da sociedade do que a própria lei. Isso porque, embora o Legislativo seja eleito, é o Judiciário que está à frente no contato cotidiano com a população. Ao cidadão é muito mais acessível o processo judicial que o processo legislativo. Portanto, assim como a lei, também a decisão judicial é capaz de informar um padrão jurídico de justo.

Nuno Piçarra relembra a importância do precedente judicial como fonte de Direito, especialmente nos países de “*common law*”, como a Inglaterra por exemplo:

“No sistema jurídico-político de então, a legislação era uma actividade excepcional de natureza muito específica: *‘até à Idade Moderna a lei declarava-se, clarificava-se mas não se fazia – a legislação fazia parte do processo judicial’*. O próprio Parlamento inglês formou-se a partir da *‘Curia Regis’*, órgão de natureza jurisdicional, e nunca veio a perder totalmente essa natureza [...]. Somente a partir do século XVII, à medida da complexificação das relações sociais e da correlativa necessidade de regulamentação jurídica, é que a legislação parlamentar, já independente de precedentes, começou a adquirir um papel importante no sistema jurídico-político”⁴¹⁴.

Num sistema como esse, a decisão judicial, a representar o produto de um julgamento justo, revela a importância que têm os juízes e os tribunais enquanto “*fatores reais de poder*”, capazes de avaliar o que realmente está correto em determinado caso ou, em outras palavras, capazes de dizer qual é realmente o Direito.

Da mesma maneira, há uma semelhança entre o ato administrativo e a decisão judicial. E essa semelhança está justamente na proximidade que administração e jurisdição têm em relação à vida concreta do cidadão. Ocorre que, entretanto, a decisão judicial, mais que o ato administrativo, tem melhor fundamentação jurídica, sendo até mesmo mais democrática. Ainda que não estejam batizadas pelo voto popular, ainda assim, as decisões judiciais são, de fato, democráticas, porque proferidas sempre sob o resguardo do “*due process of law*” e dos demais princípios a ele inerentes; o que permite um ambiente público, democrático e dialético na construção da solução mais justa. Além disso, a condição técnica da decisão é até melhor do que aquela do Executivo, porque a decisão judicial é proferida por um agente político cuja capacidade de exercício foi aferida por um critério de sabedoria não de mera representatividade.

O juízo majoritário, feito pelo Executivo, nem sempre é verdadeiramente democrático, muito embora o governo seja eleito pelo voto popular. Uma primeira dificuldade para esse juízo majoritário é saber se realmente o órgão decisório tem representatividade popular, isto é, se suas decisões correspondem de fato à vontade popular ou se há crise de representatividade. Além dessa, superada eventual crise de representatividade, ainda subsiste uma segunda dificuldade, que é saber se a decisão política, sendo representativa, é também ética. Isso porque legitimidade democrática não se baseia somente no respeito à vontade da maioria, mas também na observância de um mínimo ético.

⁴¹⁴ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio**, p. 45.

Representatividade não basta para aferir se determinada decisão é ou não é democrática, se é ou não é justa. Além disso, também é necessário verificar se a decisão observa adequadamente à finalidade primeira do Estado, qual seja promover o bem comum na proteção à dignidade humana. E essa verificação é, muitas vezes, melhor realizada por meio de um critério contramajoritário, baseado na sabedoria dos tribunais e não na simples vontade do governo.

Um exemplo histórico que bem comprova essa ideia é aquele do Partido Nazista alemão, que ascendeu ao poder pelo batismo da representatividade, bem ao gosto da teoria defendida por Carl Schmitt. Entretanto, bastaram poucos anos de exercício do poder para revelar que esse governo, mesmo representativo, não foi capaz de preservar um mínimo ético inerente ao respeito à dignidade humana. Essa memória atesta que, além do critério majoritário, também é necessário um juízo contramajoritário, a fim de garantir, não apenas representatividade, mas também ética nas decisões políticas.

Fábio Konder Comparato afirma que:

“o aprimoramento das instituições, em matéria de jurisdição constitucional, não é alcançado pela busca de uma imaginária pureza democrática, mas sim pelo estabelecimento de sólidas garantias de independência da magistratura, com a consequente responsabilidade funcional dos magistrados”⁴¹⁵.

Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari, na obra *“O Poder dos Juízes”*, reconhece que a legitimidade dos juízes decorre mesmo da Constituição. Adverte, entretanto, que, dada a importância e o potencial de dano que o mau uso da jurisdição poderia acarretar as pessoas é fundamental que os juízes desempenhem adequadamente sua função, usando seu poder, na justa medida, para garantir os direitos, nunca para prejudicá-los:

“O juiz recebe do povo, através da Constituição, a legitimação formal de suas decisões, que muitas vezes afetam de modo extremamente grave a liberdade, a situação familiar, o patrimônio, a convivência na sociedade e toda uma gama de interesses fundamentais de uma ou de muitas pessoas. Essa legitimação deve ser permanentemente complementada pelo povo, o que só ocorre quando, segundo a convicção predominante, os juízes estão cumprindo seu papel constitucional, protegendo eficazmente os direitos e decidindo com justiça. Essa legitimidade tem excepcional importância pelos efeitos políticos e sociais que podem ter as decisões judiciais”⁴¹⁶.

Por certo, a justa medida deverá sempre ser preservada. Isso porque não se trata de criar uma *“ditadura dos juízes”*:

“Se a Democracia é afirmada a partir [das] relações entre os diversos agentes da sociedade civil, com a mesma razão, deve emergir na relação estabelecida entre o cidadão e o Estado. E, aqui, entra

⁴¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no Regime Democrático. In: **Rumo à Justiça**, p. 281.

⁴¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**, p. 89.

o processo, enquanto instituição do Estado. Não há que se possibilitar uma atuação hipertrofiada do Estado-Executivo – em relação à qual nosso temor sempre parece ser maior [...]. Não há como se possibilitar a hipertrofia do Legislativo. E, no plano do direito processual, há que se buscar uma teoria da instrumentalidade do processo que não passe a redundar na ditadura dos Juízes”⁴¹⁷.

Por isso, o que se quer são juízes conscientes do seu papel político e que, por isso mesmo, façam valer a Constituição. Juízes que, nessa defesa da Constituição, reconheçam que os limites e obrigações por ela impostos vinculam a todos, inclusive ao próprio Poder Judiciário. E o Poder Judiciário, como seu principal guardião, deverá sempre respeitar a Constituição. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari valoriza a justa medida da jurisdição, ao ensinar que: “O juiz não é legislador, como também não é um autômato, um aplicador cego da lei, proibido de interpretá-la”⁴¹⁸. E o autor também ensina que: “o reconhecimento do Poder Judiciário como um poder independente tem embutido em si a ideia da limitação recíproca dos poderes”⁴¹⁹.

Ocorre que muitas pessoas contrárias à independência da magistratura vão buscar na Economia argumentos para afastar das mãos dos juízes a garantia aos direitos. Assim, o QUARTO ARGUMENTO contrário à independência do Judiciário fala da “reserva do possível”, afirmando que o Judiciário não pode garantir direitos sociais, tendo em vista a escassez econômica, bem como tendo em vista limitações orçamentárias. Esse argumento também não há de prosperar.

A “reserva do possível” é mais um problema de alocação de recursos e menos um problema de escassez, visto que nossa sociedade é historicamente marcada pelo desenvolvimento econômico com concentração de riquezas. Disso se deduz que o problema não é a falta de riquezas, mas o modo como são distribuídas. Não é uma questão de “PIB”, mas de “IDH”. Cabe ao Estado promover essa distribuição de riquezas, a fim de reduzir as desigualdades sociais. Esse é o espírito que se expressa em nossa ordem constitucional econômica, sobretudo em função dos princípios consagrados no art. 1º, IV e no art. 170, “caput”, da Constituição Federal.

Quanto ao emprego de recursos públicos, a decisão orçamentária é muito mais influenciada por critérios políticos que pelo critério da escassez. Como a lei orçamentária é uma expressão da vontade política, deverá ser também uma expressão da

⁴¹⁷ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Magistratura e Ministério Público: atuação no processo e edificação do Estado democrático de direito. **Revista dos Tribunais**, v. 94, n. 833, p. 27-28.

