

Universidade Federal de Minas Gerais
Programa de Pós-Graduação em Direito

Ana Carolina Fernandes Pereira Ferreira Bernardes Salgado

A busca de decisões racionais para defesa da ordem constitucional

Belo Horizonte
2022

Ana Carolina Fernandes Pereira Ferreira Bernardes Salgado

A busca de decisões racionais para defesa da ordem constitucional

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito, na linha de pesquisa: Poder, cidadania e desenvolvimento no Estado democrático de direito.

Orientadora: Professora Dra. MARIAH FERREIRA BROCHADO.

Belo Horizonte
2022

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6/2233.

S164b Salgado, Ana Carolina Fernandes Pereira Ferreira Bernardes
A busca de decisões racionais para defesa da ordem constitucional
[manuscrito] / Ana Carolina Fernandes Pereira Ferreira Bernardes Salgado.
- 2022.
94 f.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.
Bibliografia: f. 86 - 94.

1. Direito constitucional - Teses. 2. Constituição - Teses. 3. Separação de
poderes - Teses. 4. Justiça - Teses. I. Brochado, Mariah. II. Universidade
Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 342.33 (81)

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL^a. ANA CAROLINA FERNANDES PEREIRA FERREIRA BERNARDES SALGADO

Aos vinte e três dias do mês de fevereiro de 2022, às 15h horas, na Sala virtual da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora integrada pelos seguintes professores: Professora Dra. Mariah Brochado Ferreira (orientadora da candidata/UFMG); Professora Dra. Adriana Campos Silva (UFMG) e Professor Dr. Luiz Carlos Garcia (Universidade Federal do Tocantins), para a defesa de Dissertação como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito da **Bel^a. ANA CAROLINA FERNANDES PEREIRA FERREIRA BERNARDES SALGADO**, matrícula nº **2019651810**, intitulada: "**A BUSCA DE DECISÕES RACIONAIS PARA DEFESA DA ORDEM CONSTITUCIONAL**". Cada examinador arguiu a candidata pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando à mesma, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Encerradas as arguições, procedeu-se ao julgamento da banca, tendo-se verificado a seguinte nota (0 a 100) e conceito (aprovada/reprovada) atribuídos pela Banca:

Nota:90..... Conceito:A.....

Nada mais havendo a tratar, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto da candidata.

BANCA EXAMINADORA:



Professora Dra. Mariah Brochado Ferreira (orientadora da candidata/UFMG)



Professora Dra. Adriana Campos Silva (UFMG)



Professor Dr. Luiz Carlos Garcia (Universidade Federal do Tocantins)

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

Carolina

- CIENTE: ANA CAROLINA FERNANDES PEREIRA FERREIRA BERNARDES SALGADO (Mestranda)

(...) mas para a sua legislação [a razão] requer-se que ela necessite pressupor-se simplesmente a si mesma, porque a regra só é objetiva e universalmente válida se vale independente de condições subjetivas e contingentes, que distinguem um ente racional de outro.

– *Kant*

(*A metafísica dos costumes*)

À minha filha **Marina**, que, com certeza,
não compreendeu minhas ausências, mas,
mesmo assim, apoiou-me de formas que ela
sequer imagina.

AGRADECIMENTOS

Palavras nem sempre são capazes de descrever tudo que sentimos, mas, mesmo assim, gostaria de agradecer à Profa. Dra. **Mariah Brochado Ferreira**, por quem nutro grande admiração, não só profissional como pessoal, sem a qual, nenhuma palavra deste trabalho teria sido escrita.

Ao Estado brasileiro, por ter me propiciado o privilégio de estudar em uma das melhores universidades pátrias, a Universidade Federal de Minas Gerais.

À minha família. A coragem de trilhar este caminho acadêmico veio dos passos que vocês deram primeiramente. Muito obrigada à **Ângela Maria Fernandes Pereira Ferreira Bernardes**, minha mãe, à **Ana Catharina Fernandes Pereira Ferreira Bernardes**, minha querida irmã, e a **Edson Bernardes Ferreira Filho**, meu querido irmão.

Aos meus colegas do Tribunal de Contas, porque o ambiente que nos cerca é responsável por boa parte da nossa felicidade, e tenho o melhor ambiente de trabalho, por isso, rendo minhas homenagens nas pessoas do Conselheiro **Durval Ângelo Andrade** e de seu assessor, **Gustavo Vidigal**.

A todas as outras pessoas que mereciam ser citadas neste agradecimento, mas na certeza de que sabem quem são, vou me eximir de nomeá-las para evitar o risco de cometer alguma INJUSTIÇA. Obrigada a você que, de qualquer modo, apoiou-me nesta trajetória.

RESUMO

Propõe-se a demonstrar que a construção do atual Estado Democrático no Brasil firmou suas bases na luta contra o absolutismo, em que o povo passou a se autogovernar em um sistema que se pretende justo. Nesse sistema constitucional, a tripartição de poderes entre Legislativo, Executivo e Judiciário tem a função precípua de evitar o arbítrio de um só poder, e, para isso, o sistema tem que estar inteiramente submetido à legalidade e voltado, em primeiro lugar, para a preservação dos direitos e garantias fundamentais. Nesse contexto, nenhum dos poderes pode tomar decisões arbitrárias, todas as decisões têm que ser racionalmente fundamentadas na Constituição, mas demonstrou-se que existem decisões arbitrárias fundamentadas por uma retórica analítica, e que, para não se retroceder ao tempo do arbítrio, um bom começo são decisões racionais, justificadas à luz da Constituição.

Palavras-chaves: Constituição; tripartição de poderes; função política; justiça; decisões racionais.

ABSTRACT

It is proposed to demonstrate that the construction of the current state ruled by the law in Brazil established its foundations in the fight against absolutism, the people started to govern themselves in a system that is intended to be fair. In this constitutional system, the separation of powers between the legislative, executive and judiciary has the primary function of avoiding the arbitrariness of a single power and, for that, the system must be entirely subject to legality and aimed primarily at the preservation of rights and fundamental guarantees. In this context, none of the powers can make arbitrary decisions, all decisions have to be rationally based on the Constitution, but it has been shown that there are arbitrary decisions based on analytical rhetoric and that, in order not to go back to the time of arbitrariness, a good start is to take rational decisions, justified by the light of the Constitution.

Keywords: Constitution; separation of powers; political role; justice; rational decisions.

SUMÁRIO

Introdução	10
1) O que é Constituição?	11
2) Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito	14
2.1) Estado Liberal de Direito	17
2.2) Estado Social de Direito	19
2.3) Estado Democrático de Direito no Brasil	22
3) Constitucionalismo	29
4) O Judiciário nas Constituições brasileiras	38
4.1) O Supremo Tribunal Federal.....	41
4.2) Função política.....	45
5) Cidadania e controle político	50
6) A coerência institucional e a defesa da ordem constitucional	56
6.1) Proporcionalidade como adequação	62
6.2) Proporcionalidade como necessidade.....	63
6.3) Proporcionalidade em sentido estrito	64
7) Recurso Extraordinário n. 567.985	65
7.1) Razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana	67
7.2) políticas públicas.....	69
7.3) Legalidade x reserva legal	72
7.4) Atuação contramajoritária	74
7.5) Conclusões	75
8) A busca da decisão racional	77
9) A retórica analítica	80
10) Conclusão	83
REFERÊNCIAS	86
DOCUMENTOS	94

Introdução

A partir de um enorme interesse pela democracia e sobre como pode realizar a justiça, surgiu a ideia deste trabalho. O intuito é analisar se as alterações amplamente debatidas na doutrina sobre a mudança no princípio da separação dos poderes podem ser justas.

A Corte Constitucional brasileira demonstra que sua atuação deixou de ser apenas jurisdicional para ser também política. Porém, o que se busca não é discutir sobre a legitimidade desse exercício, mas unir direito e justiça de modo que a atuação mais ativa do Judiciário realize a Constituição.

O debate sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal é infundável, principalmente porque suas muitas atribuições foram aumentando sua influência ano a ano, desde 1988, por isso, resgatar os motivos pelos quais há limitação de poder e lembrar a formação do atual Estado Democrático são imprescindíveis.

Esse Estado de Direito, democrático e sob a égide de uma norma fundamental – uma Constituição é fruto de um processo de evolução histórica de conquista de direitos pelo homem, e o que se quer é demonstrar a gama de direitos que foram conquistados, é verificar que a atual Constituição garantiu direitos fundamentais da pessoa humana de modo nunca visto – é marcado pela luta em garantir direitos fundamentais.

Assim, a partir da análise de uma decisão do Supremo Tribunal Federal, verifica-se o uso da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Concepções como proporcionalidade, sopesamento e adequação são usadas indistintamente, então, o que era para ser uma decisão absolutamente racional, fundada na Constituição e garantidora dos direitos fundamentais, parece mais uma decisão arbitrária.

Contrapor o arbítrio, é a pedra angular da democracia. Foi contra o absolutismo e a concentração de poder que a democracia surgiu, e, por isso, faz-se necessária esta discussão.

1) O que é Constituição?

O Estado Liberal, que rompeu com o Estado Absolutista na metade do século XVIII, trouxe ciclos de constitucionalização. Esse movimento constitucionalista, não linear, teve altos e baixos, mas começou a se fortalecer com as Constituições escritas, produzidas na Europa após uma série de revoluções liberais.¹

Mas o que é uma Constituição?

Esse é o título do livro de Ferdinand Lassale, no qual o autor procura a essência da Constituição, para o qual, não basta uma definição jurídica: “a Constituição é a lei fundamental proclamada pelo país, na qual baseia-se a organização do Direito público dessa nação”; é preciso buscar o verdadeiro conceito de Constituição.²

O autor prossegue descrevendo todos os aspectos da sociedade que influenciam a elaboração da Constituição de um país e distingue a Constituição real e efetiva da escrita. Esses aspectos da sociedade que influenciam a Constituição real e efetiva de um país são chamados de fatores reais de poder por Lassale:

Uma Constituição real e efetiva a possuem e hão de possuí-la sempre todos os países, pois é um erro julgarmos que a Constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos.

Não é certo isso.

Da mesma forma, e pela mesma lei da necessidade que todo corpo tem uma constituição própria, boa ou má, estruturada de uma ou de outra forma, todo país tem, necessariamente, uma Constituição real e efetiva, pois não é possível imaginar uma nação onde não existam os fatores reais do poder, quaisquer que eles sejam.³

O autor cita um exemplo:

¹ Barroso afirma que, “desde o surgimento do Estado liberal, na segunda metade do século XVIII, o mundo viveu algumas ondas de constitucionalização, com a elaboração de Constituições por diferentes Estados, dentro de determinado período e circunstâncias históricas.” Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013; p. 142.

² LASSALE, Ferdinand. EBookLibris. **Que é uma Constituição?** Fonte Digital. Disponível em: www.ebooksbrasil.org. Edições e Publicações Brasil. São Paulo: 1933. Tradução: Walter Stönnner. 2000-2006; p. 6.

³ LASSALE, Ferdinand. EBookLibris. **Que é uma Constituição?** Fonte Digital. Disponível em: www.ebooksbrasil.org. Edições e Publicações Brasil. São Paulo: 1933. Tradução: Walter Stönnner. 2000-2006; p. 18.

Quando muito tempo antes de irromper a grande Revolução Francesa, sob a monarquia legítima e absoluta de Luiz XVI, o Poder imperante aboliu na França, por decreto de 3 de fevereiro de 1776, as prestações pessoais para a construção de vias públicas onde os agricultores eram obrigados a trabalhar gratuitamente na abertura e construção de rodovias e caminhos, determinando a criação, para atender às despesas de construção, de um imposto pago inclusive pela nobreza, o Parlamento francês protestou, opondo-se a essa medida:

Vejam como mesmo naquele tempo já falavam de uma Constituição e lhe reconheciam tal virtude, que nem o próprio rei podia mexer nela; tal como agora. Aquilo que a nobreza francesa chamava de constituição, ou seja, a norma pela qual o povo — os deserdados da fortuna — era obrigado a suportar o peso de todos os impostos e prestações que quisessem lhe impor, não estava, é certo, escrito em nenhum papel ou documento especial, documento este onde em resumo constassem os direitos do país e os do Governo; era pois a expressão simples e clara dos fatores reais do poder que vigoravam na França medieval.⁴

O tempo, ainda que de forma sutil, altera os fatores reais de poder. Os aspectos que influenciam a sociedade são diversos, tais como guerra, revoluções industriais e crises econômicas, para citar os mais relevantes, os que causam mudanças mais imediatas. Tudo que acontece na sociedade influencia a Constituição dos países, sejam essas escritas ou não.

A Constituição de um país é reflexo do processo de evolução histórica da conquista de direitos pelo homem e, modernamente, consagra a limitação do poder do Estado e a garantia dos direitos do homem e do cidadão: “art. 16 - A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”⁵

Como dito, foram as revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX que abriram caminho para o constitucionalismo moderno e para o Estado Liberal, que ressurgiu no pós-Segunda Guerra, sendo, a consagração dos direitos fundamentais, a base do Estado de Direito, porque são esses direitos que reconhecem o indivíduo como pessoa, “como centro da atividade jurídica do Estado; é assim que a liberdade individual atinge o ápice do sistema normativo do Estado liberal de Direito.”⁶

⁴ LASSALE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Fonte Digital. Disponível em: www.ebooksbrasil.org. Edições e Publicações Brasil. São Paulo: 1933. Tradução: Walter Stöner. 2000-2006; p. 18.

⁵ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pelos deputados franceses e ratificada por Luís XVI em 05 de outubro de 1789. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 01 de jan. de 2022.

⁶ HORTA, José Luiz Borges. **Horizontes jusfilosóficos do Estado de Direito**. Tese de doutoramento em Filosofia do Direito apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. 2002; p. 111.

Constitucionalismo, portanto, significa “Estado de direito, poder limitado, respeito aos direitos fundamentais”⁷, e a Constituição é a norma fundamental e superior que cria o Estado e organiza o exercício do poder político, bem como define quais são os direitos fundamentais.

Nas democracias contemporâneas, as Constituições desempenham duas funções principais: a) a de veicular consensos mínimos e essenciais da sociedade, que se expressam nos valores, instituições e direitos fundamentais; e b) assegurar o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos com a participação livre e igualitária dos cidadãos, o governo da maioria e a alternância do poder.⁸

Um Estado de Direito contemporâneo no mundo ocidental pós-Segunda Guerra estrutura-se em ordens democráticas e tem como aspecto nuclear a preservação dos direitos e das garantias fundamentais, devendo, as estruturas institucionais e procedimentais do Estado, organizarem-se tendo como fim mediato e imediato a realização daqueles.

Os direitos e garantias fundamentais são conquistas históricas e, uma vez positivados na Constituição, revestem-se da condição de normas constitucionais, portanto, atos normativos de hierarquia máxima em um sistema jurídico. Por um lado, constituem fundamento formal de validade para as outras normas de hierarquia inferior. Por outro, constituem-se em “normas-princípio”, figuram como núcleo axiológico e normativo que orienta e conforma toda a ordem jurídica, incluindo a interpretação e a aplicação das leis.

Encarregando-se, o Estado, do monopólio da jurisdição, ao Judiciário, incumbe a solução dos litígios, que busca, em última instância, a pacificação social. Figura como última retaguarda de defesa da ordem jurídica, zelando pela aplicação da lei quando de sua violação, cabendo-lhe a interpretação derradeira do Direito, com respeito ao devido processo legal. Em matéria constitucional, em vários países, como no caso português, a última palavra sobre a Constituição cabe ao Tribunal Constitucional.

Dessa forma, a própria ordem normativa veda a arbitrariedade das decisões, não sendo dada ao magistrado a faculdade de decidir fora dos parâmetros legais. A aplicação do Direito, no entanto, não é operação que demanda simples silogismo. A todo ato de aplicação, corresponde um ato de interpretação; e todo ato de interpretação jurídica é

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013; p. 449.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013; p. 450.

dependente do modo como o próprio juiz e a comunidade jurídica que integra compreendem o Direito - compreensão essa afetada por fatores diversos, incluindo elementos subjetivos que afastam a possibilidade de existência de uma decisão neutra. A impossibilidade de uma decisão neutra e o fato de atinar às cortes e aos tribunais a interpretação oficial derradeira do Direito, contudo, não lhe retiram o ônus de objetividade e de coerência institucional em torno de suas decisões.

A eficácia dos direitos fundamentais depende do papel de sua salvaguarda exercido pelo Judiciário, assegurado o acesso à Justiça a todos os cidadãos. Entretanto, a defesa da ordem constitucional demanda mais do que isso, uma coerência institucional em torno da Constituição. A decisão judicial não configura nem um ato isolado, nem subjetivo na atuação das instituições do Estado. Primeiramente, submete-se aos limites normativos da Constituição e das leis, de modo que a interpretação jurídica deve obedecer a requisitos de objetividade. Prima-se, em primeiro lugar, pela legalidade não apenas na estruturação, mas também no modo de atuação oficial no ato de aplicação. A legalidade demanda segurança jurídica, coerência e objetividade, ainda que contemporaneamente não mais subsista o entendimento da aplicação por mera subsunção. No Estado Constitucional, a legalidade passa a ser deferente à supremacia da Constituição.

Esse Estado Constitucional é democrático e erguido sob a égide de uma norma fundamental – uma Constituição é fruto de um processo de evolução histórica de conquista de direitos pelo homem, como será demonstrado a seguir.

2) Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

Joaquim Carlos Salgado atribui a *Augustus*⁹ a fundação do Estado Ocidental, mas afirma que foi César quem concluiu uma etapa de desenvolvimento do Estado romano que

⁹ Sobre a formação do Estado de Direito, preleciona, Salgado: “assim nasceu o Império cuja maior expressão foi Otávio Augusto, seu fundador, filho adotivo de César, e que teve sequência em outro filho adotivo de Augusto, Tibério. A base de formação do Império era espiritual, isto é, cultural; especificamente o direito e não natural, ou seja, a descendência de sangue, que caracteriza a hereditariedade monárquica. César conclui toda uma etapa de desenvolvimento do Estado romano e abre o processo de formação do Estado ocidental (...) Essa conclusão e abertura, o Império, realiza-se definitivamente com Augusto, que sabe ser o imperador, o senhor do mundo, que o grego apenas abstratamente concebeu.” Cf. SALGADO, Joaquim Carlos. **Augustus: a fundação do Estado Ocidental**. Augustus: the foundation of the western State. Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 104. Belo Horizonte, pp. 229-261. Jan./jun. 2012; p. 231-232.

foi fundamental para a “formação do Estado ocidental a efetivar-se como Estado de direito após a Revolução Francesa.”¹⁰

É com *Augustus*, durante a formação do Império Romano, continua, Salgado, que, pela primeira vez, tem-se um soberano que não usurpa as funções dos outros órgãos de poder e assume as competências como autêntico Poder Executivo e a representação política como chefe de Estado.

Esse soberano é agora *imperator*, Augusto. Nele está a força total, pela unidade de comando de um exército e marinha permanentes, está a ordenação na forma nomotética concedida pelas fontes produtoras do poder e da administração na convergência que lhe dá a unidade, o soberano ou o *imperator*. *Imperator*, que era a aclamação feita pelos soldados ao general vencedor **passa a designar o poder político maior**

(...)

É verdade que o senado e o imperador interpenetravam-se no poder. Entretanto, não há nem fusão, nem separação rígida, pois as competências se harmonizam na constante legitimação do poder de Augusto pelo Senado e na ação do imperador sobre o Senado a ponto de atuar substancial e decididamente na própria composição do Senado, como por exemplo, estabelecer o limite de 600 senadores. Realiza-se desse modo o elemento essencial do Estado, a soberania, tal como Carl Schmitt procurou caracterizar: como o poder de decidir na exceção.

(...)

Assim, a soberania exige um elemento formal, uma norma positiva, ainda que implícita, e a força insuperável. (*Grifos Nossos*)¹¹

Para Salgado, portanto, é com *Augustus*, que todo o processo de desenvolvimento do Direito se conclui¹², existe legislação, aplicação da lei e doutrina (nomeação, por *Augustus*, dos sábios para elaboração de normas jurídicas). É em volta desse Direito, com *Augustus*, que:

(...) torna possível o aparecimento do Estado, tal como o Ocidente o concebeu e desenvolveu, é a própria expressão do direito na forma do conceito ou no

¹⁰ SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça no período clássico ou da metafísica do objeto: a igualdade**. Belo Horizonte: Del Rey. 2018; p. 153.

¹¹ SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça no período clássico ou da metafísica do objeto: a igualdade**. Belo Horizonte: Del Rey. 2018; p. 159.

¹² André Ramos Tavares afirma que a origem, ainda que embrionária, do constitucionalismo é a antiguidade clássica, e que são os hebreus, o primeiro povo a estabelecer limites ao poder estatal e normas de sua organização política, acompanhados posteriormente pelos gregos. Nota-se que Salgado não rejeita essa ideia, posto que afirma que, com os gregos, na figura de *Augustus*, o desenvolvimento do Direito se conclui. Cf. TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020; p. 75.

terceiro momento de sua evolução, *Jurisprudentia* ou forma doutrinária do direito.¹³

Sem pretensão de fazer uma digressão histórica da evolução do Estado Ocidental ou de esgotar esse assunto tão vasto, destacam-se três momentos marcantes: o Estado Liberal de Direito, o Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito. Para José Luiz Borges Horta “o Estado liberal de Direito é a reação do apolíneo, com a formalização das liberdades e o cerceamento do poder; o Estado social é o retorno dionisíaco, e por vezes barrocamente contraditório, do poder, ora mais, ora menos embriagado de si.”¹⁴

Dentro do contexto do Estado Democrático de Direito, vigente no ordenamento brasileiro, o estudo do poder político é necessariamente vinculado a uma discussão sobre o conceito de democracia. Apesar de “democracia” ser termo recorrente da teoria política e principal forma de organização de poder dentro das sociedades ocidentais, não é possível apontar um único conceito correto para democracia.

Essa indefinição se origina principalmente pela existência de diferentes formas de organização de sociedade e de participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões públicas. Ciente da inexistência de um conceito de democracia bastante em si, faz-se necessário analisar outros critérios importantes à delimitação do exercício do poder político.¹⁵

¹³ SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça no período clássico ou da metafísica do objeto: a igualdade**. Belo Horizonte: Del Rey. 2018; p. 175.

¹⁴ HORTA, José Luiz Borges. **Horizontes jusfilosóficos do Estado de Direito**. Tese de doutoramento em Filosofia do Direito apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. 2002; p. 286.

¹⁵ Aristóteles falava em espécies de democracias. No trecho a seguir, o conceito se assemelha ao atual: existe igualdade e liberdade, e a decisão da maioria é suprema – “A primeira espécie de democracia é a que se determina sobretudo em função da igualdade. Ora, a lei de tal espécie de democracia confirma a igualdade: nem a classe dos ricos nem a dos pobres é superior uma à outra, nem qualquer delas tem domínio sobre a outra, mas ambas são semelhantes. Nesse sentido, se a liberdade é condição preponderante na democracia – como de resto há quem o admita – tal como o é a igualdade, então esses dois princípios serão mais poderosos quando todos os cidadãos, sem exceção, se encontrarem congregados na vida da cidade, na maior medida possível. Como de facto é o povo que forma a grande massa dos cidadãos, e dado que a decisão da maioria é suprema, o que acabamos de expor identifica-se necessariamente com uma democracia. Todavia não passa de uma das espécies de democracia.” Cf. ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Antônio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Coleção: Veja Universidade/Ciências Sociais e Políticas. Lisboa: Vegas. 1998; p. 289.

2.1) Estado Liberal de Direito

O Estado Liberal de Direito rompeu com o modelo anterior de estado – a monarquia absolutista.¹⁶ Esse rompimento foi uma vitória da burguesia que se firmava no poder no início da Revolução Industrial, portanto, o surgimento do Estado Liberal de Direito decorre de um contexto político revolucionário de rejeição ao absolutismo e também de um contexto econômico de evidente transformação nos modos de produção e nas classes dirigentes.¹⁷

Fruto, então, das revoluções burguesas, o Estado Liberal assumia seus ideais e valores, “isso não significa, no entanto, que a burguesia tenha sido a única beneficiada com as conquistas do Estado Liberal. Foram conquistas universais, o que significa dizer que toda a sociedade, e não uma classe apenas, se beneficiou.”¹⁸

Todo rompimento, toda reação a um modelo anterior busca consagrar valores antagônicos a esse modelo. Busca também criar obstáculos para que o ideal do passado não ressurgja. No caso do Estado Liberal, da oposição ao poder centralizado nas mãos do monarca, surgiu a concepção de liberdade que, dentre outros fundamentos, consagrou a proteção do indivíduo em face do arbítrio do governante. Sobre o “problema da liberdade”, Paulo Bonavides é preciso:

Para colocarmos o problema da liberdade na esfera do constitucionalismo ocidental (liberal e social democrático) é indispensável termos sempre em conta o Estado burguês de Direito, de que nos fala Carl Schmit ou os conceitos históricos e racional-normativista da Constituição, segundo o esquema ibérico de García Pelayo.

Na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que aterrorizou 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.¹⁹

Diversos pensadores, ao tratarem dos postulados liberais econômicos propriamente ditos, defendem, de modo geral, a interferência mínima do Estado nas atividades dos atores coletivos. Pierre Dardot e Christian Laval trazem o pensamento de *Karl Polanyi* sobre a dupla ação do Estado:

¹⁶ O símbolo da monarquia absolutista é o reinado de Luís XIV – o rei Sol, a quem é atribuída a célebre frase – *L'État c'est moi* (O Estado sou eu).

¹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009; p. 200.

¹⁸ SALGADO, Karine. **História e estado de direito**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, vol. 71, n. 2, abr./jun. de 2009; p. 11.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros. 2011; p. 40-41.

Essa distinção permite apreender melhor um problema apresentado em *A grande transformação*, livro em que Karl Polanyi afirma que o Estado liberal conduziu uma dupla ação com sentidos contrários no século XIX. De um lado, agiu em favor da criação dos mecanismos de mercado e, de outro, implantou mecanismos que o limitaram; de um lado, apoiou o “movimento” na direção da sociedade de mercado e, de outro, levou em consideração e reforçou o “contramovimento” de resistência da sociedade aos mecanismos de mercado.²⁰

Do ponto de vista político, o liberalismo consiste na limitação jurídica do poder estatal, para o que foi necessária, a consolidação do Estado Constitucional, fundado na divisão dos Poderes (ou funções do Estado), na submissão à lei, no princípio da legalidade e na proteção dos direitos fundamentais.²¹

O Estado Liberal de Direito, com a promulgação das Constituições, inaugura uma nova fase na história do Estado, na qual a limitação jurídica do poder é realizada por meio do Direito. É um modelo que se aproximava da ideia de democracia, inclusive, porque o poder também era limitado pelo reconhecimento dos direitos fundamentais.²²

Dalmo de Abreu Dallari destaca que as circunstâncias históricas inspiraram a preferência pela democracia, uma vez que somente os princípios democráticos poderiam enfraquecer o absolutismo. “O Estado Democrático moderno nasceu das lutas contra o absolutismo, sobretudo através da afirmação dos direitos naturais da pessoa humana.”²³

“Formalizar o poder e consagrar o homem como detentor de direitos: eis, em síntese, a receita indelével do liberalismo”²⁴, mas não era preciso apenas consagrar direitos, era preciso a intervenção do Estado para garanti-los.

²⁰ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**. Ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução: Mariana Echalar. Boi tempo: São Paulo. 2016; p. 37.

²¹ Salgado esclarece que, em sua origem, os direitos individuais estão ligados ao avanço das concepções liberais, ou seja, os direitos individuais no liberalismo puro não significam democratização do poder, mas limitação do poder. Cf. SALGADO, Joaquim Carlos. **Os direitos fundamentais**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 82, jan. 1996; p. 25.

²² HORTA, José Luiz Borges. **Horizontes jusfilosóficos do Estado de Direito**. Tese de doutoramento em Filosofia do Direito apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. 2002; p. 112.

²³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009; p. 124.

²⁴ HORTA, José Luiz Borges. **Horizontes jusfilosóficos do Estado de Direito**. Tese de doutoramento em Filosofia do Direito apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. 2002; p. 87.

2.2) Estado Social de Direito

Conhecido como “Estado mínimo”, em razão do seu absentéismo, o Estado Liberal de Direito não garantiu concretamente os direitos do homem. Era um liberalismo abstrato, idealizado, incompatível com a realidade trazida pelo progresso da indústria e pelas transformações das situações políticas e sociais no pós-guerra.²⁵

Criticado em razão do seu individualismo político e da necessidade de complementação dos direitos individuais face às novas realidades, faltava, ao Estado Liberal de Direito, a proteção concreta que a Constituição nem sempre proporciona. Era preciso indicar o que o Estado não poderia fazer, mas também o que era obrigado a fazer. Essas obrigações positivas surgiram em razão da necessidade de completar o reconhecimento do direito subjetivo do indivíduo com o dever objetivo do Estado.²⁶

O Estado Social, ao contrário do Estado Liberal, que rompeu com o absolutismo, não abandona os valores trazidos pelo liberalismo, mas surge como resultado de um processo histórico-cultural que incorpora direitos sociais e os coloca ao lado dos direitos individuais.

Os direitos sociais constituem-se no segundo grupo integrador do conceito de Direitos Fundamentais, que, por mais que adicionem ao catálogo anterior (direitos individuais), são responsáveis por empreender uma releitura completa e radical, inclusive produzindo alterações no significado destes (direitos individuais). Ou seja, os direitos sociais não só alargam a tábua de direitos fundamentais, mas também redefinem os próprios direitos individuais.²⁷

“Os fatores reais de poder” emanados da economia e das forças sociais, inclusive, da demanda por direitos sociais dos trabalhadores, impulsionam a intervenção estatal com a finalidade de promover a igualdade material. A tutela jurídica não se restringe ao indivíduo, mas se estende a toda a sociedade com o reconhecimento dos direitos sociais.

²⁵ BOBBIO, Norberto, **Liberalismo e Democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 6ª ed. São Paulo: Brasiliense. 2000; p. 18.

²⁶ Raul Machado Horta afirma que, “com a lucidez antecipatória de sua Teoria Geral do Estado, Duguit enriqueceu a doutrina individualista pela contribuição de sua doutrina solidarista, para nela abranger a mutação que se deveria operar na atividade do Estado e do poder. A doutrina individualista, dizia Duguit, mostrava as coisas que o Estado não poderia fazer. Cumpria, agora, indicar não só o que o Estado não poderia fazer, mas, também, as coisas que o Estado é obrigado a fazer, pois há obrigações positivas que se impõe ao Estado. Há coisas que ele é obrigado a prestar. O reconhecimento do direito subjetivo do indivíduo se completava no dever objetivo do Estado.” Cf. HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 5ª ed. rev. e atual. Por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey. 2010. p. 187.

²⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves, **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011; p. 468.

Essa segunda fase do Estado Constitucional (ou de Direito) se equipara ao Estado Liberal de Direito em relação à limitação jurídica do poder estatal e à consolidação do Estado Constitucional, fundado na divisão dos Poderes, na submissão à Lei, no princípio da legalidade e na proteção aos direitos fundamentais. Entretanto, para efetivação dos direitos sociais, é preciso mais; é necessário que esses direitos possam ser exigidos do Estado, uma vez que o liberalismo trouxe uma falsa autonomia da vontade:

(...) pois que não se encontra vontade autônoma onde se está sujeito a carências econômicas e sociais. Essa autonomia construída a partir do século XVIII há de ser cada vez mais mitigada pelo direito atual, produto da experiência da consciência jurídica que se formou desde aquela vivência até nossos dias, o que possibilitou a projeção de um Estado social interventor, que visa a promover uma autonomia material da vontade, porque a autonomia do Estado liberal tornou-se algo formal, sem sentido jurídico-histórico.²⁸

O Estado Social de Direito (*welfare state*)²⁹ impõe ao Estado a realização de determinados fins materiais que contribuam para uma reforma social e econômica (com justiça social), abandona o Estado Liberal e acolhe um Estado intervencionista, no qual os poderes públicos atuam no processo econômico para incrementar a produção e garantir emprego e aumento de renda.³⁰

Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan Morais esclarecem que o Estado Social acolhe os valores jurídico-políticos clássicos, mas respeitando o curso histórico e as demandas e condições da sociedade e, para isso, não pode incluir apenas a limitação de poderes do Estado, mas deve incluir também os direitos às prestações do Estado para que realize a ideia social de Direito.³¹

²⁸ BROCHADO, Mariah. **Direito e ética: a eticidade do fenômeno jurídico**. São Paulo: Landy Editora. 2006; p. 210-211.

²⁹ O *welfare state* é definido, habitualmente, como um conjunto de habilitações legais dos cidadãos para transferir pagamentos dos esquemas de seguro social compulsório para os serviços organizados do Estado (como saúde e educação), em uma grande variedade de casos definidos de necessidades e contingências. Os meios através dos quais o *welfare state* intervêm consistem em regras burocráticas e regulamentações legais, transferências monetárias e a experiência profissional de professores, médicos, assistentes sociais etc. (...) Embora a função primária do *welfare state* seja cobrir aqueles riscos e incertezas aos quais estão expostos os trabalhadores assalariados e suas famílias na sociedade capitalista, existem alguns efeitos indiretos que também servem à classe capitalista.” Cf. CLAUS, Offe. **Problemas estruturais do Estado Capitalista**. Tradução de Bárbara Freitas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1984; p. 374.

³⁰ HORTA, José Luiz Borges. **História do estado de direito**. São Paulo: Alameda. 2011; p. 131-132.

³¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Ciência política e teoria do Estado**. 8ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2014; p. 74.