⁴¹⁸ Ibidem, p. 90.

⁴¹⁹ Idem. Ativismo judiciário: independência do poder e fortalecimento da democracia [Entrevista]. **Revista Fórum**, Rio de Janeiro, AMAERJ, n. 3, 2002, p. 7.

vontade da Constituição. É uma questão de decisão política. Conforme lembra José Maurício Conti:

“O orçamento torna-se um instrumento fundamental no planejamento e na programação da atividade econômica do Governo, adquirindo, como bem ressalta Giuliani Fonrouge, uma condição dinâmica, e tornando-se *‘um instrumento mediante el cual el Estado actúa sobre la economía’*. As técnicas e os conceitos orçamentários modernos refletem essa nova função dos orçamentos públicos, surgindo os conceitos de orçamento-programa, orçamento de desempenho (*‘performance budget’*) e PPBS (*‘planning programming and budgeting system’*), que, embora não tenham distinção nítida entre si, demonstram que o orçamento, inequivocadamente, abandona sua concepção clássica para assumir a condição de instrumento da ação governamental”⁴²⁰.

Há mesmo quem questione o próprio fenômeno da escassez, dizendo que os recursos são mais abundantes do que as pessoas imaginam; e que as riquezas são de fato suficientes para todos. Isso é uma verdade, principalmente em nosso momento histórico em que o conhecimento e a tecnologia permitem encontrar novas soluções para antigos problemas, fazendo com que, entre outros efeitos, a própria riqueza material se multiplique cada vez mais.

Ocorre que o problema não foi, nem é, a quantidade de riqueza disponível, mas sim a forma como ela é utilizada e distribuída. Em outras palavras, o problema não é de escassez, mas sim de acesso. Muitas estatísticas demonstram que a maior parte dos recursos materiais são monopolizados por uma pequena parcela da população. E isso acontece, na mais das vezes, em prejuízo do bem-estar de um grande número de pessoas:

“este mesmo Brasil, que nos índices econômicos está entre os 10 mais ricos do mundo, no Índice de Desenvolvimento Humano está em 79º. lugar! Há 78 países em situação melhor do que o Brasil em termos de desenvolvimento humano. Isto demonstra que nós temos recursos, que nós não estamos aplicando os recursos como nós deveríamos aplicar, quer dizer quando se diz: *‘bom, seria interessante fazer alguma coisa para que não houvesse tanta mortalidade infantil, melhorar as condições de saúde, de educação, moradia, é pena que não haja recursos...’*. Isto é mentira, os recursos existem sim”⁴²¹.

O fenômeno de exclusão pode ser explicado pelo fato de que a consideração da escassez e a “valorização” da exclusão social são úteis para a geração de lucro. Escassez e exclusão social contribuem, portanto, para um mercado que deseja que as coisas sejam comercializadas por valores superiores ao que elas realmente valem. E essa diferença de valor é uma das fontes de lucro; porque, quanto mais escassa a oferta de certos bens, maior será proporcionalmente a procura e, conseqüentemente, maior será seu

⁴²⁰ CONTI, José Maurício. **A autonomia financeira do Poder Judiciário**, p. 57-58.

⁴²¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. A violação dos direitos econômicos, sociais e culturais e seu impacto no exercício dos direitos civis e políticos. In: **Encontro Brasileiro de Direitos Humanos**, p. 81.

preço e o lucro. Da mesma maneira, a “valorização” da exclusão social colabora para um controle do custo da mão de obra, que sempre será tanto mais barata quanto maior for o número de pessoas dispostas a trabalharem pela menor remuneração.

Assim, a concentração econômica faz com que os valores extrínsecos sejam, muitas vezes, superiores que os próprios valores intrínsecos. Essa prática não permite ver que muitos bens são intrinsecamente tão valiosos que todo o dinheiro não seria capaz de comprá-los. Em outras palavras, aquilo que mais vale é justamente o que não pode ser comprado com dinheiro. Já foi dito que a dignidade humana é um valor absoluto, justamente porque o ser humano não tem preço. E, por isso, um argumento econômico, muitas vezes mais fictício que os próprios conceitos jurídicos abstratos, não pode servir como base para justificar a violação aos direitos humanos.

Assim, a solução para o problema seria não qualificar a economia pela falta, mas sim pela presença; não pela escassez, mas sim pelo acesso. Ou seja, o conceito de escassez deve ser substituído pelos conceitos de suficiência e de distribuição. É possível dizer que existe um direito inerente a todos os seres humanos a participarem das riquezas. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari reconhece que:

“O homem não cria a natureza, apenas a transforma, além de utilizar fatores naturais inerentes à condição humana para produzir valores materiais, que são a riqueza das pessoas e das sociedades. Sendo produto da exploração da natureza e da contribuição de muitos, a riqueza deve ser distribuída com justiça, sem privilégios e exclusões”⁴²².

E é aqui que reside uma verdade acerca da reserva do possível, no que se refere ao papel do Estado para promoção dessa distribuição. Isso porque, os direitos sociais serão realizados por meio dos serviços públicos, que geram despesas públicas. A dotação para essas despesas provem de receitas também públicas; constituídas, em grande parte, pelas receitas derivadas de tributos, auferidas da sociedade a partir do poder de império estatal. Assim, é possível dizer que, para que os direitos sociais sejam realizados a tributação será necessária. E essa tributação assumirá um caráter distributivo. Isso porque os mais ricos pagarão mais que os mais pobres, para que todos tenham acesso universal aos direitos sociais. Existirá, portanto, um custo para os direitos, conforme ressaltam Stephen Holmes e Cass Sunstein, na obra “*The cost of rights*”:

“Em regra, os indivíduos desafortunados que não vivem sob a égide de um Estado capaz de tributar e propiciar (em retorno aos tributos) acesso a ações efetivas não possui direitos. Falta de Estado

⁴²² Idem. **Direitos humanos e cidadania**, p. 62.

deve ser entendida como falta de direitos. Um direito existe, de fato, apenas se e quando houver provisão orçamentária para sua proteção”⁴²³.

Causa verdadeira estranheza condicionar o direito ao dinheiro. Isso porque o papel do Estado é justamente distribuir riquezas que, na ausência de governo, seriam naturalmente concentradas nas mãos de alguns poucos. Seu papel é promover Justiça social; e o orçamento público também é um instrumento para essa finalidade.

Ao refutar a reserva do possível, Ana Carolina Lopes Olsen afirma que:

“Na atuação restritiva, a reserva do possível, que na maior parte dos casos, diz respeito a recursos escassos em virtude de escolhas alocativas promovidas pelo Estado, deve respeitar o núcleo essencial do direito fundamental social, aferível nos casos concretos, bem como a proporcionalidade enquanto vedação da insuficiência. Esta alocação de recursos estará sujeita ao controle jurisdicional, em razão do caráter vinculante das normas jusfundamentais, e da força dirigente da Constituição, ainda efetiva em países de modernidade tardia, como o Brasil. Os tribunais, sempre que demandados, têm legitimidade para decidir racionalmente pelo cumprimento dos direitos fundamentais sociais, e suas decisões devem observar os dados da realidade. Neste diapasão, o mínimo existencial e a proporcionalidade como proibição da insuficiência podem representar parâmetros de constitucionalidade da alocação de recursos, e determinar o afastamento da reserva do possível como restrição dos direitos fundamentais sociais”⁴²⁴.

Ocorre que, mais uma vez, não é a escassez que limita o orçamento, mas sim a rejeição à tributação pelos mais ricos. Nessa perspectiva, será compreensível que muitas pessoas resistam ao reconhecimento dos direitos sociais; não porque não sejam verdadeiros direitos, mas sim porque essas pessoas ou grupos não desejam pagar tributos nem distribuir riquezas. E para mascarar esse desejo os grupos sustentam argumentos como a reserva do possível, a separação entre Direito e Política, a falta de legitimidade do Judiciário e, mesmo, a separação dos Poderes.