Assim, para a concretização dos ideais do Estado Social de Direito, foi necessário um Estado que pudesse gerir conflitos entre classes e grupos sociais e que tivesse como propósito minimizar as desigualdades sociais, o que só é possível se o Estado agir para satisfazer as necessidades coletivas. Essas ações consagraram direitos, tais como o salário mínimo, número máximo de horas de trabalho, férias remuneradas e direitos ao acesso às instituições de ensino, para listar alguns exemplos.³²

Intervir para garantir direitos individuais e coletivos, entretanto, não é fácil, e o Estado Social de Direito entrou em crise. Primeiramente, em razão da incapacidade do Estado de arrecadar impostos e gerir seus recursos para a realização das demandas sociais crescentes, mas também em razão da estagnação das economias mundiais, que gerou uma crise econômica. Maior crise econômica demanda maior assistência do Estado, em razão do número mais elevado de desempregados, da falta de dinheiro circulando, dentre outros fatores. E, para cobrir esses gastos, impostos são aumentados sem uma contraprestação suficientemente legítima.³³

Nessa esteira, surge, o Estado Democrático de Direito, que representa uma vertente diferente, uma vez que não se limita a um mero formalismo, como o Estado Liberal, nem a uma materialização totalizante, como o Estado Social. No Estado Democrático, é garantida a “existência de procedimentos ao longo de todo o processo decisório estatal, permitindo e sendo poroso à participação dos atingidos, ou seja, da sociedade.”³⁴

³² Sobre o surgimento do constitucionalismo social, Barroso esclarece que: surge o constitucionalismo social, consagrador de normas de proteção ao trabalhador, emblematicamente representado pelas Constituição mexicana, de 1917, e pela Constituição alemã de Weimar, de 1919. Nos Estados Unidos, essa modificação do papel do Estado veio com o *New Deal*, conjunto de políticas públicas intervencionistas e de proteção dos direitos sociais, implementado pelo Presidente Roosevelt ao longo da década de 30. No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a dedicar um capítulo à ordem econômica e social. Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013; p. 85.

³³ Rosanvallon observa que a sociedade anseia por políticas públicas para solução dos seus problemas, mas não reconhece como suficientes, as medidas governamentais executadas para atender suas necessidades: não é apenas a extensão do Estado ou o peso das despesas sociais que está em causa. Esta dúvida manifesta um abalo muito mais profundo: são as relações da sociedade com o Estado que são questionadas. Assim, os impostos aumentaram sem que ocorresse o mínimo elemento simbólico de reformulação do compromisso social. A redução das desigualdades revela-se, assim, menos legítima: não foi acompanhada por uma vontade ou por uma palavra da sociedade sobre si mesma. Cf. ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado Providência**. Goiânia: Editora da UFG; Brasília: Editora da UnB. 1997; p. 30.

³⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves, **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011; p. 219.

2.3) Estado Democrático de Direito no Brasil

O novo ordenamento instituído com a Constituição Cidadã de 1988 traz, já na primeira linha de seu preâmbulo, a instituição de um “Estado Democrático”. Para além da importância do instituto, a afirmação do Estado brasileiro como democrático se justifica pelo rompimento com a antiga ordem ditatorial, instituída com o golpe militar de 1964.

Nesse contexto, a tarefa de delimitar o que é a democracia se torna ainda mais difícil, pelo fato de que o termo não é totalmente estranho para a imensa maioria da população. E o próprio processo que representou o declínio do regime militar colabora com as compreensões equivocadas do conceito de democracia.

Explica-se. A instituição de um regime democrático aparecia para o grande público como a vitória do movimento das “Diretas Já”, que trazia, na própria denominação do movimento, seu principal objetivo: a implementação de eleições diretas para presidente. Essa conexão entre o movimento “Diretas Já” e a instituição de uma ordem democrática era clara naquele momento histórico. Segundo Vadim da Costa Arsky:

A sentença é cristalina. Os brasileiros querem viver plenamente em verdadeira DEMOCRACIA, isto é, desejam realmente PARTICIPAR do Governo do seu país. As "Diretas Já" e a “Constituinte” já haviam sido eloquentes provas disso. O movimento de "impeachment" do último Presidente confirmou esse ânimo.³⁵

Essa ligação de causa e consequência contribui para uma primeira confusão sobre o que seria democracia, recorrente no senso comum, a de que democracia se confunde com o sufrágio. Nesse quadro, para o grande público, democracia representaria apenas a eleição de algum candidato para que esse possa gerir o patrimônio público.

Esse conceito extremamente simplista do que de fato representa uma democracia acaba por distanciar o grande público das discussões políticas, já que o exercício da democracia tende a ser entendido apenas como a obrigação de comparecimento às seções eleitorais de dois em dois anos. Tal concepção é tão arraigada, que mesmo os parlamentares e juristas confundem o exercício da democracia com o exercício do voto.

E se a democracia não é o exercício do direito de voto, qual seria um conceito adequado? Antes de mais nada, faz-se necessária a reflexão de que a democracia é uma das formas de exercício do poder político. Pela própria etimologia da palavra derivada do grego

³⁵ ARSKY, Vadim da Costa. **O poder em suas mãos**. 1ª ed. São Paulo: EDICOM. 1993; p. 23.

(*demos*: povo; *kratos*: poder), é possível aferir que a democracia é a escolha de delegar ao povo o exercício do poder político.

O primeiro exemplo de democracia ocorre em Atenas, uma das cidades independentes da Grécia antiga. Há, portanto, uma mudança nos detentores do poder político em Atenas, como ensina, Renato Janine Ribeiro:

Inicialmente eram governadas por reis - assim lemos em Homero. Mas, com o tempo, ocorre uma mudança significativa. O poder, que ficava dentro dos palácios, oculto aos súditos, passa à praça pública, vai para *tó mésson*, “a meio”, o centro da aglomeração urbana. Adquire transparência, visibilidade. Assim começa a democracia: o poder, de misterioso, se torna público, como mostra Vernant. Em Atenas se concentra esse novo modo de praticar - e pensar - o poder.³⁶

Nesse contexto de uma cidade que passa a se organizar em torno da praça pública, o povo exercia o poder diretamente, por meio de reuniões. A democracia era direta e, portanto, uma prática: em suma, a prática de ser livre. Daí, surge o evidente saudosismo ou idealização da democracia ateniense, alçada ao patamar de forma mais pura e completa de exercício democrático de poder político:

A PRIMEIRA DEMOCRACIA

As primeiras experiências dessas formas de governo, com participação direta de todos os que iriam ser atingidos pela lei, surgiram na Grécia, com a civilização helênica que, atingindo alto grau de evolução do HOMEM, dedicava-se a indagações filosóficas sobre a origem do SER HUMANO e sua atuação no UNIVERSO.

A esse governo deram os gregos o nome de DEMOCRACIA, que significava "GOVERNO PELO POVO", que parece que funcionou bem com os gregos, foi copiado pelos romanos até a invasão dos bárbaros, quando voltou a imperar a lei do mais forte.³⁷

No entanto, é necessário desconstituir essa ideia. É que a sociedade democrática ateniense só conseguiu se organizar ao se calcar em critérios excludentes e preconceituosos, como bem ensina, Antônio Gomes de Vasconcelos:

O modelo ateniense de democracia clássica, mais decantado como ideal de democracia, tem, no entanto, origens antidemocráticas. Uma sociedade escravagista, contudo, criou um senso de identidade e solidariedade apenas entre os cidadãos livres do trabalho, que constituíam uma parte da sociedade,

³⁶ RIBEIRO, Renato Janine. **A democracia**. 3ª ed. São Paulo: Publifolha. 2013; p. 6.

³⁷ ARSKY, Vadim da Costa. **O poder em suas mãos**. 1ª ed. São Paulo: EDICOM. 1993; p. 41.

econômica e militarmente, independente. O povo ateniense somente conseguiu vislumbrar coerência entre o princípio de liberdade e o de cidadania de seu povo quando retirou dos escravos a condição de sujeito, renegando-os à condição de objeto e destituindo-os dos direitos de cidadania, porque esta pressupunha a independência do trabalho para a subsistência.³⁸

Fica claro, portanto, que o exercício de poder político direto por todos não era uma realidade, nem mesmo na democracia ateniense da antiguidade clássica. Esse exercício direto de poder político só era garantido a quem possuía o direito de *isegoria*, o que excluía mulheres, estrangeiros, velhos, jovens e escravos.

Dada essa incompatibilidade e após o intervalo entre a prática da democracia direta na antiguidade clássica e a retomada de seus preceitos, a democracia ressurgiu na modernidade, principalmente, calcada na ideia de democracia representativa.

Sob essa concepção, não é necessário que todos do povo exerçam diretamente o poder político. Esse pode estar concentrado nas mãos de uma única pessoa ou de um grupo, sendo fundamental, no entanto, que seja o povo quem escolha esse indivíduo ou grupo.

Contudo, se nem mesmo num contexto de democracia representativa, essa não se resume apenas ao direito de escolha do representante por meio do voto, como dito acima, outros fatores são necessários para garantir a existência de democracia. Para além da escolha, o efetivo exercício do poder político por uma democracia se configura pelo controle desse exercício pelo povo, que também exerce o poder de escolha do representante.

Não é novidade que o Estado Democrático de Direito no Brasil, com a defesa dos direitos da pessoa humana, foi consagrado com a promulgação da Constituição de 1988. Streck sintetizou os princípios trazidos pela Constituição da seguinte forma:

Com efeito, são princípios do Estado Democrático de Direito:

A - Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica;

B - Organização Democrática da Sociedade;

C - Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma

³⁸ VASCONCELOS, Antônio Gomes de. **Pressupostos Filosóficos e Político-Constitucionais para a aplicação do Princípio da Democracia Integral e da Ética de Responsabilidade na Organização do Trabalho e na Administração da Justiça**: o Sistema Núcleos Intersindicais de Conciliação Trabalhista Estudo de caso – a questão trabalhista regional e os resultados da instituição matricial de Patrocínio-MG (1994–2006). Belo Horizonte: UFMG, 2006. Tese (Doutorado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006, p. 457.

autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade;
 D - Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades;
 E - Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa;
 F - Divisão de Poderes ou de Funções;
 G - Legalidade, que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência;
 H - Segurança e Certeza Jurídicas.³⁹

O Brasil é um Estado Democrático de Direito, porque sua Constituição tem caráter garantista⁴⁰, baseia-se na subordinação à Lei de todos os Poderes e na obrigação desses Poderes garantirem todos os Direitos, principalmente os direitos fundamentais. Luiz Henrique Urquhart Cademartori e Eduardo de Carvalho Rêgo resumem a questão:

Protagonista do ordenamento jurídico de uma nação, a constituição pode ser definida como o conjunto de normas (regras e princípios) norteadoras das atividades dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. No Estado Democrático de Direito, tudo se faz a partir da constituição e nada contra ela.⁴¹

E também é um Estado Democrático de Direito, porque tem como característica a legitimidade, a qual Salgado afirma que ocorre em dois planos. O primeiro é a legitimação pela origem do consentimento (plano técnico), e o segundo é a legitimação pela finalidade

³⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Ciência política e teoria do Estado**. 8ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2014; p. 76.

⁴⁰ Luigi Ferrajoli ensina que, “não obstante, é útil precisar que ‘garantismo’ é um neologismo que se difundiu na Itália nos anos Setenta com referência ao direito penal, como réplica teórica à redução, naqueles anos, das garantias penais e processuais dos direitos de liberdade, por obra de uma legislação e de uma jurisdição de exceção justificadas pela emergência do terrorismo. Mas é claro que o paradigma garantista deve ser ampliado, em sede teoria geral do direito, para todo o campo dos direitos da pessoa. Por “garantismo” se entende, portanto, nesta acepção mais ampla, um modelo de direito baseado na rígida subordinação à lei de todos os poderes e nos vínculos a eles impostos para a garantia dos direitos, primeiramente, dentre todos, os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição.” Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Democracia através dos direitos** [livro eletrônico]: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução: Alexander Araújo de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015; p. 11.

⁴¹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; RÊGO, Eduardo de Carvalho. **Proporcionalidade impura**: o transplante dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade à moda brasileira. In: CADEMARTORI, Luiz Henrique; SCHRAMM, Fernanda Santos (Org.). **Direito Público e Hermenêutica: problemas e desafios atuais**. Curitiba: Editora Prismas. 2017; p. 61.

dos direitos fundamentais.⁴² O Estado de Direito, portanto, “declara e realiza os Direitos Fundamentais, individuais, políticos e sociais, como seu fim essencial.”⁴³

Para Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, essa legitimidade precisa de uma sociedade democraticamente organizada, na qual os cidadãos usufruem de direitos civis e políticos, que são garantidos pelo Estado e cumprem os deveres que as leis lhes apresentam - há um sentimento de grupo, de corpo social.⁴⁴

Nessa sociedade democraticamente organizada, é imprescindível a existência de relações entre o sistema político e o sistema jurídico, mas não é qualquer relação, porque existe uma circularidade. Ao mesmo tempo em que o sistema jurídico se submete à legislação politicamente estatuída, o sistema político se submete ao direito administrado pelos tribunais, conforme estabelecido na Constituição. Para Marcelo Neves:

(...) assim como o direito normatiza procedimentos eleitorais e parlamentares, regula organizações partidárias e estabelece competências e responsabilidades jurídicas dos agentes políticos, a política decide legislativamente sobre a entrada de novas estruturas normativas no sistema jurídico. Mas a circularidade típica do Estado de Direito significa, sobretudo, uma acentuada interpenetração entre os sistemas jurídico e político: o direito põe a sua própria complexidade à disposição da autoconstrução do sistema político e vice-versa.⁴⁵

Neves afirma que, para Luhman, o poder circula entre o “público, a política e a administração pública”, sendo que o primeiro é responsável pela escolha eleitoral dos dirigentes, pela escolha dos programas políticos e pela formação da opinião pública. Em sentido estrito, a política espelha as reivindicações e anseios do público, possibilitando que as decisões vinculem a sociedade. Já a administração pública, formada pelo parlamento, pelo governo e pela burocracia administrativa, decide e vincula o público.⁴⁶

Para que exista essa circulação de poder, são necessários quatro procedimentos, os quais levam à legitimação do Estado Democrático de Direito, quais sejam: procedimento

⁴² SALGADO, Joaquim Carlos. **O estado ético e o estado poiético**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, p. 3-34. 1998; p. 31.

⁴³ SALGADO, Joaquim Carlos. **O estado ético e o estado poiético**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, p. 3-34, 1998; p. 10.

⁴⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. **Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição**. Belo Horizonte: Arraes. 2017; p. 55.

⁴⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil** – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes. 2006; p. 92.

⁴⁶ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil** – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes. 2006; p. 93-94.

eleitoral, procedimento administrativo, procedimento legislativo e procedimento judicial.⁴⁷ Juridicamente estruturados, seu objetivo é condensar os conflitos socialmente difusos e intermediá-los por meio da produção de uma decisão. Em suma, é com a observância desses procedimentos, que se pode falar em uma sociedade democraticamente organizada.

E só há sociedade democrática com justiça social, o que significa que devem existir mecanismos corretivos das desigualdades, como os que foram positivados na Constituição da República de 1988, que prevê não só direitos civis e políticos, mas também direitos sociais. O Estado de Bem-Estar Social, baseado nos direitos sociais, é um mecanismo de combate à desigualdade e de concretização da cidadania.⁴⁸

Não basta, entretanto, a positivação dos direitos para redução da desigualdade, não basta a existência de uma igualdade formal. Só haverá justiça social com igualdade de oportunidades, com a realização dos direitos fundamentais e com a efetiva realização do bem-estar social.⁴⁹

Outro pilar do Estado Democrático de Direito é a divisão dos Poderes – funções estatais - que enseja novas leituras, reorganiza-se e se “consolida como um princípio geral do Direito Constitucional, postulado básico e aglutinador da Teoria da Constituição, evocado sempre a responder os desafios da atualidade.”⁵⁰

A teoria da separação dos Poderes surgiu para moderação das atividades estatais, para controle recíproco entre as funções e, ainda hoje, mesmo se reorganizando, tem o propósito de conter o “poder pelo poder”⁵¹, porque, para realização de seus fins, o Estado

⁴⁷ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil** – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes. 2006; p. 93-94.

⁴⁸ Aristóteles já lecionava sobre justiça social: “o verdadeiro democrata deve preocupar-se, contudo, em que a massa popular não viva numa penúria excessiva, já que essa é uma das causas da perversão das democracias.” Cf. ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Antônio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Coleção: Veja Universidade/Ciências Sociais e Políticas. Lisboa: Vegas. 1998; p. 459.

⁴⁹ Nas palavras de Friedrich Muller: “para preservar democraticamente um sistema, a democracia não basta como mecanismo único no plano institucional. Ela deve fundar-se nos direitos humanos para todos. Exige um Estado de Direito configurado nos seus detalhes, para que a implementação, a concretização das normas, democraticamente deliberadas, disponha dos parâmetros mais operacionais possíveis. E essa democracia necessita, sobretudo, de uma política direcionada para estabelecer equilíbrios sociais, de uma política justa, com efeitos tudo o povo possa participar democraticamente.” Cf. MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. Revisão: Paulo Bonavides. 3ª ed. São Paulo: Editora Max Limonad. 2003; p. 125-126.

⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2018; p. 327.