De fato, nossa questão principal é a separação dos Poderes. É certo que ela envolve essas outras questões de separação entre Direito e Política, de falta de legitimidade ou mesmo de reserva do possível. O fato é que, muito embora nosso objeto de estudo seja a separação dos Poderes, todos esses outros argumentos, acessórios à nossa questão principal, também são afastados de pronto; porque, assim como a própria separação dos Poderes “*clássica*”, constituem meros pretextos nas mãos daqueles que desejam negar direitos.

⁴²³ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**, p. 19.

⁴²⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**, p. V.

Pois bem. Para a conversa entre Carl Schmitt e Hans Kelsen devemos convidar também Ferdinand Lassalle. Em sua obra “*O que é uma Constituição?*”, escrita na Prússia de 1863, fruto de uma palestra, Lassalle defendia o sentido sociológico de Constituição. Suas ideias permitem reconhecer, por isso, a importância das instituições de um país como “*fatores reais de poder*”, capazes de fazerem valer aquilo que está escrito nas “*folhas de papel*”. Nesse sentido, a concepção de Ferdinand Lassalle se aproximará bastante da Constituição inglesa, consagrada pela força da tradição, bem como gravada na cultura do povo e nas instituições existentes.

Assim como se estabeleceu uma relação entre as visões políticas de Sieyès e de Carl Schmitt; e outra relação entre as visões jurídicas de John Adams e de Hans Kelsen; também agora poderá ser feita a relação entre as ideias do Lorde Edward Coke, da Inglaterra de 1610, com a visão sociológica de Ferdinand Lassalle, da Prússia de 1863.

Vimos que Lorde Coke, num contexto de direito consuetudinário, foi um dos primeiros a defender na Inglaterra a valorização dos juízes frente às fortes instituições do rei e do Parlamento. Suas ideias frutificaram, primeiro, nos Estados Unidos; que adotaram desde cedo, em lugar da primazia do Parlamento, uma primazia dos juízes, fruto da supremacia da Constituição jurídica. A Inglaterra, por sua vez, somente no mundo atual é que começa a praticar o pensamento de Edward Coke; o que pode ser simbolizado pela previsão, em 1998, da “*declaração de incompatibilidade*” de atos em relação aos direitos humanos, bem como pela criação, em 2009, da Suprema Corte Inglesa.

Portanto, é possível dizer que a repercussão do pensamento de Coke, no especial ambiente inglês cuja visão é predominantemente sociológica, foi justamente a valorização do papel institucional do Poder Judiciário como um “*fator real de poder*”. Daí a relação com Lassalle.

Segundo uma visão sociológica da garantia dos direitos, essa garantia ocorrerá por meio de uma nova separação dos Poderes, que presume um equilíbrio natural de forças, bem como pressupõe a cooperação entre os Poderes. Para que essa garantia ocorra, o Judiciário desempenhará um papel fundamental na realização dos direitos, assumindo-se como “*fator real de poder*”.

Na Prússia de 1863, época de Ferdinand Lassalle, as leis eram editadas e publicadas na Coleção legislativa, impressa em Berlim. Os originais ficavam guardados nos arquivos do Estado, bem como em bibliotecas e depósitos. Considerado esse dado histórico, Lassalle propõe, assim, um exercício intelectual, a fim de provar a importância dos “*fatores reais de poder*” para a prática da Constituição:

“Vamos supor, por um momento, que um grande incêndio irrompeu e que nele se queimaram todos os arquivos do Estado, todas as bibliotecas públicas; que o sinistro destruiu também a tipografia concessionária onde se imprimia a Coleção legislativa e que ainda, por uma triste coincidência – estamos no terreno das suposições –, igual desastre se desse em todas as cidades do país, desaparecendo inclusive todas as bibliotecas particulares onde existissem coleções, de tal maneira que em toda Prússia não fosse possível achar um único exemplar das leis do país. Suponhamos isso”⁴²⁵.

O exercício de Ferdinand Lassalle, para Prússia de 1863, pode ser transposto para o Brasil da atualidade. Quem garantiria os direitos, caso todos os textos legais fossem destruídos, e não sobrasse sequer uma folha de papel a prescrever nossas leis?

Uma primeira solução seria acreditar no senso de Justiça das pessoas e permitir que cada cidadão guardasse o Direito, por meio do respeito ao direito do outro. Para que essa solução tivesse êxito, e para que todos realmente guardassem o direito de todos, seria necessário presumir que conflitos de interesses não mais existiriam, e que, caso surgisse um conflito, as partes espontaneamente renunciariam ao direito, não resistiriam a pretensão alheia ou transacionariam, extinguindo naturalmente a discórdia.

Ocorre que, o respeito voluntário aos direitos não é uma consequência plausível da inexistência de leis, porque o resultado mais provável não seria a harmonia, mas sim uma guerra de todos contra todos; um *Estado natural* em que o homem seria o lobo do homem e o rico seria o lobo do pobre. Com efeito, a primeira solução não seria viável.

Diante disso, uma segunda solução seria acreditar que o governo garantisse os direitos, fazendo com que cada cidadão respeitasse o direito do outro, e respeitando ele próprio o direito dos cidadãos, ainda que inexistente qualquer lei que o obrigasse a esse respeito. Ocorre que, também essa segunda solução não parece plausível, porque se o poder corrompe, o poder absoluto corrompe absolutamente; e aquele que tem poder, seja político seja econômico, desejará sempre mais poder até encontrar algum limite à sua pretensão. Em tal situação, o que então, senão sua própria vontade, impediria o governante de atentar contra vida dos cidadãos, expropriar-lhes, cercear-lhes a liberdade, conferindo privilégios aos ricos e discriminações aos pobres? Na verdade, nessa segunda situação, seria instaurado um *Estado absoluto*, sem limites ao governo.

Seria necessária, então, uma terceira solução: caberia ao legislador editar novas leis a fim de reestabelecer esses limites que foram perdidos. Seria instaurado, então,

⁴²⁵ LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?*, p. 23.

um Estado de legalidade. Mas o que dizer, se o legislador não legislasse? Ou, mesmo legislando, editasse leis injustas, contrárias à cultura e às necessidades do povo.

Por isso, deveria haver uma quarta solução: os juízes exerceriam seu papel em corrigir as leis injustas, suprir as leis inexistentes, conter os abusos do governo e reprovar suas omissões, a fim de guardar os direitos e produzir Justiça no caso concreto; garantindo agora um verdadeiro Estado de Direito.

Afirmar esse papel ao Poder Judiciário é o mesmo que afirmar sua independência. O mesmo que dizer que a jurisdição é expressão da soberania do Estado Democrático de Direito, sobretudo em se tratando de garantia dos direitos. Por isso, é necessário prestigiar o Poder Judiciário, que ainda é o Poder com maior credibilidade e maior respeitabilidade junto ao povo. Tal como aquele exemplo do juiz por quem a população daquela cidade paulista de Cunha nutria respeito, inspirando nele suas condutas, mesmo que em questões não propriamente processuais ou judiciais.

Agora imaginemos que os textos de lei fossem destruídos não por um grande incêndio, mas sim por um processo de desconstitucionalização, por exemplo. Um processo que representasse retrocesso, ao retirar da Constituição os direitos já formalmente reconhecidos. Ou imaginemos ainda que esse incêndio não fosse fogo, mas sim a inércia do Legislativo em regulamentar algumas normas constitucionais dificultando que elas surtissem efeitos na vida concreta dos cidadãos. Ou imaginemos, mesmo, que esse incêndio representasse a omissão do Executivo em, por exemplo, promover educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social e todos os direitos sociais, sob a justificativa de que não há recursos econômicos para tanto. Nesses casos, seria correto impedir que o Judiciário garantisse direitos, sob o argumento de que ele não tem o batismo do voto popular ou ainda sob o argumento de que, em assim agindo, praticaria uma invasão à esfera dos demais Poderes?