⁵¹ PENALVA, Ernesto Pedraz. **Constitucion, jurisciccion y processo**. Madrid: Akal. 1990; p. 9-42.

necessita de órgãos que, de maneira coordenada e em equilíbrio, atuem segundo os parâmetros traçados pela Constituição.

A Constituição prescreve direitos ordenados e vinculativamente prescritivos de regras, formas e procedimentos, com a finalidade de evitar o arbítrio estatal. O princípio da legalidade, que trata dessa submissão do Estado à Lei, “é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos.”⁵² Celso Antônio Bandeira de Mello também ensina, sobre o princípio da legalidade, que:

(...) da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria.⁵³

Afirma, ainda, que:

Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito Brasileiro.⁵⁴

José Luiz Borges Horta explica que “o primado da lei deve gerar segurança e certeza jurídica – previsibilidade e inalterabilidade das consequências jurídicas dos atos (...)”.⁵⁵ Portanto, o Direito serve para estabelecer padrões de conduta (por meio da lei), que permitem aos cidadãos, em princípio, saber como agir e saber o que pode exigir do outro e o que pode ser exigido de si mesmo.

Qualquer direito, na ordem privada ou pública, pode ser apreciado pelo lado do indivíduo que dele extrai uma segurança jurídica ou uma função, como pelo lado do agrupamento social que institui uma regra de conduta.⁵⁶

⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32º ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84. São Paulo: Malheiros. 2015; p. 102.

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32º ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84. São Paulo: Malheiros. 2015; p. 103.

⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32º ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84. São Paulo: Malheiros. 2015; p. 104.

⁵⁵ HORTA, José Luiz Borges. **Horizontes jusfilosóficos do Estado de Direito**. Tese de doutoramento em Filosofia do Direito apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. 2002; p. 122.

⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V. I. 23ª ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense. 2010; p. 11.

Enfim, o Estado Democrático moderno surgiu da luta contra o absolutismo, e há consenso na doutrina acerca de que seu fundamento é a garantia dos direitos naturais da pessoa humana. A Constituição da República de 1988, como já foi dito, consagra a proteção dos direitos fundamentais e, já no preâmbulo, como dito, declara que está instituindo um Estado Democrático.⁵⁷

3) Constitucionalismo

O fenômeno do constitucionalismo, a partir do século XX, foi se delineando como uma teoria que tem como paradigma o governo limitado, que é indispensável à garantia dos direitos fundamentais. A Constituição moderna é, assim, uma sistematização racional da comunidade política, na qual os direitos e liberdades são declarados, e são fixados os limites do poder político.⁵⁸

Os direitos fundamentais foram concebidos como direitos públicos subjetivos oponíveis ao Estado.⁵⁹ Indubitavelmente, o constitucionalismo não seria o que é sem os direitos fundamentais. A própria origem do Estado de Direito encontra-se intrinsecamente vinculada à sua garantia e proteção.⁶⁰ Essa interdependência existente entre o constitucionalismo e o desenvolvimento da Teoria dos Direitos Fundamentais traz uma

⁵⁷ A redação do preâmbulo é a seguinte: “nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.” Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/579494/publicacao/16434817>. Acesso em: 06 de jan. de 2022.

⁵⁸ Canotilho conceitua a Constituição como a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. Este conceito de constituição se converteu progressivamente num dos pressupostos básicos da cultura jurídica ocidental, ao ponto de já se ter chamado de “conceito jurídico ocidental de constituição.” Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2003; p. 52.

⁵⁹ Conferir Mendes: “a exigência de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tenham aplicação imediata traduz a pretensão do constituinte no sentido de instituir uma completa e integral vinculação dos entes estatais aos direitos fundamentais.” Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. In: GRUNDMAN, Stefan et al (Org.). **Direito privado, constituição e fronteiras**: encontro da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT. 2014; p. 31-55.

⁶⁰ Assevera, Perez Luño: “*ai, se da un estrecho nexo de interdependência, genético y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho.*” Cf. PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 9ª ed. Madrid: Tecnos. 2007; p. 19.

inevitável e benéfica consequência, a mutabilidade constante dos direitos fundamentais e do constitucionalismo com o desiderato de atender os anseios da sociedade.⁶¹

O processo de constante evolução da sociedade, dos direitos fundamentais e seus reflexos sobre o constitucionalismo foi analisado por Bobbio, que destacou sua mutabilidade e historicidade, bem como a necessidade de uma constante reformulação da Teoria dos Direitos Fundamentais, como forma de adequá-la aos anseios e interesses da sociedade.⁶² As pretensões humanas se modificarão e, conseqüentemente, surgirão novas pretensões de garantia para os direitos fundamentais.⁶³ Preleciona, Bobbio, que:

Os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações.⁶⁴

Os direitos fundamentais são direitos objetivamente vigentes em uma ordem jurídica concreta, por terem sido positivados. Segundo Marcelo Campos Galuppo:

Os direitos humanos transformaram-se em direitos fundamentais somente no momento em que o princípio do discurso se transformou no princípio democrático, ou seja, quando a argumentação prática dos discursos morais se converte em argumentação jurídica limitada pela faticidade do direito, que implica sua positividade e coercibilidade, sem, no entanto, abrir mão de sua

⁶¹ Conforme destaca, Mello: “o constitucionalismo está hoje preocupado em entender a abrangência e os limites dos direitos fundamentais nos sistemas jurídicos e políticos das sociedades contemporâneas e em desenvolver uma dogmática que habilite os juristas a operá-los e torná-los eficazes, e nesse esforço submete claramente a organização do poder estatal aos parâmetros extraídos da teoria dos direitos fundamentais.” Cf. MELLO, Cláudio Ari Pinheiro de. **Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 224, p. 239-284, abril/maio/junho de 2001. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47768> Acesso em: 21 de jan. de 2022.

⁶² Nesse sentido, preleciona, Perelman: “como o direito tem uma função social para cumprir, não pode ser concebido, de modo realista, sem referência à sociedade que deve reger.” Cf. PERELMAN, Chaim. **A lógica jurídica e a nova retórica**. Verginia K, Pupi (Trad.). São Paulo: Martins Fontes. 2000; p. 241.

⁶³ Conforme destaca, Bobbio: “não é preciso muita imaginação para prever que o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderão produzir mudanças na organização da vida humana e das relações sociais que se criem ocasiões favoráveis para o nascimento de novos carecimentos e, portanto, para novas demandas de liberdade e de poderes.” Cf. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus. 1992; p. 33.

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus. 1992; p. 18.

pretensão de legitimidade. Os direitos fundamentais representam a constitucionalização daqueles direitos humanos que gozaram de alto grau de justificação ao longo da história dos discursos morais, que são, por isso, reconhecidos como condições para a construção e o exercício dos demais direitos.⁶⁵

Teóricos dos direitos fundamentais costumam fazer referência à existência de gerações ou dimensões desses direitos, para tentar explicar seu processo de evolução ao longo da existência do Estado moderno. Se o modelo geracional ou dimensional de classificação dos direitos fundamentais traz consigo a vantagem de facilitar a compreensão do fenômeno da evolução, por ser didático, há que se salientar, dada a relevância, não ser uniforme nem preciso, bem como o fato de, nem sempre, conseguir explicar adequadamente a evolução desses direitos em todas as organizações estatais.

Hodiernamente, a grande maioria dos teóricos do constitucionalismo e dos direitos fundamentais tem preferido adotar o modelo geracional ou dimensional, segundo o qual os direitos fundamentais são divididos em três gerações, a saber: direitos de primeira geração (individuais e políticos); direitos de segunda geração (sociais e econômicos); e terceira geração (direitos de fraternidade ou solidariedade), havendo, inclusive, aqueles que sustentam a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais, os denominados direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

De qualquer forma, há que se salientar que a construção de um modelo geracional dos direitos fundamentais tem sido objeto de inúmeras críticas, tais como aquelas aventadas e compiladas por Flávio Galdino, segundo as quais:

Em primeiro lugar critica-se a própria fragmentação dos direitos em gerações históricas, ao argumento de que os direitos humanos constituem um todo incindível, indivisível, servindo as infundadas divisões para segregar e postergar a realização de alguns deles. Ainda nesse sentido, critica-se a própria ideia de sucessividade dos direitos humanos, argumentando-se que seu surgimento foi concomitante. Ademais, a ideia de sucessividade parece contrariar os postulados da indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos, que se vêm sedimentando cada vez mais na doutrina.⁶⁶

⁶⁵ GALUPPO, Marcelo Campos. **O que são direitos fundamentais?** In.: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.) Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey. 2003; p. 233.

⁶⁶ XAVIER, Flavio Galdino. **Introdução à teoria dos custos dos direitos:** direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005; p. 170.

A crítica que se deve fazer ao modelo geracional dos direitos fundamentais não deve, entretanto, reduzir-se à alegação de que os direitos do homem são universais e indivisíveis, pois a história do constitucionalismo moderno e contemporâneo demonstrou que, não raras vezes, os Estados sequer têm conseguido assegurar com eficiência os direitos civis e políticos, quem dirá garantir a efetividade a todos os direitos fundamentais, independentemente de sua natureza ou geração.

Além disso, o processo de incorporação dos direitos fundamentais aos textos constitucionais nem sempre se concretizou segundo a cronologia estabelecida pelo modelo geracional, havendo situações de retrocesso em que, enquanto os direitos sociais eram efetivamente garantidos, os direitos individuais e políticos eram extremamente restringidos por regimes totalitários que ascenderam ao poder. Basta lembrar a própria história do constitucionalismo brasileiro e alemão.

Outro fenômeno que impõe fundadas ressalvas à adequação do modelo geracional, o qual foi profundamente constatado no constitucionalismo dos Estados periféricos, é aquele relativo à incompletude do processo de efetivação dos direitos fundamentais. Isto porque a história do constitucionalismo demonstrou que, em alguns Estados, antes mesmo dos direitos fundamentais individuais terem adquirido efetividade, já se iniciava, o processo de positivação dos direitos sociais e econômicos.

Essa incompletude no processo de efetivação ocasiona indesejáveis consequências para o constitucionalismo, haja vista que, conforme destacado, os direitos fundamentais, independentemente de sua natureza, encontram-se umbilicalmente vinculados, e, não raras vezes, a plena efetividade de uns pressupõe a garantia de outros.

O termo “constitucionalismo” tem várias acepções; segundo André Ramos Tavares, seriam quatro. Em uma primeira acepção, refere-se a um movimento político-social que tem como origem histórica bastante remota a limitação do poder arbitrário. Tem-se também a acepção segundo a qual é uma imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Numa terceira concepção possível, indicaria os propósitos mais latentes e atuais nas diversas sociedades. Por fim, em um conceito bem reduzido, constitucionalismo seria apenas uma evolução histórica-constitucional de um determinado Estado.⁶⁷

⁶⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020; p. 1-16.

Para o jurista português, José Joaquim Gomes Canotilho, existem vários movimentos constitucionais com corações nacionais; na verdade, são vários constitucionalismos, tais como o constitucionalismo inglês, o americano, o francês, entre outros. Nas palavras do autor: “será preferível dizer que existem diversos movimentos constitucionais com corações nacionais, mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural”.⁶⁸

Tavares também relaciona três aspectos ao constitucionalismo: um jurídico, um sociológico e um ideológico. Jurídico seria a existência de um sistema dotado de corpo normativo máximo – a Constituição, que se encontra acima dos próprios governantes (limitação do poder). No aspecto sociológico, constitucionalismo seria a movimentação social que confere a base de sustentação da limitação do poder e impede que os governantes coloquem seus próprios interesses à frente do interesse público na condução do Estado. O ideológico, por sua vez, seria decorrente da limitação do poder, a garantia dessa limitação pregada pelo constitucionalismo.⁶⁹

Constitucionalismo, portanto, é um movimento social, jurídico e ideológico, do qual surgem as Constituições, que tem implicação direta na relação entre os Poderes e que será analisado historicamente, ainda que de forma breve e que já tenha sido abordado pelo primeiro capítulo desta dissertação, sobre a evolução do Estado Democrático, que, por muitas vezes, confunde-se com o surgimento do constitucionalismo.

Após as revoluções burguesas na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos e com o advento do Estado Liberal, toma força a ideia de submissão da ação estatal a normas positivas. Há vinculação dos Poderes à norma positiva, de forma a garantir a integridade das liberdades individuais frente ao Estado. Surge, então, a Constituição como limitação do poder real, até então absoluto.

Na Inglaterra, a partir da Revolução Gloriosa, o modelo constitucional inglês já se assentava no princípio da supremacia do parlamento e na proteção aos direitos individuais, garantindo importantes liberdades para os ingleses e impondo limites à monarquia.⁷⁰

⁶⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2018; p. 51.

⁶⁹ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020; p. 25.

⁷⁰ Barroso esclarece que “os conflitos entre o rei e o Parlamento começaram com James I, em 1603, e exacerbaram-se após a subida de Charles I ao trono, em 1625. O absolutismo inglês era frágil, comparado ao dos países do continente França, Espanha, Portugal), não contando com exército permanente, burocracia

Cabe aqui um parêntese, uma pequena referência à noção de soberania popular, que é uma resposta direta ao absolutismo, ao arbítrio dos monarcas e à necessidade de limitação dos Poderes do Estado por uma norma aprovada pelo povo soberano. Jean-Jacques Rousseau, em sua obra “O contrato social”, trata da soberania, afirmando que os homens só podem ser livres se obedecerem à sua própria consciência. Para o autor, seria um contrato social, no qual cada cidadão abriria mão da parcela de sua liberdade em prol da liberdade convencional – a lei é o produto da vontade geral, quem a obedece está, na verdade, obedecendo à sua própria vontade.⁷¹ Nina Ranieri esclarece:

No plano jurídico, a elaboração do conceito de soberania é conseqüência do processo de transformação do poder de fato em poder de direito. Tributário das ideias de Francisco de Vitória, Bodin, Grotius e Hobbes, e também de Locke, Rosseau e Sieyès, esse processo se fortalece com o constitucionalismo e a teoria da personalidade jurídica do Estado.⁷²

É o início do princípio da supremacia da Constituição, uma vez que essa Constituição aprovada pelo povo é que estabelecerá os limites do exercício da legislatura ordinária. Ou seja, o poder político só seria legítimo, se exercido dentro dos limites previstos na Constituição. Nas palavras de Suzana da Silva Tavares:

Tradicionalmente, a questão da legitimidade do poder de criar uma constituição era explicada, nos modelos continentais-europeus, a partir do conceito de “poder constituinte originário”, associado às teses do abade de Sieyès, para quem o poder constituinte de criar uma constituição (*pouvoir constituant*) se distinguia do poder de legislar (*pouvoir constitué*), uma vez que o segundo obedecia a regras pré-

organizada e sustentação financeira própria. Em 1628, o Parlamento submeteu ao rei a *Petition of Rights*, com substanciais limitações ao seu poder. Tem início um longo período de tensão política e religiosa (entre anglicanos e católicos, puritanos moderados e radicais), que vai desaguar na guerra civil (1642-1648), na execução de Charles I (1649) e na implantação da República (1649-1658), sob o comando de Cromwell. A República não sobreviveu à morte de seu fundador, dando-se a restauração monárquica com Charles II, em 1660. Seu filho e sucessor, James II, pretendeu retomar práticas absolutistas e reverter a Inglaterra à Igreja Católica, tendo sido derrubado em 1688, na denominada Revolução Gloriosa. Guilherme (William) de Orange, invasor vindo da Holanda, casado com Mary, irmã do rei deposto, torna-se o novo monarca, já sob um regime de supremacia do Parlamento, com seus poderes limitados pela *Bill of Rights* (1689)”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013; p. 37.

⁷¹ ROSSEAU, Jean-Jacques. **Du Contrat Social**. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do?select_action=&co_autor=164. Acesso em: 16 de jan. de 2022.

⁷² RANIERE, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Manole. 2013; p. 85.

determinadas pelo primeiro, ao passo que o primeiro era a expressão directa do poder do povo, entendido este como uma unidade indivisível e soberana.⁷³

A jurisdição constitucional – limitação do poder popular, expresso na regra da maioria, por intermédio de um instrumento jurídico elaborado pelo próprio povo – não se consolidou na Europa. Primeiramente, coube aos Estados Unidos desenvolvê-la a seu modo, com o *judicial review*⁷⁴, que, na prática, substituiu o princípio da supremacia do parlamento pela supremacia da Constituição.

O modelo constitucional consolidado nos Estados Unidos representou importante tentativa de conciliação entre a democracia e a supremacia popular, no qual a contenção do poder das maiorias se reflete na defesa dos direitos das minorias. A famosa decisão proferida no caso *Marbury versus Madison*⁷⁵ sintetiza os principais fundamentos teóricos do modelo norte-americano – a Constituição escrita é a norma fundamental, é a expressão da vontade originária do povo, que institui e, ao mesmo tempo, delimita os Poderes do Estado.

Na controvérsia do aludido case, *Marbury* invocou a seu favor a possibilidade de a *Supreme Court* deferir um *writ*, fazendo com que fosse garantida a sua posse como juiz de paz. O Presidente da Suprema Corte, John Marshall, em seu voto,

⁷³ TAVARES, Suzana da Silva. **Direito Constitucional I**. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2016; p. 26-27.

⁷⁴ Canotilho explica que o *judicial review* é a fiscalização da constitucionalidade pelo poder judicial; em suas palavras: “(...) Diferentemente do que aconteceu no constitucionalismo inglês e no constitucionalismo francês, o conceito de “lei proeminente” (constituição) justificará a elevação do poder judicial a verdadeiro defensor da constituição e guardião dos direitos e liberdades. Através da fiscalização da constitucionalidade (*judicial review*) feita pelos juízes transpunha-se definitivamente o paradoxo formulado por Jonh Locke em 1689: *inter legislatorem et populum nullus in terris est iudex* (entre o legislador e o povo ninguém na terra é juiz). O povo americano deu a resposta à pergunta de Locke: *quis erit inter eos iudex?* Os juízes são competentes para medir as leis segundo a medida da constituição. Eles são os “juízes” entre o povo e o legislador. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2003; p. 60.

⁷⁵ No original: (...) *the government of the United States is of the latter description. The powers of the legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken, or forgotten, the constitution is written. To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? The distinction between a government with limited and unlimited powers is abolished, if those limits do not confine the persons on whom they are imposed, and if acts prohibited and acts allowed, are of equal obligation. It is a proposition too plain to be contested, that the constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the constitution by an ordinary act.*

Between these alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it.

If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law: if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its own nature illimitable.

Disponível

em:

https://www.ourdocuments.gov/print_friendly.php?flash=false&page=transcript&doc=19&title=Transcript+of+Marbury+v.+Madison+%281803%29. Acesso em: 21 de nov. 2021.

disse que o citado dispositivo do *Judiciary Act* de 1789 era inconstitucional, porque excedia o poder do Congresso dado pela Constituição. A Constituição não podia ser afrontada por um mero ato legislativo de cunho ordinário.⁷⁶

Enquanto, nos Estados Unidos, o sistema de separação de poderes e soberania popular com a limitação do legislador pela Constituição foi rapidamente incorporado ao modelo constitucional, na Europa, a vida social era regulada pelo Poder Legislativo. Era esse que encarnava a vontade da nação e tinha legitimidade para criar o direito, cabendo ao Poder Judiciário aplicar as normas ao caso concreto.

Na Europa e no Brasil, ainda que existisse jurisdição constitucional, a atividade do judiciário não poderia desvincular-se do caso concreto, visto que, se a atuação em abstrato fosse permitida, independentemente do caso concreto, haveria atividade legislativa. A Constituição era inoperável, porque havia uma sobrevalorização da lei e do Poder Legislativo, que lhe retirava valor efetivo, pois não era protegida contra o legislador. Bobbio é preciso, ao citar Montesquieu:

Montesquieu assim se exprime com referência as relações entre poder judiciário e poder legislativo em seu *L'Esprit des lois* (1748), livro XI (no qual expõe a sua teoria de separação dos poderes, ilustrando a Constituição inglesa – um pouco idealizada – que considera como constituição perfeita por garantir a liberdade, bem supremo dos cidadãos):

Se os tribunais não devem ser fixos, as sentenças devem sê-lo a ponte de não serem outra coisa senão um texto preciso da lei.

(...)

Se os juízos fossem o veículo das opiniões particulares dos juizes viveríamos numa sociedade sem saber com precisão que obrigações assumir.⁷⁷

Após a Segunda Guerra, no entanto, a Europa ressignifica alguns padrões jurídico-políticos e adota teorias que passam a reservar uma tarefa criativa ao juiz. Surge uma jurisprudência de valores⁷⁸, que pavimenta o terreno para a construção de uma jurisdição

⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 5º ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018; p. 381.

⁷⁷ BOBBIO, Norberto, **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; Tradução e notas: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. - São Paulo: Ícone. 1995; p. 39-40, apud MONTESSQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *O espírito das leis*. Apresentação: Renato Janine. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. – (Paidéia).

⁷⁸ Sobre a jurisprudência de valores, Reale esclarece que “é preciso distinguir entre ‘decidir por equidade’ que, a meu ver, deveria ocorrer sempre que houvesse lacuna na lei, independente de autorização ou não do legislador e ‘decidir segundo equidade’, que, à luz da Jurisprudência de Valores, se impõe toda vez que a norma legal estritamente entendida possa redundar em injustiça manifesta.” Cf. REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998; p. 127.

constitucional. A adoção do modelo de separação de Poderes estadunidense, com previsão de um Tribunal Constitucional para realizar a fiscalização da constitucionalidade dos atos do parlamento, fornece condições para a criação de um órgão com função de guardar a Constituição. Estavam postos, os pilares que passaram a assentar o constitucionalismo moderno. Para Canotilho:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.⁷⁹

Os Tribunais Constitucionais são órgãos responsáveis pelo controle judicial de constitucionalidade, o qual, de acordo com Bernardo Gonçalves Fernandes,

[...] visa garantir a supremacia e a defesa das normas constitucionais (explícitas ou implícitas) frente a possíveis usurpações, devendo ser entendido como a verificação de compatibilidade (ou adequação) de leis ou atos normativos em relação a uma Constituição, no que tange ao preenchimento de requisitos formais e materiais que as leis ou atos normativos devem necessariamente observar.⁸⁰

Existem diferentes formas pelas quais os controles de constitucionalidade são exercidos. Simplificando, é possível agrupá-los em três grandes sistemas: a) o sistema norte-americano desenvolveu-se a partir do julgamento do caso *Marbury versus Madison*, em 1803, e uma de suas principais características foi a atribuição do controle dos atos normativos em relação à Constituição a todos os órgãos do Poder Judiciário; b) já o sistema austríaco, existente desde a Constituição da Áustria de 1920, concentrou a legitimidade para o exercício do controle de constitucionalidade em um órgão específico, qual seja, a Corte Constitucional; e c) o sistema francês, por sua vez, teve início a partir da Constituição da V República de 1958 e conferiu a responsabilidade pelo exercício do controle de constitucionalidade a um órgão de cunho político, denominado Conselho Constitucional.⁸¹

⁷⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2018; p. 51.

⁸⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011; p. 912.

⁸¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011; p. 920-921.

O juiz não é mais a “boca da lei”, e o Poder Judiciário recebe a função de guardar a Constituição, e gradativamente o papel do Judiciário evolui no decorrer do século XXI.

4) O Judiciário nas Constituições brasileiras

A limitação ao exercício dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário foi consagrada nas Constituições contemporâneas como princípio basilar do Estado Democrático de Direito, mas o princípio da separação dos Poderes não pode ser compreendido sem analisar sua inserção num determinado sistema constitucional. É necessário, portanto, um estudo sistemático de como o sistema constitucional brasileiro o trabalha.

O papel do Poder Judiciário será analisado levando-se em conta sua evolução no decorrer do século XX, principalmente na experiência brasileira, e considerando sua relação com os demais Poderes. Como já citado, a separação de Poderes enseja novas leituras, reorganiza-se para responder aos desafios da atualidade, e essa evolução pode ser traçada em dois momentos.⁸²

Primeiramente, o Poder Judiciário se firma com funções e garantias bem delimitadas, e cada vez mais atuante na resolução de conflitos. Ocupa, portanto, no período pré-Constituição de 1988, uma figura de garantidor da ordem jurídica vigente. No segundo momento, ao qual daremos maior atenção, avança de forma qualitativa e quantitativa, consolidando sua atuação especialmente no desenvolvimento de um sistema judicial de controle de constitucionalidade.⁸³

Desde a Constituição brasileira de 1824, o princípio da separação dos Poderes é consagrado (exceto no texto de 1937), e todas as Constituições que o preveem, prescrevem-no de forma semelhante, mas o contexto histórico, as variáveis políticas, sociais e econômicas diferenciam a forma de interpretá-lo.

A Constituição da República de 1891 consagra a teoria tripartite de separação dos Poderes, deixando de lado o quarto poder, o Moderador. É nessa Constituição, que, com a

⁸² CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2018; p. 327.

⁸³ CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2018; p. 327.

influência de Rui Barbosa, consagra-se o controle de constitucionalidade de caráter incidental e de efeitos concretos nos moldes do sistema norte-americano por um Tribunal Constitucional com poderes para rever, por meio de recurso, as sentenças da justiça estadual, quando questionadas a validade ou a aplicação de leis federais, bem como rever as decisões do Tribunal Estadual que considerar válidos atos dos governos estaduais e, ainda, analisar a constitucionalidade de leis federais frente à Constituição.⁸⁴

Em 1934, com a promulgação de uma nova Constituição, é inserido no ordenamento brasileiro o princípio da reserva de plenário, segundo o qual, somente por maioria absoluta dos votos da totalidade dos seus juizes, os tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, e somente o Senado Federal poderia conceder eficácia *erga omnes* a essas decisões. Destaca-se que a cláusula de reserva de plenário foi um acréscimo, ou seja, a figura do controle difuso de constitucionalidade foi mantida. Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

A Constituição de 1934 introduziu significativas alterações a respeito do controle de constitucionalidade: suspensão de execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo, a cargo do Senado Federal (CF 1934, art. 91, II), exigência de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais (art. 179) e proibição de apreciação pelo Judiciário das questões políticas.⁸⁵

Esse acréscimo merece destaque, principalmente levando-se em consideração as discussões a respeito da possibilidade de o Senado Federal suspender a execução de ato impugnado e declarado inconstitucional e a possibilidade de apreciação pelo Judiciário de questões políticas.

Paulo Bonavides classifica a próxima Constituição brasileira como semântica, o que significa que era um texto formal sem aplicação prática.⁸⁶ Essa Constituição, outorgada por Getúlio Vargas, em 1937, não teve aplicação nem mesmo por seu outorgante. Com relação ao controle de constitucionalidade, importante destacar a possibilidade de o Presidente da República validar norma declarada inconstitucional pelo órgão judiciário.⁸⁷

⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012; p. 1.472.

⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012; p. 1.312.

⁸⁶ BONAVIDES, Paulo; DE ANDRADE, Paes. **História constitucional do Brasil**. 3ª ed. Editora Paz e Terra. 1991; p. 337.

⁸⁷ SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro**. 1ª ed. Malheiro Editores. 2011; p. 507.

Em 1946, após a queda de Getúlio Vargas, é promulgada nova Constituição, que retoma o princípio da separação de Poderes com especial atenção ao fortalecimento e evolução do sistema judicial de controle de constitucionalidade de caráter concreto. O controle de caráter abstrato tem seus contornos delineados nessa Constituição e serve de amparo para a consagração dessa espécie de controle, via Ação Direta de Inconstitucionalidade, na Emenda Constitucional n. 16 de 1965.⁸⁸

A separação dos Poderes começa a ter novos contornos, uma vez que há a expansão do Poder Judiciário e a diminuição da importância de uma das competências do Legislativo. Agora, o controle de constitucionalidade prescinde da intervenção do Senado para trazer efeitos *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade.

A Constituição de 1967, outorgada durante o regime militar, apesar de prever a independência e a harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, não tem viés semântico, já que a concentração de poder no Executivo é característica dos regimes ditatoriais, e não foi diferente no Brasil. Cabia ao presidente suspender ato estadual, mas foi preservado o controle de constitucionalidade em abstrato.⁸⁹

É sabido que houve uma coordenação política para que a Assembleia Nacional Constituinte produzisse a atual Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 1988, após vários meses estudos e discussões, prevê uma ampla gama de direitos e objetivos a serem alcançados pela sociedade e pelo Estado brasileiro e também prevê a clássica cláusula da divisão tripartite de Poder, mas em um formato próprio.

A Constituição de 1988 prevê um conjunto de controles recíprocos entre os Poderes, com a função precípua de limitá-los. O Poder Judiciário recebeu a competência de apreciar a constitucionalidade e legalidade dos atos produzidos pelo Legislativo e pelo Executivo. As competências do Poder Judiciário foram ampliadas, a mais alta corte – o Supremo Tribunal Federal – passou a ter novas atribuições.⁹⁰ Oscar Vieira Vilhena faz questionamentos interessantes:

⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012; p. 1.314.

⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012; p. 1.314.

⁹⁰ Sobre as competências do Supremo Tribunal Federal, ver artigos 102 e seguintes da Constituição da República de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 de nov. de 2021.

A questão que intriga é: por que um Congresso Constituinte composto de forma predominante por políticos profissionais, que após o término dos trabalhos permaneceriam no Congresso ou buscariam postos no Executivo, elaborou um texto que limitaria tanto o espaço de liberdade da política cotidiana? Por que figuras experientes da política optaram por uma Constituição que restringiu o poder do Legislativo e do Executivo, nos seus diversos níveis, naquilo que compõem a essência da política, que é o poder de arbitrar conflitos distributivos, decidir sobre temas importantes da economia, administração, moralidade, política criminal etc.? **Ao constitucionalizar tantas “políticas públicas”, ou seja, transformá-las em questão de direito, foi transferido para as instituições de Justiça um poder que tradicionalmente pertencia ao campo da política.** Mais do que isso, a Constituição fortaleceu o Judiciário, transferiu novas e inusitadas competências ao Ministério Público, além de conferir poderes sem precedentes ao Supremo Tribunal Federal. Tudo em detrimento da própria política. Como explicar esse fenômeno a partir da perspectiva de que políticos são seres racionais, maximizadores de seus próprios interesses? (*Grifos nossos*)

E sintetiza uma resposta:

Penso que as respostas a algumas dessas perguntas estejam associadas aos seguintes fatores: alto grau de desconfiança entre os atores políticos; surpreendente participação popular na primeira etapa da Constituinte, favorecida pelas regras regimentais; ausência de um projeto hegemônico que servisse de fio condutor da constituição a ser elaborada; elevada fragmentação partidária (e intrapartidária, no caso do PMDB). Também deve ser levado em consideração que um processo de coordenação política e social dessa magnitude não escapou das teias mais estruturantes da cultura política nacional, marcada por um forte corporativismo, patrimonialismo e, de maneira mais abrangente, por uma ideologia desenvolvimentista.⁹¹

A transferência de poder de que fala Oscar Vilhena concedeu ao Supremo Tribunal Federal atribuições que, na maioria das democracias contemporâneas, estão divididas em diferentes instituições, tais como tribunais constitucionais, de recursos e tribunais de primeira e última instância – nos julgamentos envolvendo altas autoridades.⁹²

4.1) O Supremo Tribunal Federal

O órgão de cúpula do Poder Judiciário já fazia parte da realidade brasileira desde o período colonial. Em 1808, Dom João VI criou a Casa de Suplicação do Brasil, com atribuição similar à Casa de Suplicação de Lisboa. No império, por sua vez, foi criado o Supremo Tribunal de Justiça, conforme previsão constitucional, como descreve, Leonardo Scofano Damasceno Peixoto:

⁹¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: Da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras. 2018; p. 114.

⁹² VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: Da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras. 2018; p. 142.

A Casa de Suplicação do Brasil foi sucedida pelo Supremo Tribunal de Justiça (1829-1891), que perdurou por toda a fase imperial até o alvorecer da República. Nota-se, porém, que a Constituição Imperial de 1824 não contemplava qualquer sistema semelhante ao controle de constitucionalidade moderno, visto que prevalecia, ainda, o dogma da supremacia do Parlamento. De outro lado, ao monarca competia manter o equilíbrio e evitar os abusos entre os poderes (Poder Moderador)⁹³.

Em 1890, foi criado o Supremo Tribunal Federal, o qual passou por diversas modificações, ao longo das seis Constituições brasileiras, que, em síntese, podem ser resumidas assim:

- a) A Constituição de 1889 previa a nomeação, por parte do Presidente da República, de quinze ministros para a Corte, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado.
- b) A Constituição de 1891 modificou o nome do Supremo Tribunal Federal para Corte Suprema. Além disso, previa a nomeação, por parte do Presidente da República, de onze ministros, dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada, alistados eleitores, com mínimo de trinta e cinco anos e máximo de sessenta e cinco anos de idade. Ressalta-se que esse último requisito não se aplicava aos magistrados. Foram fixados dois limites de idade para a aposentadoria compulsória: setenta e cinco anos para magistrados e setenta e oito anos para os demais servidores.
- c) A Constituição de 1894 previa a nomeação, por parte do Presidente da República, de onze ministros para a Corte, após aprovação do Conselho Federal, dentre os brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada, com o mínimo de trinta e cinco anos e o máximo de cinquenta e oito anos de idade. Foi fixado o limite de idade único de sessenta e oito anos para a aposentadoria compulsória.
- d) A Constituição de 1898 previa a nomeação, por parte do Presidente da República, de dezesseis ministros para a Corte, após aprovação por maioria simples pelo Senado, dentre os brasileiros com idade mínima de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Foi fixado o limite de idade de setenta anos para a aposentadoria compulsória.
- e) A Constituição de 1901 previa a nomeação, por parte do Presidente da República, de dezesseis ministros para a Corte, após aprovação por maioria simples pelo Senado, dentre os cidadãos com idade mínima de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.
- f) A Constituição de 1906 estabelece que o Supremo Tribunal Federal deve ser composto por onze ministros, nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, por maioria absoluta, sendo um presidente e os

⁹³ PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno Peixoto. **Supremo Tribunal Federal**: composição e indicação de seus ministros. São Paulo: Método. 2012; p. 109.

demais, divididos em duas turmas de cinco membros, hierarquicamente equivalentes.⁹⁴

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, ao qual compete, precipuamente, a guarda da Constituição, conforme definido no art. 102 da Constituição da República.