Pois bem. A única resposta possível há de ser favorável à jurisdição; ainda mais se esses “incêndios” ocorressem em contradição com a cultura e as necessidades do povo. Portanto, o Poder Judiciário pode sim garantir direitos. Isso em benefício do próprio Estado Democrático de Direito.

Ademais, também seria um desprestígio para Democracia admitir a restrição da jurisdição constitucional, da via difusa somente para uma via concentrada; o que retiraria dos juízes o poder de julgarem a constitucionalidade das leis e dos governos, reduzindo o Judiciário a mero serviço público. A restrição do controle de constitucionalidade apenas a um único órgão pode bem funcionar em países como a

Áustria, mas certamente não funcionaria no Brasil, onde o controle difuso está consagrado, e porque, aqui, uma mudança dessas também representaria retrocesso, uma caminhada na contramão da história.

Além disso, a reserva do controle de constitucionalidade a um único órgão contraria o espírito democrático da Constituição, que não pode ser vista como hermética, afastada do povo, e reservada apenas a um grupo seleto de juristas, políticos ou cientistas. Ao defender uma “*sociedade aberta de intérpretes*”, Peter Häberle, por exemplo, em sentido oposto à tendência de concentração, chega mesmo a admitir que não somente os juízes e tribunais sejam intérpretes da Constituição, mas, para além disso, que sejam admitidos à interpretá-la todos os agentes conformadores da realidade, todas as forças produtoras de interpretação:

“No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com ‘*numerus clausus*’ de intérpretes da Constituição”⁴²⁶.

Nesse ponto é muito importante a lição que afasta o formalismo dos juristas e que tem o propósito de aproximar todo o povo da Constituição e a Constituição de todo povo:

“o pedantismo dos constitucionalistas foi muito prejudicial ao direito constitucional, por ter exagerado na sofisticação teórica e na criação de uma terminologia muito rebuscada, criando a impressão de que essa área do Direito só é acessível a especialistas e acabando por dar maior atenção à discussão de sutilezas teóricas do que aos objetivos práticos da Constituição. Uma consequência grave, e muito negativa, da supervalorização de questões teóricas e abstratas por especialistas em Direito Constitucional tem sido a utilização de tais questionamentos por governantes arbitrários, para justificar a recusa da aplicação de preceitos constitucionais ou para acobertar a prática intencional de inconstitucionalidades”⁴²⁷.

É preciso compreender que:

“o estudioso do Direito Constitucional não pode limitar-se aos aspectos técnico-jurídicos, sob pena de não perceber o conteúdo filosófico-político das Constituições e os efeitos sociais que elas produzem e que interessam ao direito. Um jurista com essas limitações ‘*não será mais do que uma triste coisa*’, na clássica expressão de Lutero, e ficará isolado no círculo fechado de um formalismo estéril, pedante e inútil”⁴²⁸.

Portanto, cidadãos e instituições devem ser admitidos como defensores da Constituição, porque todos devem cumpri-la. E, no caso de descumprimento, todos os

⁴²⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**, p. 13.

⁴²⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**, p. 163.

⁴²⁸ Ibidem, p. 165.

juízes e tribunais deverão garantir os direitos, posto que titulares da força necessária para fazê-la cumprir.

Da mesma maneira, ainda que se concebesse a restrição aos direitos constitucionais e às garantias formais; essa redução somente poderia ser admitida, no máximo, nas sociedades em que as garantias fossem menos necessárias. E somente se, em tais sociedades, a realidade social estivesse naturalmente mais próxima do ideal constitucional. Entretanto, no mundo contemporâneo, é possível verificar que, mesmo em sociedades desse tipo, a propensão é por conferir maior prestígio à Constituição e ao Poder Judiciário. Com efeito, em países como Inglaterra, França e Estados Unidos, com índices sociais bem mais favoráveis que no Brasil, mesmo lá, a tendência é, não pela redução, mas pela ampliação das garantias, em associação ao reconhecimento do Judiciário como um poder independente.

Além disso, num cenário de instabilidade ou de “*incêndio*”, em que a força das “*folhas de papel*” estiver em risco, serão as instituições que ganharão importância; sobretudo, como “*fatores reais de poder*”, capazes de promover Justiça e preservar a Democracia. E o Judiciário é o poder que tem, por sua essência e natureza, maior adequação para, insurgindo-se contra as violações, realizar a plena garantia dos direitos.

Por tudo isso, é possível reconhecer a forte tendência a que o Poder Judiciário assumasse como um “*fator real de poder*”, em igualdade com o Legislativo e o Executivo. O Judiciário é, por isso, reconhecido como um poder independente, capaz de assegurar direitos frente às violações. A **justa medida da separação dos Poderes será a garantia de direitos**; ou seja, o respeito à Constituição, que vincula todos os cidadãos e todos os Poderes. E o Judiciário, ao mesmo tempo em que obedece às normas constitucionais, também as faz valer frente aos outros Poderes e à própria sociedade.

É preciso que os juízes sintam-se motivados pela consciência da sua responsabilidade social; bem como que desempenhem ativamente seu papel constitucional, na garantia dos direitos. É preciso também que o Legislativo e o Executivo, também conscientes do seu papel, esforcem-se ao máximo para cumprirem a Constituição.

Além de liberdade e de igualdade, um terceiro valor deve ser acrescentado: solidariedade. Isso porque: “*a sociedade humana é um conjunto de pessoas ligadas pela necessidade de se ajudarem umas às outras, a fim de que possam garantir a continuidade da vida e satisfazer seus interesses e desejos*”⁴²⁹. Todos os cidadãos, em fim, devem

⁴²⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Viver em sociedade**, p. 5.

exercer sua cidadania, que significa viver de acordo com o Direito e a Justiça, inspirados pela Constituição; de modo que, em respeito ao próximo e à própria humanidade, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária seja, de fato, o bem comum. Uma obra dessa magnitude requer o trabalho de todos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Alguns pensadores questionam se a Constituição sobreviverá à nossa época, chegando mesmo a perguntar se estamos assistindo ao crepúsculo do constitucionalismo. Dieter Grimm, por exemplo, ao participar da obra intitulada “*The Twilight of Constitutionalism?*”, vislumbra uma “*erosão*” da estatalidade frente à internacionalização. Questiona se a subsistência do constitucionalismo é mesmo possível; e defende que, nesse cenário, nem todo poder derivará da Constituição. Para Grimm:

“as Constituições nacionais não recuperarão sua capacidade de legitimar e de regular de forma abrangente o poder público [...]. A regulamentação do poder público exercido internacionalmente está se expandindo, mas permanece uma legalização incapaz de viver de acordo com o padrão do constitucionalismo”⁴³⁰.

Na mesma obra em que Grimm propõe seu debate, Neil Walker, por sua vez, já o contesta. Walker defende que, pelos mesmos fundamentos adotados por Grimm, e justamente em razão da internacionalização, o constitucionalismo se preservará. Para Walker:

“precisamente porque a linguagem do constitucionalismo [...] encontra cada vez mais dificuldade em abordar os problemas da vida comunitária que coloca um mundo pós-estado, é que se torna importante manter essa linguagem, considerada como um legado simbólico, como um lembrete insistente de o que e do quanto está em jogo”⁴³¹.

De fato, a palavra “*crepúsculo*” é usada para designar o “*lusco-fusco*”, os instantes em que o céu próximo ao horizonte toma uma cor gradiente, entre o azul do dia e o escuro da noite. Entretanto, é preciso dizer aqui que o crepúsculo não ocorre somente ao anoitecer, mas também ocorre ao amanhecer. Não anuncia apenas a chegada da noite escura, mas também a chegada do dia de sol. Por isso, a melhor resposta à indagação feita pelos textos reunidos na obra “*Crepúsculo do Constitucionalismo?*” será a de que estamos sim no crepúsculo do constitucionalismo. Mas no crepúsculo do amanhecer de uma Constituição que ganha força como padrão objetivo de justo na construção de sociedades livres, justas e solidárias, com valorização da dignidade humana, por meio da garantia de direitos. Nos dizeres de T.S.Eliot, é “*uma longa caminhada da noite para o dia*”, mas, numa crença solidária às palavras de Martin Luther King, “*mesmo noites sem estrelas podem anunciar a aurora de uma grande realização*”.