São necessários três requisitos capacitários para a investidura no cargo de Ministro do mencionado tribunal: ser brasileiro nato (art. 12, § 3º, IV, da Constituição/88); estar em pleno exercício dos direitos políticos e possuir notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101 da Constituição/88); e ser nomeado pelo Presidente da República após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. Dentre as incompatibilidades previstas, estão o impedimento para o exercício de outro cargo ou função, exceto a docência, e o envolvimento com a atividade político-partidária. A idade mínima prevista deve ser superior a trinta e cinco anos e, a máxima, inferior a sessenta e cinco anos de idade. Já a vitaliciedade é adquirida com a posse, no entanto, em razão da previsão de aposentadoria compulsória, os ministros devem deixar o cargo após completarem setenta e cinco anos de idade.

Por se tratar de um órgão de extrema importância no âmbito nacional e que se encontra em evolução contínua desde seu surgimento, vários autores ponderaram sobre propostas para aprimorar a atuação da Suprema Corte.

As peculiaridades das atribuições constitucionais conferidas ao Poder Judiciário na Constituição de 1988 restringiram o poder do Legislativo e do Executivo, que, originalmente, tinham mais “liberdade” para governar. A ampliação dos poderes do Supremo Tribunal Federal e a constitucionalização das políticas públicas foram os principais responsáveis por essa restrição.

Apesar da atual Constituição brasileira consagrar o princípio da separação dos Poderes, garantir os direitos individuais e prever a necessidade de legitimação do governo pelo consentimento, que são as bases do constitucionalismo moderno, também confere ao órgão máximo do Judiciário – o Supremo Tribunal Federal – poderes que possibilitam sua atuação em todas as áreas da política.

⁹⁴ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da constituição. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2003.

A partir desse marco, a promulgação da atual Constituição brasileira, o que se viu foi um Judiciário cada vez mais ativo, que justifica suas decisões na supremacia da Constituição e na sua função maior de seu guardião. Toda e qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal se fundamenta na Constituição, mas em uma Constituição cuja interpretação é dada pelo próprio tribunal.⁹⁵ É o que Oscar Vilhena chama de “supremocracia” ou de democracia à luz do entendimento da Suprema Corte.⁹⁶

O protagonismo assumido pelo Supremo Tribunal Federal, com atuação nas mais diversas searas, ultrapassou a esfera jurídica alcançando a esfera política, e, por isso, o tribunal passou a ser acusado de ser um órgão político.

Abre-se um parênteses para esclarecer que, como dito, a Constituição de 1988 se assenta nos pilares do constitucionalismo moderno, portanto, o Brasil é um Estado Democrático de Direito, que tem como peça chave o princípio da separação dos poderes, segundo o qual, é necessário identificar “as principais funções a serem desempenhadas pelo Estado para a consecução dos seus fins” e “que essas funções sejam atribuídas a estruturas orgânicas independentes entre si.”⁹⁷ Cada estrutura terá uma especialização funcional, ou melhor, cada órgão designado para um Poder terá uma função na qual é especializado – função típica – e a função típica do Poder Judiciário é a jurisdicional.

Então, a “acusação” de que o Supremo Tribunal Federal exerce funções políticas em um Estado no qual a Constituição adota o axioma da independência e harmonia entre os Poderes pode configurar uma agressão a esse Estado. Mormente porque o objetivo da separação dos Poderes é limitá-los.

Foi principalmente a função do tribunal como guarda da Constituição que o possibilitou deixar de ser um departamento meramente técnico-especializado em questões de Direito, para se transformar em um verdadeiro poder político. Essa competência de

⁹⁵ Tércio Sampaio Ferraz Júnior cita Hugues, ex-presidente da Suprema Corte norte-americana: “estamos regidos por uma Constituição, mas esta Constituição é o que os juízes decidem que é.” Cf. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **O judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência?** Revista da Universidade de São Paulo – USP. Edição n. 21, publicada em 30/05/1994. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/issue/view/2025>. Acesso em 15 de ago. de 2021.

⁹⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV n. 8; p. 441-464.

⁹⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015; p. 98.

proteger a Constituição o torna capaz de fazer valê-la, assim como as leis, mesmo que isso signifique confrontar os outros Poderes.⁹⁸

4.2) Função política

A Constituição deve ser interpretada em conformidade com os anseios da sociedade em que está inserida, por isso, o princípio da separação dos Poderes não é estanque e absoluto, é reflexo do seu tempo, e é claro que a interligação entre os Poderes se mostra de suma importância para a manutenção da democracia contemporânea. Mesmo assim, em uma democracia, o exercício da função política⁹⁹ deve ser atribuído preponderantemente aos órgãos constitucionais integrados por representantes eleitos.

O exercício da função política pelo Supremo Tribunal Federal, então, deve ser pequeno e limitado, ainda que exerça uma função legitimadora, concretizadora dos valores supremos do ordenamento, de mediação dos conflitos decorrentes da separação dos Poderes e de guarda dos direitos fundamentais.

A Constituição de 1988, no entanto, facilitou o exercício do poder político por esse tribunal, uma vez que suas atribuições foram substancialmente aumentadas, e assuntos antes tratados por lei ordinária foram constitucionalizados.¹⁰⁰ Suas atribuições incluem competência originária, recursal ordinária e recursal extraordinária, e, em sua competência exercida como única instância, também houve ampliação com a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade, ampliação do rol de legitimados para propô-la, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, entre outras. Segundo Carlos Mário Velloso:

As competências do STF: originária, recursal ordinária e extraordinária Ao Supremo Tribunal Federal a Constituição confere outras competências, além da competência maior de guardá-la e defendê-la. Segundo a Constituição de 1988,

⁹⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 15 de ago. de 2021; p. 3.

⁹⁹ Sobre a neutralização política do Judiciário no Estado de Direito burguês e sua desneutralização na sociedade contemporânea, ver: FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **O judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência?** Revista da Universidade de São Paulo – USP. Edição n. 21, publicada em 30/05/1994. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/issue/view/2025>. Acesso em 15 de ago. de 2021.

¹⁰⁰ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 15 de ago. de 2021; p. 3.

ao Supremo tribunal são conferidas competências em três planos: em primeiro lugar, competências originárias; depois, competência recursal ordinária e, finalmente, competência recursal extraordinária. Nesta última, mediante o recurso extraordinário, o Supremo Tribunal realiza o controle de constitucionalidade na sua forma difusa, já que, na ordem constitucional brasileira, são dois os tipos de controle de constitucionalidade adotados: o difuso, conferido a qualquer juiz ou tribunal, e que chega ao Supremo Tribunal através do recurso extraordinário, e o concentrado, que o Supremo Tribunal realiza no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, assim é sua competência exclusiva.¹⁰¹

Essa competência ampliada do Supremo, que é, ao mesmo tempo, um tribunal de jurisdição ordinária e uma Corte constitucional, tornou-o um árbitro dos conflitos entre Legislativo e Executivo, com a judicialização das disputas entre esses Poderes. Isso, por si só, possibilitou ao Supremo o exercício frequente da função política.

Luís Roberto Barroso defende que, em um modelo idealizado, dois mecanismos se destacam na imunização do Judiciário contra influências políticas, os quais seriam a (i) independência do Judiciário e a (ii) vinculação do juiz ao sistema jurídico. Quanto à independência, o autor assinala garantias institucionais, como autonomia administrativa e financeira, bem como garantias funcionais, como vitaliciedade e inamovibilidade. Essas garantias afastariam o Judiciário do universo político, proporcionando liberdade para decisões autônomas, sem qualquer dependência de juízo político.¹⁰²

Nesse modelo, prepondera que o Direito e a Política constituem universos distintos e incomunicáveis. É um paradigma muito próximo ao entendimento britânico oficial, que não admitia interferências políticas na formação das decisões pelos juízes.

Por outro lado, Barroso aponta a existência de um modelo cético, marcado pela descrença da autonomia entre o Direito e a Política. Esse movimento é definido pelo referido jurista como “realismo jurídico”, ou seja, dentro de um contexto social e globalizado, é impossível imunizar o Direito de influências políticas e admitir que se

¹⁰¹ VELLOSO, Carlos Mário. **O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional** (uma proposta que visa tornar efetiva a sua missão precípua de guarda da Constituição). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45732/47284>. Acesso em: 23 de dez. de 2021.

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição Constitucional: A tênue fronteira entre o Direito e a Política**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acesso em: 20 de jan. 2022.

reduza a um conjunto normativo onde juízes apolíticos formam a convicção de suas decisões desprendidos de qualquer fenômeno externo.¹⁰³

O modelo cético é marcado por um papel político dos juízes, muito estudado pela doutrina norte-americana, conforme citado alhures. Nesse modelo, predominam aspectos não restritivos, que oportunizam ao julgador uma maior discricionariedade em seus julgamentos e, inclusive, em decisões notadamente influenciadas politicamente.

Sabe-se que julgar não pode se confundir com qualquer outra atividade de Estado, e que o papel do juiz é dizer o direito, dando aplicabilidade ao texto constitucional e fazendo com que todo o ordenamento jurídico coexista de maneira harmônica. Sabe-se, ainda, que não é função do julgador criar o direito, e que essa limitação está expressa no art. 2º da Constituição: “art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Todavia, também é de conhecimento que os juízes são humanos e, como tais, eventualmente podem ser influenciados por fatores externos de cunho político, social e cultural, que – mesmo indiretamente – interferem na formulação da decisão que será emitida pelo julgador.¹⁰⁴

Diante das nuances descritas acima, acompanha-se o posicionamento de Dworkin, que afirma:

A visão correta, creio, é a de que os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político. Minha visão, portanto, é mais

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição Constitucional**: A tênue fronteira entre o Direito e a Política. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acesso em: 20 de jan. 2022.

¹⁰⁴ Gadamer explica que não existe compreensão sem preconceito, e que isso é limite para o método e não para a ciência. Em suas palavras: “assim, é certo que não existe compreensão que seja livre de todo preconceito, por mais que a vontade do nosso conhecimento tenha de estar sempre dirigida, no sentido de escapar ao conjunto dos nossos preconceitos. No conjunto da nossa investigação evidencia-se que, para garantir a verdade, não basta o gênero de certeza, que o uso dos métodos científicos proporciona. Isso vale especialmente para as ciências do espírito, mas não significa, de modo algum, uma diminuição de sua cientificidade, mas, antes, a legitimação da pretensão de um significado humano especial, que elas vêm reivindicando desde antigamente. O fato de que, em seu conhecimento, opere também o ser próprio daquele que conhece, designa certamente o limite do "método", mas não o da ciência. O que a ferramenta do "método" não alcança tem de ser conseguido e pode realmente sê-lo através de uma disciplina do perguntar e do investigar, que garante a verdade.” Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes. 1999; p. 709.

restritiva que a visão norte-americana progressista, mas menos restritiva que a britânica oficial.¹⁰⁵

Por muito tempo, o Direito se ocupou de se afastar da Política e de concretizar um modelo idealizado, ignorando a relevância dos fatores extrajurídicos, mas agora deve adotar o caminho inverso¹⁰⁶, para se valer de todos os mecanismos quanto possíveis para garantir sua integridade.

São inúmeros, os fatores extrajurídicos capazes de influenciar o juiz em suas decisões, podendo-se citar, por exemplo, os valores e ideologias, a aproximação de figuras do meio político e institucional, a autoconservação do poder da Corte, a interação com outros poderes, opinião popular e pressão midiática, as possibilidades do efetivo cumprimento da decisão, fatores internos do colegiado, dentre milhares de outros.

No Brasil, uma das maneiras de escolher os membros que compõem o topo do sistema jurisdicional – o Supremo Tribunal Federal – é por meio da nomeação política, ou seja, o Presidente da República, respeitando alguns critérios, faz uma escolha, e posteriormente o eleito é sabatinado por um órgão do Legislativo. Nesse contexto, é intuitivo perceber que a elite política tem a prerrogativa constitucional de selecionar os integrantes do Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do sistema judiciário brasileiro.

É possível inferir, portanto, que o processo de escolha dos principais cargos dos tribunais superiores é realizado dentro de uma conjuntura política, que possibilita a escolha de julgadores que possuam valores, ideologias e opiniões bastante afinadas com os membros do Legislativo, desencadeando o que José Adércio Leite Sampaio define como “reprodução jurisdicional da vontade majoritária, a constituir, assim, uma espécie de aliança nacional dominante.”¹⁰⁷

¹⁰⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹⁰⁶ Barry Friedman defende que: “se, como os juristas vêm crescentemente reconhecendo, direito e política não podem ser mantidos separados ainda precisamos de uma teoria que possa integrá-los, sem abrir mão dos compromissos com o Estado de direito que esta sociedade tanto preza”. Cf. FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review, **Texa Law Review**. Vol. 84. Number 2. 2005. p. 267 e p. 269. Disponível em: https://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1015&context=nyu_plltwp. Acesso em: 21 de jan. 2022.

¹⁰⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey. 2002; p. 70.

Mesmo que existam entendimentos no sentido de que o vínculo entre o magistrado indicado politicamente se esgota no ato da posse,¹⁰⁸ momento em que o escolhido adquire vitaliciedade, e, com isso, encerra-se a dependência de novos juízos políticos, não é possível ignorar que a afinidade entre pessoas de perfis semelhantes oportuniza a reprodução de decisões legislativas por meio do Judiciário.

Não poderia ser diferente, uma vez que a escolha dos ocupantes de altos cargos no Judiciário por integrantes do Executivo e Legislativo visa ao alinhamento de ideias e convicções, a fim de assegurar que as decisões judiciárias sejam convergentes com as decisões desses Poderes. Tomando por empréstimo as palavras de Ran Hirschl, “os Tribunais Superiores nacionais tendem a aderir às visões de mundo prevalentes, metanarrativas nacionais e interesses de elites influentes quando lidam com questões políticas importantes.”¹⁰⁹

Assim, ainda que os tribunais estejam inseridos no mesmo âmbito político-institucional de toda população e, por isso, vulneráveis aos efeitos da realidade do país, das maiorias políticas e de diversos outros aspectos inerentes a uma sociedade plural, a interação profusa entre os magistrados e políticos pode levar ao desprestígio de suas decisões, fragilizando o Estado Democrático e, em situações mais graves, motivando reformas legislativas para sobrepujar jurisprudência ou, até mesmo, os parâmetros de controle de constitucionalidade já existentes na própria Constituição.

Enfim, a Constituição de 1988, como já dito, consagrou o Estado de Direito no Brasil, aquele no qual existe legislação e aplicação da lei e doutrina, mas também reconheceu os princípios do Estado Liberal, que, do ponto de vista político, consiste na limitação jurídica do poder, na submissão à Lei, no princípio da legalidade e na proteção dos direitos fundamentais. E foi além, garantiu também o direito às prestações do Estado; não bastasse reconhecer direitos, era preciso que esses pudessem ser exigidos do Estado (Estado Social de Direito).

¹⁰⁸ BARROSO, Roberto. **Jurisdição Constitucional**: A tênue fronteira entre o Direito e a Política. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acesso em: 20 de jan. 2022.

¹⁰⁹ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionnalism*. Cambridge: Harvard University, 2007. “*National high courts tend to adhere closely to prevalent worldviews, national metanarratives, and interests of influential elites when dealing with major political issues*”. (Tradução nossa).

Esse Estado Democrático de Direito, estabelecido no Brasil em 1988, é fruto de uma evolução histórica das Constituições brasileiras, que, desde 1891, preveem algum tipo de controle de constitucionalidade dos atos normativos. Todas as Constituições outorgadas desde então legitimam o controle de constitucionalidade, posto que baseadas na supremacia da Constituição.

Na Constituição de 1988, o congresso constituinte optou por limitar o espaço de liberdade da política cotidiana, suprimindo poderes do Legislativo e do Executivo que são essencialmente políticos: arbitrar conflitos distributivos e decidir sobre temas da economia, administração, entre outros. Então, a missão inicial do Judiciário de aplicar contenciosamente a lei a casos particulares, ou seja, assegurar a aplicação das leis que garantem a inviolabilidade dos direitos individuais, foi acrescida de poderes essencialmente políticos. Nas palavras de Ferraz Júnior:

Para o senso comum jurídico, o poder judiciário é um dos três poderes clássicos reconhecidos pela doutrina. Em simples palavras, costuma-se atribuir-lhe a missão de aplicar contenciosamente a lei a casos particulares. Nas lições mais antigas, repetidas ainda hoje, o Poder Judiciário é constituído para determinar e assegurar a aplicação das leis que garantem a inviolabilidade dos direitos individuais. No exercício dessa missão, ele é, em face dos outros poderes, autônomo e independente. Distinguindo-se do Poder Executivo por aplicar contenciosamente a lei, a doutrina usa esclarecer o sentido desse modo de aplicação por meio de características inibidoras de sua atuação: ele só age se houver litígio, só se pronuncia sobre casos individualizados.¹¹⁰

As “novas” atribuições constitucionais do Poder Judiciário, como dito, restringiram o poder do Legislativo e do Executivo e ampliaram, de forma nunca vista, os poderes do Supremo Tribunal Federal, possibilitando sua atuação em todas as áreas da política.