⁴³⁰ GRIMM, Dieter. The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. **The Twilight of Constitutionalism?**, p. 21.

⁴³¹ WALKER, Neil. Beyond the Holistic Constitution. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. **The Twilight of Constitutionalism?**, p. 308.

O século XX experimentou uma valorização da Constituição enquanto base jurídica dos Estados e como instrumento de garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana. De fato, essa valorização ocorreu, sobretudo, a partir da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* da ONU em 1948 que reconheceu expressamente em seu artigo 1º. que “*todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade*”. Esses direitos foram confirmados pelos *Pactos Internacionais de Direitos Humanos* de 1966, bem como, em 1993, pela *Declaração e Programa de Ação de Viena*, cujo artigo 1º. afirma, categoricamente, que a natureza universal dos direitos humanos e liberdades não admite dúvidas.

Agora, é possível dizer que, no século XXI, o constitucionalismo será caracterizado pelo humanismo ativo. A história da humanidade será marcada pela revalorização do Direito, agora visto como instrumento de harmonização, bem como de realização da Justiça e da Paz.

Existe a tendência da expansão de um constitucionalismo mais avançado e renovado, que irá muito além do simples estabelecimento de regras formais. Alguns autores chamam essa nova fase de “*neoconstitucionalismo*”, outros a reconhecem como “*garantismo*”. Enquanto “*garantismo*” refere-se à ideia da Constituição tradicional dotada de nova eficácia para garantia de direitos fundamentais da pessoa humana, a expressão “*neoconstitucionalismo*” tem maior amplitude, decorrendo de uma nova inspiração humanista.

Luigi Ferrajoli reconhece que houve uma valorização da Constituição e dos direitos fundamentais como limites e vínculos à legislação positiva, dizendo que o constitucionalismo é o novo paradigma para o Direito. Segundo Ferrajoli, o prestígio da Constituição foi fruto de uma profunda mudança no modelo do positivismo clássico, cujo postulado era o princípio da legalidade formal, que prezava pela onipresença do legislador. De acordo com ideia positivista, já antiga, uma norma jurídica, independentemente do seu conteúdo, existia e era válida unicamente por força da forma como fora produzida. Isso fomentava uma indevida separação entre Direito e moral, assim como entre validade e Justiça, conferindo um caráter artificial ao ordenamento jurídico. Ocorreu que as transformações havidas, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial e consagradas pela *Declaração Universal dos Direitos Humanos* de 1948, afirmaram a submissão da lei aos vínculos não somente formais, mas também substanciais impostos pelos princípios e pelos direitos fundamentais expressos nas Constituições. A legalidade formal transformou-se em

legalidade substancial. A validade da lei não apenas será aferida pela observância ao seu processo formal de elaboração, mas, sobretudo, pelo respeito aos princípios e aos direitos estabelecidos na Constituição⁴³².

Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari ensina que

“o novo humanismo, que é a base de uma nova concepção do próprio Direito, assim como do constitucionalismo, afirma a supremacia da pessoa humana na escala dos valores, mas de todas as pessoas humanas, sem qualquer espécie de discriminação ou privilégio, exigindo, além disso, que a afirmação da pessoa humana como valor supremo tenha sentido prático e se confirme no plano da realidade, não se restringindo a meras afirmações teóricas ou formais”⁴³³.

Uma das características básicas do novo constitucionalismo é sua amplitude praticamente universal. A par das matrizes constitucionais tradicionais ligadas sempre à Inglaterra, à França e aos Estados Unidos da América, é possível observar agora expressivos testemunhos de valorização da Constituição em outros lugares, como nas últimas décadas tem ocorrido em países como Japão, bem como em Estados africanos; o que atesta o fenômeno da universalização do constitucionalismo.

Outra característica do novo constitucionalismo é que encontra sua fundamentação nos direitos humanos, que são entendidos como:

“atributos naturais, essenciais e inalienáveis da pessoa humana, que esta pode opor a qualquer ação ou omissão que ofenda ou ameace sua integridade física e mental e sua dignidade, ou que impeça a satisfação de suas necessidades essenciais, físicas, intelectuais, afetivas e espirituais e o livre desenvolvimento de sua personalidade”⁴³⁴.

A fundamentação nos direitos humanos confere legitimidade e autoridade à Constituição, colocando-a no ápice do sistema jurídico e conferindo-lhe a condição de unidade de medida do caráter democrático da sociedade e do governo em questão.

A conjugação entre os fundamentos e a universalização do novo constitucionalismo permite verificar que; se por um lado, diante da variedade de condições materiais e de características culturais, é difícil definir uma “*Constituição-padrão*”, válida para todos os tempos e lugares; por outro lado, face à dignidade inerente a todo ser humano, é possível sim encontrar uniformidade de fundamento ético, jurídico e social nas verdadeiras e autênticas Constituições, independentemente do lugar. Disso decorre que, respeitadas as peculiaridades de cada povo, a essência da Constituição será sempre preservada, baseando-se na proteção e promoção da dignidade humana.

⁴³² FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali**: un dibattito teorico, p. 33-34; FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**, p. 65-66.

⁴³³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**, p. 290.

⁴³⁴ Ibidem, p. 307.

Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari ensina que “a Constituição deve consagrar, com o mesmo valor e em normas dotadas da mesma eficácia jurídica, os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais”⁴³⁵. Ensina também que:

“como complemento necessário da afirmação dos direitos, a Constituição deve estabelecer obrigações para os poderes públicos, que devem não só respeitar integralmente os direitos de todos, mas atuar efetivamente, destinando recursos, desenvolvendo programas e adotando todas as medidas necessárias, para dar efetividade aos direitos constantes da Constituição”⁴³⁶.

Assim, comprova-se, também, que o constitucionalismo é realmente concebido como o ideal do governo limitado pelo Direito; assim como, no mundo contemporâneo, é expressão de um humanismo ativo e representa o movimento pela promoção da dignidade humana e pela garantia dos direitos sociais.

Nesse contexto, uma jurisdição efetiva torna-se requisito do próprio Estado Democrático de Direito. No mundo contemporâneo, o Judiciário ganha força como um poder independente, expressão da soberania una do Estado e capaz de exercer o controle judicial sobre os atos dos demais poderes, com a finalidade de garantir a constitucionalidade desses atos, bem como de garantir o respeito aos direitos da pessoa humana. Assim, como manifestação de um constitucionalismo antropocêntrico, o Poder Judiciário torna-se também um instrumento de humanismo ativo.

Nesse sentido, Enrique Ricardo Lewandowski ensina que:

“O século XIX foi o século do Poder Legislativo, o século do Estado mínimo, do Estado não intervencionista, Estado que presidia uma sociedade predominantemente rural. [...] O século XX foi o século em que o grande protagonista foi o Poder Executivo, o século que exigia do Estado respostas rápidas, imediatas aos estímulos. [...] O Poder Executivo, também enredado em seus próprios problemas, não tem podido dar a resposta adequada às demandas da sociedade. Então, este é o momento do Poder Judiciário. [...] E a principal atribuição do Poder Judiciário, hoje, no século XXI, muito mais do que resolver problemas intersubjetivos, conflitos interindividuais, é ter o papel fundamental de dar concreção, dar efetividade aos direitos fundamentais, direitos estes compreendidos evidentemente, em suas várias gerações, como patrimônio da humanidade”⁴³⁷.

Portanto, nas principais democracias do mundo, há de fato uma forte tendência a que o Judiciário seja reconhecido como um poder independente, expressão da soberania una do Estado, capaz de fiscalizar a ação e a omissão dos demais poderes, em

⁴³⁵ Ibidem, p. 352.

⁴³⁶ Ibidem, mesma página.

⁴³⁷ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 251, mai ago 2009, p. 78.

relação à constitucionalidade das leis e à constitucionalidade do governo, especialmente quanto à realização dos direitos sociais.

Inglaterra, França e Estados Unidos, como as três principais matrizes do pensamento constitucional, conjugam as concepções de Constituição como fruto da tradição (Lorde Edward Coke), como documento político fundamental (Abade de Sieyès) e como lei superior (John Adams).

Hoje existe a tendência de que as três matrizes do pensamento constitucional reconheçam o Judiciário como poder independente, capaz sim de controlar os atos dos demais poderes. No caso norte-americano, o Judiciário já nasceu como poder independente; enquanto que, na Inglaterra e na França, ele vem adquirindo esse prestígio nos últimos tempos. A ideia de “juiz-funcionário” ou “boca da lei”, deduzidas de Francis Bacon, na Inglaterra, e de Montesquieu, na França, evolui para uma visão de Judiciário como poder independente, bem ao estilo do Judiciário norte-americano. Dois exemplos que comprovam essa atual tendência são a criação da Suprema Corte inglesa, em 2009, e a adoção da QPC francesa em 2010.

Houve diferenças na separação dos poderes adotada em cada uma das três matrizes do pensamento constitucional. Na Inglaterra, o princípio não foi formalmente consagrado, mas se expressou por meio do equilíbrio de forças entre as instituições inglesas tradicionais. Na França, foi consagrado como princípio de organização política, padrão para atribuição de competências e exercício de funções. Já nos Estados Unidos a separação dos poderes foi adotada como mecanismo para assegurar o cumprimento da Constituição.

As três matrizes do pensamento constitucional associam-se aos três sentidos de Constituição: sociológico de Ferdinand Lassalle, que reconhece a Constituição na cultura do povo e nas tradições existentes; político de Carl Schmitt, oriundo da vontade do povo representado pelo Poder Constituinte; e jurídico de Hans Kelsen, que ressalta a força da Constituição enquanto norma jurídica superlativa. Assim, é possível estabelecer diálogos entre Edward Coke e Ferdinand Lassalle; entre o Abade de Sieyès e Carl Schmitt; assim como entre John Adams e Hans Kelsen.

Na Inglaterra a garantia aos direitos foi tradicionalmente feita pelo Parlamento, não com base na Constituição escrita, mas sim com base na tradição e nos costumes; razão pela qual se identifica, ali, um controle sociológico. Na França, a garantia foi feita pela lei, expressão da vontade popular aferida pelo Poder Legislativo; razão pela qual é reconhecida pelo controle político. Nos Estados Unidos, o controle é feito pelo

Judiciário, que assegura a supremacia da Constituição. A Constituição, como fenômeno complexo que engloba aspectos sociológicos, políticos e jurídicos, permite concluir que toda garantia será sempre jurídica, passível de ser feita pelo Poder Judiciário, que conferirá sempre maior segurança e certeza aos direitos.

Enquanto equilíbrio de forças tradicionais, a separação dos Poderes tem seu sentido sociológico, porque corresponde à interação entre os “*fatores reais de poder*” existentes na sociedade. Já como princípio de organização assume seu caráter político. E, como mecanismo de garantia aos direitos, assume seu sentido jurídico. Os três sentidos são indissociáveis; e, considerando que a garantia aos direitos é sempre jurídica, então a separação dos Poderes presumirá reconhecimento do Poder Judiciário como um “*fator real de poder*”, capaz de, no exercício da sua competência político-constitucional, assegurar os direitos estabelecidos pela Constituição.

O Estado de Direito nasceu liberal em sua essência, caracterizado, nos séculos XVIII e XIX, pela abstenção como requisito para proteção de direitos, já que, segundo essa antiga visão, a intervenção na sociedade deveria ser mínima, apenas para assegurar as condições de liberdade nas relações humanas. Ocorre que a ausência de limites ao poder econômico, típica do liberalismo, gerou grandes desigualdades sociais que ensejaram um novo modelo de Estado, assim chamado Estado Social de Direito, caracterizado, nos séculos XX e XXI, pela intervenção como forma de promover igualdade e direitos sociais; necessários para proteção da dignidade humana e promoção do bem comum, finalidades típicas do próprio Estado.

Na passagem do Estado liberal para o Estado social o papel desempenhado pelo Judiciário também evoluiu. O abstencionismo judicial transformou-se em intervencionismo. Reconheceu-se, também, o papel político dos juízes para garantia dos direitos sociais.

O princípio da separação dos Poderes, por sua vez, acompanhou essa evolução. A garantia de direitos inspirada na nova separação dos Poderes não corresponderá apenas à contenção de um Poder por outro, a fim de proteger a liberdade individual. A nova separação significará também a intervenção ou a cooperação entre os Poderes a fim de garantir a igualdade material e os direitos sociais. Por essa razão, a separação dos Poderes permite que o Judiciário garanta direitos sociais contra omissões do Executivo.

O constitucionalismo brasileiro nasce liberal à semelhança dos modelos constitucionais da França e dos Estados Unidos da América, que inspiram as Constituições

de 1824 e 1891. A partir de 1934, recebe as influências do constitucionalismo social do México e de Weimar; e finalmente, a partir de 1988, consagra como fundamentais os direitos sociais à educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados; bem como todos aqueles direitos necessários à Justiça social, mesmo que implícitos. Pela Constituição atual, os direitos sociais são exigíveis e justiciáveis. A realidade do Brasil atual revela que, graças à Constituição de 1988, muitas injustiças foram eliminadas; entretanto revela também que muito ainda precisa ser feito para a plena efetividade dos direitos sociais.

Nossa Constituição de 1988, no artigo 2º., consagra o Judiciário como um poder independente; bem como o reconhece, nos termos do artigo 5º., XXXV, como o poder capaz de garantir os direitos sociais contra ameaças e violações. Por isso, no Brasil atual, o princípio da separação dos Poderes, tal como expresso na Constituição, não impede que o Poder Judiciário garanta direitos sociais, porque essa garantia é uma decorrência do próprio princípio.

Nossa história recente registra que predominou a exaltação pelo Poder Público unicamente do sentido político de Constituição. As consequências foram a negação de força normativa à Constituição, bem como a assunção de uma postura neoliberal. Por isso, no Brasil pós-1988, afiguraram-se “*omissões inconstitucionais*” tanto em legislar quanto em governar a favor dos direitos sociais.

As omissões do Poder Público ensejaram uma postura mais ativa do Poder Judiciário sobre quem recaiu a demanda social gerada pelo abstencionismo. Ocorreu aquilo a que se chamou de “*judicialização da política*”. Ou seja, em outras palavras, ocorreu uma grande procura pelo Poder Judiciário a fim de que ele solucionasse o problema social gerado pelo neoliberalismo. O resultado foi que o Poder Judiciário ressaltou o sentido jurídico de Constituição. Assumiu uma postura intervencionista de afirmação da força normativa, atitude a que se chamou “*ativismo judicial*”. Então, esse ativismo judicial, a que é preferível chamar de “*protagonismo judicial*”, nada mais é do que uma resposta natural às demandas sociais geradas pelas omissões dos outros poderes.

Ocorre que é preciso buscar uma justa medida entre a visão política e a visão jurídica de garantia aos direitos. E essa justa medida assenta-se exatamente na conjugação do terceiro sentido a esses dois sentidos iniciais. Trata-se da visão sociológica de garantia aos direitos. Pela justa medida o Judiciário será reconhecido como um “*fator real de poder*”, capaz de fazer valer a Constituição frente aos outros Poderes, bem como

de cumpri-la ele próprio. Separação de Poderes será sinônimo de garantia judicial de direitos sociais.

O primeiro argumento que ataca a garantia judicial dos direitos sociais afirma que o Poder Judiciário está impedido de garantir os direitos sociais, porque, em assim procedendo, decidiria sobre Política e não sobre Direito. Esse argumento não procede porque Direito e Política são indissociáveis e compõem o próprio conceito de Estado, cuja soberania também se expressa por meio da jurisdição.