5) Cidadania e controle político

Normalmente, costuma-se limitar o conceito de cidadania ao sufrágio universal, ou seja, o direito ao exercício do voto, como o simples votar e ser votado. Todavia, no Estado

¹¹⁰ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **O judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência?** Revista da Universidade de São Paulo – USP. Edição n. 21, publicada em 30/05/1994. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/issue/view/2025>. Acesso em 15 de ago. 2021.

Democrático de Direito, aludido conceito não abarca realmente o que se deve entender por cidadania. Rosemiro Pereira Leal aduz o seguinte conceito de cidadania:

Cidadania é um deliberado vínculo jurídico-político-constitucional que qualifica o indivíduo como condutor de decisões, construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico da sociedade política a que se filiou, porém o exercício desse direito só se torna possível e efetivo pela irrestrita condição legitimada ao devido processo constitucional.¹¹¹

Conforme os ensinamentos do referido autor, constata-se que cidadania não se limita ao direito de votar e ser votado, mas denota um alcance mais amplo, qual seja, o cidadão está apto, além de exercer mencionados direitos, a atuar como construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico ao qual se filiou.

Em relação ao tópico ora estudado, Roberta Maia Gresta ensina que Estado e cidadania não estão em planos hierárquicos distintos, “a cidadania não é um beneplácito estatal, mas um vínculo que conecta a pessoa diretamente ao estatuto jurídico-político inscrito na constituição”, isso porque o Estado não concede o ordenamento jurídico ao cidadão, mesmo porque esse ordenamento é “objeto de construção e reconstrução permanente por meio de decisões legislativas, administrativas e judiciais”. O cidadão deve participar das decisões como condutor, e não como expectador destinatário da tutela estatal.¹¹²

O Direito Processual, como ramo do Direito Público, tem suas linhas fundamentais ditadas pelo Direito Constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais. Alguns dos princípios gerais que informam o processo são, a priori, princípios constitucionais ou seus corolários, como o juiz natural (art. 5º, XXXVII), a publicidade das audiências (art. 5º, LX e 93, IX), a posição do juiz no processo e da subordinação da jurisdição à lei (imparcialidade), e, ainda, os poderes do juiz no processo, o direito de ação e de defesa, a função do Ministério Público, a assistência judiciária, entre outros mais.

¹¹¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy. 2002; p. 151.

¹¹² GRESTA, Roberta Maia. **Introdução os Fundamentos da Processualidade Democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2014, p. 09.

A Constituição em vigor contém vários dispositivos que caracterizam a tutela constitucional da ação e do processo. Assim o faz quando estabelece a competência da União para legislar sobre Direito Processual, unitariamente conceituado (art. 22, I); e quanto aos procedimentos em matéria processual, confere competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal (art. 24, XI).

Por outro lado, convém salientar que o direito de ação, com o correlato acesso à justiça, é ainda sublinhado pela previsão constitucional dos juizados especiais, civis e penais, obrigatórios, e são todos informados pela conciliação e pelos princípios da oralidade e concentração (art. 98, I).

Com o mesmo espírito, insere-se a facilitação do acesso à justiça, mediante a legitimação do Ministério Público e de corpos representativos da sociedade civil organizada, na defesa dos chamados interesses difusos e coletivos, em cuja previsão a Constituição da República é extremamente rica (art. 5º, XXI e LXX; art. 8º, III; 129, III e §1º; art. 232). O mesmo ocorre com relação à titularidade da Ação Direta de Inconstitucionalidade das leis e atos normativos, sensivelmente ampliados (art. 103).

Os princípios processuais acima referidos expressam os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito e seus valores supremos, como a dignidade da pessoa humana e a ideia de justiça social, a serem necessariamente observados pelo Estado, sob pena da atividade jurisdicional carecer de fundamentação constitucional.

Impossível tratar do tema em análise (cidadania) sem mensurar, ainda que por meio de ligeira reflexão, a ideia de controle político. Com apoio na doutrina de Karl Loewenstein, verifica-se que existem dois tipos de controle político, quais sejam, o controle horizontal e o controle vertical. Os controles horizontais se desenvolvem na seara do próprio aparato estatal, enquanto o controle vertical se realiza entre a sociedade e o Estado.

Especialmente no que se refere ao “controle vertical”, destaca-se que, para o referido autor, pode ser classificado em três tipos: *el federalismo, los derechos individuales y las garantías fundamentales y el pluralismo*. E como verticalização do controle político, tem-se que:

[...] es la circunstancia de que cada una de ellas en su lugar y dentro de su cuadro activa la dinámica del poder entre el nivel alto y el bajo, de tal manera que ejercen la función de un parachoques o de un cojinete dentro del proceso del poder. Entonces, el federalismo sería para él, el enfrentamiento entre dos soberanías diferentes estatales separadas territorialmente y que se equilibran mutuamente. La existencia de fronteras

federales limita el poder del Estado central sobre el Estado miembro, y a la inversa.¹¹³

O processo de construção da estrutura política e do fomento dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos se encontram acoplados no próprio controle político exercido pelo Poder-Estado. É nesse sentido, pois, que se deve aprimorar a atuação da Suprema Corte, na condição de guardiã da Constituição da República de 1988, posto que a cidadania restaura, em um Estado Democrático de Direito, a verdadeira aptidão do cidadão em construir o ordenamento jurídico ao qual se encontra vinculado.

Como visto, o Estado Democrático de Direito, no Brasil, foi instituído por uma norma superior que faz a ligação entre o político e o jurídico – a Constituição. Em que pese terem funções apartadas, Legislativo, Executivo e Judiciário se influenciam, entrelaçam-se, fazem parte de um mesmo sistema que tem como fim a efetivação dos direitos fundamentais, a concretização da Constituição.

O problema está no momento de efetivação judicial dos direitos fundamentais, porque “podem existir conflitos entre tais direitos ou princípios que resguardam o Estado Democrático de Direito o que tem exigido da jurisprudência constitucional, um acentuado esforço hermenêutico.”¹¹⁴

Salgado afirma que cabe ao Judiciário revelar o direito contido na norma, adequando-o à realidade social e cultural no momento da aplicação, e não apenas pôr fim a um conflito por uma decisão arbitrária, o que poderia ser feito por um computador “com menor margem de erro e sem o risco de parcialidade, (...)”, e o melhor caminho para revelar o direito é por meio da realização dos direitos fundamentais. Para o autor:

Assim sendo, a realização da liberdade através da realização dos direitos fundamentais é o princípio diretor de toda hermenêutica de uma constituição democrática, cuja razão de ser é a própria declaração de direitos. Daí podermos extrair, a partir desse princípio filosófico superior, princípios jurídicos orientadores de uma hermenêutica constitucional democrática.¹¹⁵

¹¹³ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel. 1976; p. 353-359.

¹¹⁴ BROCHADO, Mariah. **O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 39, n. 155. Jul./set. 2002; p. 125-141.

¹¹⁵ SALGADO, Carlos Joaquim. **Princípios hermenêuticos dos Direitos Fundamentais**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte a. 39, 2001. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1197>. Acesso em: 19 de jan. de 2022.

Em uma hermenêutica constitucional, cujo *locus* hermenêutico é, por óbvio, a Constituição, há uma conformidade de todo o ordenamento a essa norma superior. Sua primazia sobre as demais normas só é possível, se houver um sistema efetivo de controle de constitucionalidade.¹¹⁶

A primazia da Constituição, no entanto, não causa uma dicotomia com a norma infraconstitucional, porque o processo de interpretação do Direito tem que ser uno. O que ocorre é que a solução do conflito não pode ser inconstitucional, e a utilização de métodos, regras e princípios de interpretação tem que ser justificada argumentativamente à luz da Constituição.

Com a queda do mito da lei, que considerava a lei como uma obra perfeita, com a normatização dos princípios constitucionais que ganharam força jurídica e, ainda, com a historicidade do acontecer compreensivo, o diálogo argumentativo necessário para realizar a Constituição tem que atender seus preceitos que exigem previsibilidade (controle do arbítrio) e racionalidade (legitimidade das opções interpretativas). Para Rodolfo Viana Pereira:

No âmbito do fazer hermenêutico, o desafio manifesta-se da mesma forma, a começar pela queda do mito da lei como único sinônimo de norma (em um sentido tradicional). Com as chamadas correntes pós-positivistas, os princípios, sobretudo constitucionais, atingem o patamar de juridicidade, figurando, ao lado das regras, como espécie de preceito jurídico dotado de um comando obrigatório de validade binária. A diferença essencial é que as regras disciplinam a sua situação de aplicação e os princípios não. Em verdade, toda aplicação no Direito demanda um *juízo de adequabilidade* a fim de determinar qual o conjunto normativo que, respeitando o dever de coerência, deve regular o problema concreto.¹¹⁷

Jürgen Habermas afirma que os juízos emitidos para integrarem a ordem jurídica e cumprirem a pretensa legitimidade do Direito têm que satisfazer a duas condições: aceitabilidade racional e decisão consistente. E continua:

¹¹⁶ “(...) a Constituição é o locus hermenêutico do Direito; é o “lugar” a partir do qual se define a amplitude dos significados possíveis dos preceitos jurídicos infraconstitucionais. Isso não poderia ser de maneira diferente face à afirmação do constitucionalismo moderno como modo de regulamentação da convivência política, bem como da consagração do princípio da supremacia constitucional.” Cf. PEREIRA, Rodolfo Viana. **Compreensão e Constituição**. A interpretação constitucional após o giro hermenêutico. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. 2001; p. 163.

¹¹⁷ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Compreensão e Constituição**. A interpretação constitucional após o giro hermenêutico. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. 2001; p. 165.

De um lado, o princípio da segurança jurídica exige decisões tomadas consistentemente, no quadro da ordem jurídica estabelecida. (...) De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito.¹¹⁸

Uma decisão consistente é mais facilmente obtida em um sistema cujos princípios foram normatizados. É muito mais fácil, o controle das opções interpretativas nesse cenário, do que no cenário jusnaturalista¹¹⁹, no qual os princípios tinham peso ético, pairavam em um nível abstrato, sem juridicidade.

Ora, se o papel do Judiciário é concretizar a Constituição, é preciso verificar se suas decisões, principalmente aquelas que interferem diretamente na economia, nas políticas públicas e nas funções eminentemente políticas, alcançam uma justiça material, levando em conta uma igualdade proporcional e, por consequência, uma maior ponderação nos resultados.

Estão em jogo, questões ligadas à segurança jurídica e à transferência da valoração técnico-social do legislador para o juiz. É preciso enfrentar as consequências do poder conferido ao Judiciário e principalmente ao Supremo Tribunal Federal, ou seja, é preciso verificar se as funções jurisdicional e legislativa não estão se igualando.

O esforço hermenêutico talvez deva se traduzir em um critério técnico, no qual o judiciário possa se apoiar para proceder ao exame da justiça das leis, sem reduzir a esfera de liberdade do legislador democraticamente legitimado para regulamentar a Constituição, com o objetivo principal de evitar que o Judiciário exerça um poder político desnecessário.

Os problemas são muitos e ocorrem em razão de múltiplos fatores, tais como: o caráter aberto das normas constitucionais – principalmente, quando se tratam de direitos fundamentais –, a análise de conteúdo dos direitos que, uma vez normatizados, limitam-se

¹¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução. Flávio Beno Siebeneichler. V.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997; p. 245 e 246.

¹¹⁹ Na fase jusnaturalista, os princípios estão por completo na abstração, praticamente não há normatividade, reconhece-se apenas sua dimensão ético-valorativa, são axiomas universais, princípios da justiça constitutivos de um Direito ideal. Em uma segunda fase, positivista, os princípios são inseridos nos códigos como fontes normativas subsidiárias, não se sobrepõem à lei, estão ali apenas para estender a eficácia da lei e impedir o vazio normativo. Os princípios informam o direito positivo e o fundamentam. Por fim, os princípios ganham normatividade constitucional e têm dimensão objetiva e concretizadora com aplicação direta e imediata. Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros. 1994; p. 255-274.

de forma mais contundente, e a questão das categorias dos direitos fundamentais. Como visto, os direitos de liberdade reclamam uma menor intervenção estatal (aqueles que foram reconhecidos lá no Estado Liberal); já os direitos sociais, por exemplo, precisam do Estado atuante para serem plenamente exercidos (Estado do Bem-Estar Social).

6) A coerência institucional e a defesa da ordem constitucional

O Direito é expressão da história e da cultura. Sua aplicação depende de uma interpretação global do Direito e das práticas sociais em dada sociedade. Nesse sentido, é de suma relevância, o modo como a comunidade jurídica e a própria sociedade entendem o que é Direito e o que é a Constituição. Os sentidos dados a esses questionamentos fornecerão as respostas sobre o legítimo uso do poder estatal.

De todo modo, em um Estado de Direito, toda atuação dos agentes estatais, no âmbito de quaisquer das funções do Estado, apenas será justificável e legítima no fiel cumprimento da lei. No Estado de Direito como Estado constitucional, a legalidade incorpora o princípio da supremacia da Constituição, de forma que o uso do poder estatal apenas se vê legitimado, se exercido a partir de interpretações que respeitem estritamente os preceitos constitucionais, núcleo formal e material do Direito interno.

Lembrando Verdú¹²⁰, Alex Sander Xavier Pires anota que é característica do Estado de Direito, a submissão à Constituição e ao restante do ordenamento jurídico, de modo que este encontra seu fundamento naquela. A interpretação deve partir primeiramente dos preceitos constitucionais, não mais das normas por si sós, de modo que a Constituição deve ser o princípio e precípuo fundamento para a interpretação de uma norma. Retira-se, como uma espécie de “apêndice orientado pela própria Constituição”, o princípio da interpretação conforme a Constituição, que orienta a aplicabilidade das normas, incluindo as normas constitucionais. Trata-se, pois, de um princípio hermenêutico derivado do princípio da supremacia da Constituição.¹²¹

¹²⁰ VERDÚ, P. L. **O sentimento constitucional**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

¹²¹ PIRES, Alex Sander Xavier. **Debate heteromorfo sobre a intergovernamentalidade no processo de integração do Mercosul**. Revista de Direito Mackenzie, v. 5. 2012; p. 44-70.

Tratando da decisão judicial e com apoio em Hans-Georg Gadamer¹²², deve-se partir da premissa de que a interpretação deve concretizar a lei em cada caso, em sua aplicação, de modo que o juiz de direito deve partir de uma análise da Constituição, sobretudo, em seus princípios, para, então, aplicar a lei no caso concreto. Os princípios informam as verdades fundantes do sistema e, no Direito, permitem a aplicação e integração das normas. Não cabe ao magistrado atuar como legislador positivo, todavia, atua como legislador negativo quando, ao proceder à interpretação conforme a Constituição, exerce o controle de constitucionalidade e afasta ou expunge a norma tida como inconstitucional, de acordo com o mecanismo exercido pelo controle.

Na contemporaneidade, há uma correlação mútua entre Estado Democrático de Direito e direitos e garantias fundamentais. Esses apenas são passíveis de preservação numa ordem jurídica inteiramente submetida ao império da Lei, organizada numa forma democrática e com autonomia entre os Poderes ou funções de Estado, que apenas se consolida como Estado Democrático de Direito, se salvaguardar os primeiros.

Canotilho e Vital Moreira destacam que a conceituação do Estado português como um Estado de Direito Democrático é um dos conceitos chaves, por exemplo, da Constituição da República portuguesa de 1976. Ambos os componentes – Estado de Direito e Estado Democrático – não podem ser separados, de modo que “o Estado de direito é democrático e só sendo-o é que é Estado de direito; o Estado democrático é Estado de direito e só sendo-o que é democrático.”¹²³ Constituidor de preceitos jurídicos, o Estado de Direito Democrático reúne, em sua unidade, uma amplitude de princípios e regras dispersos pelo texto constitucional, de modo que “densificam a ideia de sujeição do poder a princípios e regras jurídicas, garantindo aos cidadãos liberdade, igualdade, segurança.”¹²⁴

Direitos fundamentais são direitos positivos os quais se incumbe, o Estado, de respeitar, não apenas num sentido negativo, mas também num sentido positivo, cabendo-lhe assegurar a sua efetivação. Afasta-se, dessa forma, uma concepção puramente formal

¹²² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes. 1999.

¹²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vítor. **Constituição da República Portuguesa anotada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Coimbra: Coimbra Editora. 2007; p. 204.

¹²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vítor. **Constituição da República Portuguesa anotada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Coimbra: Coimbra Editora. 2007; p. 205.

ou liberal. São exigíveis perante o Estado, e também perante terceiros, muitas vezes, cabendo ao próprio Estado assegurar sua proteção relativamente a terceiros.