O segundo argumento que ataca a garantia judicial dos direitos sociais diz que falta ao Poder Judiciário a devida legitimidade política. Esse argumento também não procede, porque a legitimidade do Judiciário não provém do voto, mas sim da própria Constituição e do caráter democrático e público do devido processo legal.

O terceiro argumento é a própria separação dos Poderes. Dizem que ela impede o Judiciário de garantir direitos contra omissões do Executivo, porque, se ele assim fizer, invadirá a esfera alheia. Esse argumento também não procede. Isso porque a separação dos Poderes é “irmã gêmea” da Constituição e, portanto, presta-se aos mesmos propósitos de garantia, conforme se verifica das suas “*certidões de nascimento e batismo*” que são o “*Bill of Rights*” de 1689, o parágrafo 5º. da *Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia* de 1776, e o artigo 16 da *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789; como também dos seus “*documentos de naturalização*”, que são o artigo 2º. e o artigo 5º., XXXV, da Constituição de 1988. Trata-se, portanto, de uma garantia de direitos contra Poder e não de Poder contra direitos. Assim, caso um Poder fira os direitos sociais, ainda que por omissão, ao Judiciário competirá exercer a garantia, em cumprimento à Constituição e ao próprio princípio da separação dos poderes.

Por fim, o quarto argumento diz respeito à reserva do possível. Por esse argumento o Judiciário não poderia garantir os direitos sociais porque os recursos materiais para o cumprimento da Constituição são escassos; ou porque não pode interferir no orçamento público. O argumento não prospera. O problema não é de escassez, mas de acesso; não é de “*PIB*”, mas de “*IDH*”. Em outras palavras, o dinheiro existe, mas está acumulado nas mãos de poucas pessoas ou grupos. Por essa razão, no que diz respeito à garantia dos direitos sociais, o conceito econômico de escassez deve ser substituído pelos conceitos de suficiência e de distribuição. Da mesma maneira, o orçamento público presta-se a dar destinação correta aos recursos públicos; e, por isso, a decisão política sobre essa destinação deve necessariamente corresponder à vontade da Constituição; ou seja, à realização dos direitos sociais.

E aqui reside uma verdade sobre os argumentos contrários aos direitos sociais. Por certo, a realização desses direitos requer distribuição de riquezas; a ser feita pelo recolhimento de tributos e alocação, no interesse público, dos recursos obtidos. Alguns grupos mascaram seu desejo que não pagar tributos por meio da invenção de argumentos como a reserva do possível, a separação entre Direito e Política, a falta de legitimidade do Judiciário, ou mesmo, a separação dos Poderes.

Portanto, em resposta à principal pergunta deste trabalho, é possível dizer que, no Brasil atual, o princípio da separação dos Poderes não opõe limites à garantia de direitos sociais pelo Judiciário contra omissões do Executivo; tendo em vista que a separação dos Poderes é concebida como garantia de direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos Poderes**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.
- ADAMS, John. **A defense of the Constitutions of Government of the United States of America**, against the attack of M. Turgot. London: John Stockdale, 1794.
- ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Nova Cultural, 2004.
- BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântica Editora, 1977.
- BACON, Francis. **Essays: Of Judicature**. 3.ed. London: John W. Parker and Son, 1857.
- BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Oxford: Clarendon Press, 1907.
- BICKEL, Alexander M. **The least dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. 2.ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986.
- BOLINGBROKE. The idea of a patriot king. In: **The miscellaneous works**. Edinburgh: Donaldson, 1768, v. IV, 217-310.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____; ANDRADE, Paes. **História constitucional do Brasil**. 2.ed. Brasília: Paz e Terra, 1990.
- BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Habitação. **Déficit habitacional no Brasil 2006**. Brasília: MC/SNH, 2008.
- _____. Ministério do Trabalho. **Características do Emprego Formal segundo a RAIS 2010**. Brasília: MTE, 2010.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. O conceito de políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1-49, 2006.
- CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. **Separação dos Poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: SAFE, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 1982.

- _____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1993.
- _____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: SAFE, 1984.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, RT, vol. 737, ano 86, Mar 1997, p.11-22.
- _____. Novas funções judiciais do Estado moderno. **Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul – AJURIS**. Porto Alegre, n.37, p. 189-202, 1996.
- _____. O Poder Judiciário no Regime Democrático. In: **Rumo à Justiça**. São Paulo: Saraiva, 266-281, 2010.
- CONSELHO Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA). **Síntese dos indicadores de segurança alimentar e nutricional**. Brasília: CONSEA, 2009, disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/consea>.
- CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: **Revista de Filosofia Política**, n.2, Porto Alegre, L&PM, 9-25, 1985.
- CONTI, José Maurício. **A autonomia financeira do Poder Judiciário**. São Paulo: MP, 2006.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (org.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. Magistratura e Ministério Público: atuação no processo e edificação do Estado democrático de direito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 94, n. 833, p. 26-40, 2005.
- _____.; CORREIA, Érica Paula Barcha. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (org.). **Direito previdenciário e constituição**. São Paulo: LTr, 25-43, 2004.
- CORWIN, Edward S. **A Constituição norte-americana e seu significado atual**. Trad. Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Zahar, 1959.
- COUTINHO, Heliana Maria de Azevedo. **O juiz agente político**. Campinas: Copola, 1998.

- DAHL, Robert A. **How democratic is the american constitution?** 2.ed. New Haven: Yale University Press, 2003.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. A Constituição de 1988: democrática e humanista. In: **Constituição e constituinte**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 109-123, 2010.
- _____. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. A participação popular e suas conquistas. In: MICHILES, Carlos “*et al*”. **Cidadão constituinte: a saga das emendas populares**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 378-388, 1989.
- _____. A violação dos direitos econômicos, sociais e culturais e seu impacto no exercício dos direitos civis e políticos. In: **Encontro Brasileiro de Direitos Humanos**, 1, São Paulo, 1999, Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2001.
- _____. Ativismo judiciário: independência do poder e fortalecimento da democracia (Entrevista). **Revista Fórum**, Rio de Janeiro, AMAERJ, n. 3, p. 6-9, 2002.
- _____. **Constituição e constituinte**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- _____. Constituição resistente. In: MORAES, Alexandre de. **Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999.
- _____. **Da atualização do Estado**. São Paulo, 1963.
- _____. **Direitos humanos e cidadania**. 2.ed. São Paulo: Moderna, 2004.
- _____. Ditadura constitucional: uma boa parcela do Poder Judiciário está sendo exercida, na realidade, pelo Presidente da República. **BuscaLegis**, 1999, disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13851-13852-1-PB.htm>.
- _____. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. Independência da magistratura e direitos humanos. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, Aracaju, n. 1, p. 25-40, 2001.
- _____. Independência e controle da magistratura. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, A11, 29 jan. 2005.
- _____. Judiciário em revolta. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, 14 fev. 2011.
- _____. Novo Supremo Tribunal. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, A11, 18 jun. 2010.
- _____. **O futuro do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. O modelo judiciário brasileiro. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, A11, 18 fev. 2006.

- _____. **O pequeno exército paulista**. São Paulo: Perspectiva, 1977.
- _____. **O poder dos juízes**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. **O que é participação política**. São Paulo: Brasiliense, 1999.
- _____. **O que são direitos da pessoa**. 9.ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.
- _____. **O renascer do Direito**: Direito e vida social, aplicação do Direito, Direito e Política. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- _____. O vedetismo judiciário. **Observatório da Imprensa**, 575, 02 fev. 2010, disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br>.
- _____. Omissões do Legislativo. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, A11, 07 jan. 2006.
- _____. Os direitos da criança. In: DALLARI, Dalmo de Abreu; KORCZAK, Janusz. **O direito da criança ao respeito**. São Paulo: Summus, 19-65, 1986.
- _____. Os direitos fundamentais na Constituição brasileira. In: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto (orgs.). **Debate sobre a Constituição de 1988**. São Paulo: Paz e Terra, 49-67, 2001.
- _____. Separação de Poderes e garantia de direitos (Resposta à pergunta Folha de S. Paulo – O STF tem interferido indevidamente no Poder Legislativo?). **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 04 fev. 2006.
- _____. Suprema encenação jurídica. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, 27 mai. 2011.
- _____. Supremo Tribunal Democrático. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, A11, 18 jun. 2010.
- _____. **Viver em sociedade**. São Paulo: Moderna, 1985.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, 22 (1), 57-63, 1988.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1986.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- DUVERGER, Maurice. **Les Constitutions de la France**. 9.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1971.
- FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**: edición de Miguel Carbonell. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

- _____. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 4.ed. Madrid: Trotta, 2004.
- _____. **Diritti fondamentali: un dibattito teórico**. 3.ed. Roma-Bari: Laterza, 2008.
- _____. Teoria dos direitos fundamentais. In: **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 89-122, 2011.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência. **Revista USP**. São Paulo, n. 21, 13-21, USP, 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da Justiça. In: **Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 205-233, 2010.
- FRANCK, Thomas M. **Political questions, judicial answers: does the Rule of Law apply to foreign affairs?** Princeton: Princeton University Press, 1992.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005.
- GODECHOT, Jacques. **Les Constitutions de la France depuis 1789**. Paris: Flammarion, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). 2.ed. São Paulo: RT, 1991.
- _____. As relações entre os Poderes no décimo aniversário da Constituição de 1988. In: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto (orgs.). **Debate sobre a Constituição de 1988**. São Paulo: Paz e Terra, 69-76, 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Judiciário pode intervir no controle do Executivo. **Revista Consultor Jurídico**, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mai-08/judiciario-intervir-executivo-controlar-politicas-publicas>.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: SAFE, 1997.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O federalista**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2.ed. Campinas: Russell, 2005.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: SAFE, 1991.
- HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge (Massachusetts): HUP, 2007.
- HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York/London: WW Norton & Company, 1999.

- HOUGUE, Claire de Beausse de la. Um aspect des reformes constitutionnelles au Royaume-Uni. In: **Revue Française de Droit Constitutionnel**, Paris, Presses Universitaires de France, n.62, 291-310, 2005.
- INSTITUTO Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Síntese dos indicadores sociais**. Rio de Janeiro: IBGE, 2010.
- JANNUZZI, Paulo de Martino. **Indicadores sociais no Brasil**: conceitos, fontes de dados e aplicações. 4.ed. Campinas: Alínea, 2009.
- JEFFERSON, Thomas. **Escritos políticos**. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição (Exposições e debates na sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público). In: **Jurisdição constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 119-209, 2007.
- _____. **Autobiografia**. Trad. Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.
- _____. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: **Jurisdição constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 237-298, 2007.
- _____. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. **Teoria pura do Direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e o controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: SAFE, 2002.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** 2.ed. Campinas: Russell, 2007.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A quem aproveita um Judiciário franco? **Revista do Tribunal Regional do Trabalho – 13ª. Região**, João Pessoa, Ano I, n. 3, 121, 1994/1995.
- _____. O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 251, p. 77-85, mai ago 2009.
- _____.; ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de (coords.). **A influência de Dalmiro Dallari nas decisões dos tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LOCKE, John. **Two treatises on government**. London: Butler, Reid, Sharpe and Bumpus, 1821.
- LOEWENSTEIN, Karl, **Teoria de la Constitucion**. Barcelona: Ariel, 1976.

- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis. **Ação civil pública: lei 7.347/1995 – 15 anos**. São Paulo: RT, 707-751, 2001.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Trad. Antonio Caruccio-Caporale. Porto Alegre: L&PM, 2006.
- MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Guia de metodologia jurídica: teses, monografias e artigos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARINHO, Josaphat. A ordem econômica nas constituições brasileiras. **Revista de Direito Público**, ano V, v.19, p. 51-59, jan mar 1972.
- MARX, Karl. **A questão judaica**. Trad. Artur Morão. LusoSofia Press, 1975.
- MASTRODI, Josué. **Direitos sociais fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.
- McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: ancient and modern**. Indianapolis: Liberty Fund, 2007.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação de poderes à guarda da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- MEYNAUD, Jean. O Executivo no Estado Moderno. In: DJORDJEVIC, Jovan. **O papel do Executivo no Estado Moderno**. Trad. Maria José de Queiroz. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 145-185, 1959.
- MONTESQUIEU. **L'Esprit des lois**. Paris: Firmin Didot Frères, 1867.
- MORABITO, Marcel. **Historie constitutionnelle de la France (1789-1958)**. 11.ed. Paris: Montchrestien, 2010.
- MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição**. São Paulo: Atlas, 2000.
- MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 4.ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: RT, 2009.
- OLIVER, Dawn. **Constitutional reform in the United Kingdom**. Oxford: OUP, 2003.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Orient. Regina Maria Macedo Neri Ferrari. Dissertação de Mestrado. Curitiba: UFPR, 2006.
- PAPA JOÃO XXIII. **Encíclica “Pacem in Terris”**. Disponível em: <http://www.vatican.va>, acesso: 28/09/2009.

- PIÇARRA, Nuno. **A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional:** um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989.
- PROGRAMA das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). **Relatório de Desenvolvimento Humano.** Edição em Língua Portuguesa. Nova Iorque: PNUD, 2010.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. **Teoria tridimensional do Direito.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- REDE Interagencial de Informação para a Saúde (RIPSA). **Indicadores básicos para a saúde no Brasil:** conceitos e aplicações. 2.ed. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 2008.
- RODRIGUEZ, Caio Farah. **Sentido, valor e aspecto institucional na indeterminação jurídica.** Orient. Sebastião Botto de Barros Tojal. Tese de doutorado. São Paulo: FADUSP, 2011.
- ROSA, Alexandre Morais da. Por que a democracia precisa de juízes garantistas? **Publicação Oficial da Associação Juízes para a Democracia,** São Paulo, ano 14, n. 53, p. 3, mar-mai 2011.
- ROUSSEAU, Dominique; BONNET, Julien. **L’essentiel de la QPC:** mécanisme et mode d’emploi commentaires des principales décisions. Paris: Gualino, Lextenso, 2011.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discours sur l’origine et les fondemens de l’inégalité parmi les hommes.** Amsterdam: Chez-Marc Michel Rey, 1755.
- _____. **Du contrat social; ou principes du droit politique.** Amsterdam: Chez Marc-Michel Rey, 1762.
- SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas.** Rio de Janeiro: Forense, 2011, 1-32.
- _____. **Magistrados:** uma imagem em movimento. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- SALDANHA, Néilson. O Estado contemporâneo e a idéia de “*omissão*” constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política.** São Paulo: Ed. RT, ano 1, n.1, 255-257, out-dez 1992.
- _____. **O Estado moderno e a separação de Poderes.** 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

- SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución. Trad. Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1983.
- _____. **Legalidad y legitimidad**. Trad. Cristina Monereo Atienza. Granada: Editorial Comares, 2006.
- _____. **Teoría de la Constitución**. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1982.
- _____. **Teoría de la Constitución**. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 2011.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers État?** 1789.
- SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da Democracia. In: **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 144-149, 2002.
- _____. **Comentário contextual à Constituição**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. **Curso de direito constitucional positivo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. **O constitucionalismo brasileiro**: evolução institucional. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos fundamentais sociais**: fundamentos, judicialização e direitos fundamentais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 587-599, 2008.
- TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Direito quântico**: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. 8.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. **De la Démocratie en Amérique**. 14.ed. Paris: Michel Lévy Frères, 1864.
- TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle judicial da regulamentação de políticas públicas. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, vol. 3, 2003, 185-194.
- TROPER, Michel. **La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française**. Paris: LGDJ, 1980.
- VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. **A separação dos poderes na Constituição americana**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- VILE, M.J.C. **Constitucionalismo y separación de poderes**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

WALDRON, Jeremy. Refining the question about judges' moral capacity. **International Journal of Constitutional Law**, 2009, 7 (1), 69-82.

_____. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, 115, 2006, 1346-1406.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il “*crucifige!*” e la democrazia**. Nuova edizione. Torino: Giulio Einaudi editore, 2007.