Em um Estado Democrático de Direito, a Justiça não pode ser distinta da preservação dos direitos fundamentais. O acesso à Justiça deve ser proporcionado universalmente aos cidadãos de forma efetiva e equânime. Nesse sentido, está-se a referir como acesso à Justiça em seu sentido mais corriqueiro, como vinculado ao direito de petição, mas também como aplicação objetiva do Direito indistintamente a condições socioeconômicas dos jurisdicionados, preferências morais ou políticas do julgador ou questões de fato supostamente excepcionais que constituam “exceção” à norma. O princípio da legalidade será sempre o regente máximo da atuação estatal. Com o “neoconstitucionalismo”¹²⁵, sua expressão máxima se vê identificada na Constituição.

Decorre também do princípio da constitucionalidade, da juridicidade de todos e da força normativa da Constituição, o princípio da constitucionalidade da ação do Estado e das entidades públicas. Todo ato praticado institucionalmente deve, com efeito, ser praticado pelo ente que detenha a competência constitucional para tanto, observando-se a forma e o rito processual constitucionalmente prescritos, não podendo também contrariar, numa dimensão de conteúdo, qualquer princípio ou preceito constitucional.

A eficácia do princípio da constitucionalidade é dependente de um sistema de controle ou fiscalização da constitucionalidade para a garantia da Constituição diante de violações infraconstitucionais. O Direito pátrio consagra um sistema misto de controle de constitucionalidade, prevendo os chamados controles na forma difusa, concreta e via incidental; e também a forma concentrada, abstrata, por via de ação direta. O Supremo Tribunal Federal é, portanto, responsável pelo exercício do controle concentrado, cabendo-lhe também exercer o controle difuso a partir de recursos direcionados ao tribunal em matéria constitucional, podendo também realizar a fiscalização preventiva de constitucionalidade.

¹²⁵ O termo “neoconstitucionalismo” foi proposto pela Escola de Gênova, mas se consagrou graças a constitucionalistas espanhóis e latino-americanos. Susanna Pozzolo utilizou-se do rótulo, pela primeira vez, na conferência ministrada no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social, em 1997, na cidade de Buenos Aires, para referir-se a um grupo de iusfilósofos que *comparten un peculiar modo de acercarse al derecho*, em particular, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e Carlos Santiago Nino. Cf. POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional**. Doxa, vol. 21, n° II; p. 339.

Dessa forma, a Constituição impõe ao Estado o comando de seu próprio resguardo. Esse se faz possível, não com a atuação dos órgãos estatais como agentes isolados em seu próprio âmbito de competência, mas como agentes de uma atuação institucional que, em última medida, faz com que a situação da ordem constitucional seja resultado de um somatório de tais atuações. A atuação dos agentes estatais se vê vinculada ao princípio da legalidade e, mais amplamente, nos termos retratados acima, do princípio da constitucionalidade.

O modo de aplicação da norma é um ato interpretativo que deve então necessariamente obedecer aos ditames das normas constitucionais. Embora a interpretação da Constituição pressuponha diretamente as condições gerais da compreensão e a visão de Justiça da comunidade jurídica em seu próprio contexto, podendo haver divergências nesse sentido, em um Estado Democrático de Direito, apenas será efetivamente jurídica e legítima, a interpretação que de fato aplicar a Constituição na globalidade de seus princípios. Dessa maneira, a preservação da ordem constitucional demanda a existência de uma coerência institucional que não é apenas estrutural, mas uma coerência de interpretação e de atuação, que se desenvolve em atos interpretativos.

Retomando expressão de Konrad Hesse, somente com uma “vontade de Constituição”¹²⁶ partilhada entre os cidadãos e, com maior efeito, pelos órgãos jurisdicionais, a práxis constitucional faz consolidar uma ordem constitucional que tenha como principal razão de ser a preservação dos direitos fundamentais. A Lei tem como principal função a preservação da liberdade. A liberdade só se vê garantida pela igualdade, e ambas apenas se veem verdadeiramente possibilitadas numa ordem constitucional democrática, cuja preservação depende da solidez na estrutura e na atuação das instituições do Estado.

Seguindo no raciocínio acima, e retirando paralelamente inspiração no Direito como integridade¹²⁷, a práxis constitucional levada a efeito pelo Judiciário deve contemplar a si própria como pertencente a um conjunto encadeado de decisões do Estado, que tenha como dever máximo a garantia do sistema constitucional. Esteja claro que não se está a dizer que o Direito deva se basear prioritariamente na força dos precedentes como um

¹²⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris. 1991.

¹²⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

mecanismo da *Common Law*, ou, muito menos, que as decisões retirem da jurisprudência argumentos de autoridade que prevaleçam às situações concretas. A existência de um Direito justo nos tempos atuais depende de uma consolidação institucional que seja inteiramente submetida à legalidade e se veja voltada em primeiro lugar, à preservação dos direitos e garantias fundamentais.

O peso dessa responsabilidade aparece multiplicado na perspectiva do julgador, que se vê investido do poder-dever de julgar pela mesma ordem jurídica que tem o dever máximo de preservar. Dita preservação somente é possível a partir da salvaguarda dos alicerces desse sistema.

Concretizar os direitos fundamentais, requer, como dito, um esforço hermenêutico na resolução dos conflitos que surgem no momento de aplicação da norma. O jurista irá verificar qual norma se encaixa ao caso concreto e desenvolver uma argumentação que solucione o conflito. João Maurício Adeodato sintetiza:

Quando o jurista se defronta com um problema (um conflito juridicamente relevante), ele precisa se municiar dessas fontes, pinçar do ordenamento jurídico as fontes pertinentes ao problema e aos argumentos que pretende desenvolver. Todos os participantes do discurso jurídico precisam fazer o mesmo, este é o dogma da dogmática, a razão de ser dessa denominação: um argumento só vale se e na medida em que se reporta a fontes do direito pertinentes (ao conflito), válidas e vigentes.¹²⁸

É nesse momento de conflito entre as normas, que Alexy faz a distinção entre dois “subtipos” de normas: as regras e os princípios. Para o autor, esse é o ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade da decisão. Afirmar ser, essa distinção, a chave para a solução dos problemas da dogmática dos direitos fundamentais:

(...) sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito. Com sua ajuda, problemas como os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros e a repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento podem ser mais bem esclarecidos. A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com

¹²⁸ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional**. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva. 2010; p. 228.

isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. (...) ¹²⁹

As normas e os princípios apresentam uma diferença apenas qualitativa, na visão de Alexy, e um ponto chave é que os princípios são mandamentos de otimização (incluem permissões e proibições), ou seja, “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.”¹³⁰ Essas possibilidades serão determinadas pelos princípios e regras colidentes, já as regras serão satisfeitas ou não, contêm “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.”¹³¹

A colisão entre regras seria de fácil solução, para Alexy. Se, ao aplicar a norma ao caso concreto, verificar-se uma contradição, no caso das regras, uma dessas deve ser declarada inválida.

Para os princípios, no entanto, o autor conclui que, na colisão dessas normas, uma tem que ceder, o que não significa que será declarada inválida, mas somente que uma terá precedência sobre a outra na análise de cada caso concreto. O autor sintetiza a questão: “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.”¹³²

Então, como os princípios podem ter graus diferentes de concretização, uma vez que não podem ser declarados inválidos como as normas e, portanto, coexistem, Alexy traz a máxima da proporcionalidade. Virgílio Afonso da Silva explica que:

O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições.¹³³

¹²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014; p. 85.

¹³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014; p. 90.

¹³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014; p. 91.

¹³² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014; p. 94.

¹³³ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.91, n.798, p. 23-50, abr. 2002. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/36159>. Acesso em: 21 de jan. de 2020.

Uma decisão proporcional, então, será aquela que passe pelos “exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.”¹³⁴ Humberto Ávila afirma que, se existem dois princípios em colisão, a melhor solução é a que realize ambos os princípios, e, por isso, “a caracterização dos princípios como deveres de otimização implica regras de colisão, cujo estabelecimento depende de uma ponderação.”¹³⁵ Conclui que, se não houver adequação e necessidade no meio escolhido para solucionar o conflito, esse meio é proibido.

6.1) Proporcionalidade como adequação

Verificar se uma medida é adequada, no senso comum, é verificar se o meio escolhido contribui para o fim pretendido. No âmbito da teoria dos direitos fundamentais, a adequação serve de baliza para as medidas restritivas e deve ser feita sob o enfoque negativo, ou seja, apenas quando a lei for inequivocamente inidônea para alcançar seus objetivos, é que deve ser declarada inconstitucional, por exemplo.

No Brasil, foi difundido que adequação, para Alexy, significa o meio “apto a alcançar o resultado pretendido”. Virgílio Afonso da Silva, no entanto, ressalva que o conceito foi fruto de uma tradução inapropriada, uma vez que, no original, o termo utilizado é *fordern*, que não significa alcançar, mas fomentar, promover. Adequação, portanto, não é só o meio para alcançar o resultado, mas é o meio para que o objetivo seja pelo menos fomentado, mesmo que não seja alcançado.¹³⁶

O conceito de adequação já era estudado como tese da filosofia moral, e Klaus Günther relembra que, segundo Wellmer e Aristóteles, em situações de conflito moral, a interpretação adequada será aquela que, levando em consideração a autocompreensão e a compreensão do mundo humanas, acerte o que é correto.¹³⁷

¹³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.91, n.798, p. 23-50, abr. 2002. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/36159>. Acesso em: 21 de jan. de 2020.

¹³⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever da proporcionalidade**. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47313/45714/0>. Acesso em 20 de jan. de 2022.

¹³⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.91, n.798, p. 23-50, abr. 2002. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/36159>. Acesso em: 21 de jan. de 2020.

¹³⁷ GUNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação**. Tradução: Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora. 2004; p. 282.

Para Alexy, no entanto, a adequação funcionaria como uma ordem-moldura, da qual exclui algumas coisas – o que não é adequado, como dito, o enfoque é negativo.¹³⁸ Já Humberto Ávila afirma que, para saber se uma medida é adequada, deve-se verificar a relação meio-fim – analisa-se se aquela medida é adequada para proteger os bens jurídicos envolvidos. “Fim, consiste num estado desejado e, como tal, constitui objeto (mediato ou imediato) de qualquer prescrição normativa.”¹³⁹

6.2) Proporcionalidade como necessidade

Para Alexy, necessário, é o meio que interfere de modo menos intenso, escolhido entre dois meios igualmente adequados. Exemplifica: uma portaria que proíbe a comercialização de um produto cujo rótulo não condiz com o conteúdo, porque haveria prejuízo ao consumidor, não é necessária, basta que haja o dever de identificação no rótulo, e a medida é igualmente eficaz para proteger o consumidor, mas é menos invasiva.¹⁴⁰ Para Virgílio Afonso da Silva:

Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.¹⁴¹

No mesmo sentido, Humberto Ávila afirma que necessária, é a medida escolhida, dentre as adequadas, que seja menos gravosa em relação aos direitos envolvidos; é aquela que não restringe excessivamente os direitos envolvidos.¹⁴²

Adequada, então, é a medida que exclui as outras medidas que não são possíveis, e necessária, é a medida adequada que seja menos invasiva, mas isso não basta, devendo haver

¹³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014; p. 590.

¹³⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever da proporcionalidade**. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47313/45714/0>. Acesso em 20 de jan. de 2022.

¹⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014; p. 591.

¹⁴¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.91, n.798, p. 23-50, abr. 2002. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/36159>. Acesso em: 21 de jan. de 2020.

¹⁴² ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever da proporcionalidade**. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47313/45714/0>. Acesso em 20 de jan. de 2022.

um sopesamento “entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.”¹⁴³

6.3) Proporcionalidade em sentido estrito

A proporcionalidade em sentido estrito é o referido sopesamento. Uma discussão interessante seria sobre a obrigatoriedade da vacina no atual contexto pandêmico. Se o Estado obrigasse a população a se vacinar, sob pena de prisão, em prol da proteção à saúde pública, ter-se-ia uma medida adequada ao fim pretendido e talvez até necessária, porque outras medidas não teriam a mesma eficácia, mas, considerando a proporcionalidade em sentido estrito, essa não seria uma ponderação racional. Entre liberdade e uma menor proteção à saúde pública, a escolha mais razoável é a liberdade.

A proporcionalidade em sentido estrito, para Alexy, é a expressão do que significa a otimização em relação aos princípios colidentes, é idêntica à lei do sopesamento, à qual o autor confere a seguinte redação: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.”¹⁴⁴

Humberto Ávila exemplifica e traz uma conclusão esclarecedora. A situação escolhida foi a majoração excessiva de um imposto cobrado para o exercício de uma profissão. Primeiramente, o Supremo Tribunal Federal considerou que uma multa moratória de 100% pelo não pagamento do imposto era excessiva e, mais tarde, decidiu que a lei que aumentou esse valor para 200% situava-se no plano do confisco e não de multa. Nesse caso, para o tribunal, os direitos fundamentais de propriedade e de liberdade (para o exercício da profissão) não estavam se realizando; para Ávila, no entanto, se o imposto estava previsto em lei, e o fato se concretizou (o não pagamento do imposto), **não cabe ao Judiciário:**

(...) analisar se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado desejado (exame da adequação) ou se, dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir o fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos (exame da necessidade), **mas unicamente se houve restrição excessiva dos direitos**

¹⁴³ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.91, n.798, p. 23-50, abr. 2002. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/36159>. Acesso em: 21 de jan. de 2020.

¹⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014; p. 594.

envolvidos (exame da proporcionalidade em sentido estrito ou da correspondência). (**Grifos Nossos**)¹⁴⁵

Quanto à aplicação, o campo da proporcionalidade é a proteção a bens jurídicos que concretamente se relacionem, por isso sua importância.¹⁴⁶

7) Recurso Extraordinário n. 567.985

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal trata da máxima da proporcionalidade como ponderação entre princípios, mas, segundo Cademartori e Rêgo, o instituto foi absorvido sem a devida leitura contextualizada do seu desenvolvimento na Alemanha e, portanto, não foi compreendido em sua complexidade – ao que os autores chamaram de “proporcionalidade impura.”¹⁴⁷

No contexto já descrito, de um Estado Democrático de Direito com uma ampla gama de direitos fundamentais dotados de força axiológica e normativa, de uma jurisdição constitucional, e tendo sido atribuída ao Supremo a função de guarda da Constituição, a Corte constitucional procurou meios de lidar com o amplo catálogo de direitos fundamentais.

Em suas decisões, o referido tribunal, ao lidar com questões acerca de direitos fundamentais, utiliza expressões que claramente remetem à teoria proposta por Alexy, como razoabilidade, proporcionalidade, ponderação, balanceamento, choque entre princípios, sopesamento, mas que, com a mesma, não se coadunam.¹⁴⁸

¹⁴⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever da proporcionalidade.** Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47313/45714/0>. Acesso em 20 de jan. de 2022.

¹⁴⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever da proporcionalidade.** Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47313/45714/0>. Acesso em 20 de jan. de 2022.

¹⁴⁷ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; RÊGO, Eduardo de Carvalho. **Proporcionalidade impura: o transplante dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade à moda brasileira.** Curitiba: Editora Prismas, 2017; p. 77-78.

¹⁴⁸ Humberto Ávila e Virgílio Afonso da Silva tratam, de forma abrangente, em seus textos sobre as confusões em razão do uso de termos distintos, mas com o mesmo significado. Virgílio, inclusive, destaca que o correto é “máxima da proporcionalidade”, e não “princípio da proporcionalidade.” Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever da proporcionalidade.** Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47313/45714/0>. Acesso em 20 de

Humberto Ávila constatou que a utilização indiscriminada de termos que identificam um só fenômeno dificulta a interpretação e a aplicação do Direito, que “quanto mais consistentes forem as definições de categorias utilizadas na interpretação e na aplicação do Direito, mais se ganhará em certeza e segurança jurídica.”¹⁴⁹

Utilizar-se-á, neste capítulo, o voto proferido no Recurso Extraordinário n. 567.985¹⁵⁰, não só para ilustrar a utilização indiscriminada do princípio da proporcionalidade, mas também para levantar outras questões.

Resumidamente, esse Recurso Extraordinário foi interposto pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) contra decisão da Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso, que concedeu o benefício assistencial de prestação continuada, sem que o beneficiário preenchesse os requisitos objetivos previstos no art. 20, § 3º, da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) (Lei n. 8.742/93).¹⁵¹ A constitucionalidade desse artigo já tinha sido discutida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232/DF¹⁵², e os ministros concluíram que era constitucional. Ou seja, até aqui, para concessão do benefício, era imprescindível a comprovação de que a renda familiar não ultrapassasse a quantia de um quarto do salário mínimo por pessoa – critério objetivo.

jan. de 2022 e SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.91, n.798, p. 23-50, abr. 2002. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/36159>. Acesso em: 21 de jan. de 2020.

¹⁴⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever da proporcionalidade**. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47313/45714/0>. Acesso em 20 de jan. de 2022.

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE: 567985 MT**, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 18/04/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: Acórdão Eletrônico DJe-194, Divulgado: 02/10/2013. Publicado: 03/10/2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>. Acesso em: 29 de jan. de 2022.

¹⁵¹ Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

§ 3º Observados os demais critérios de elegibilidade definidos nesta Lei, terão direito ao benefício financeiro de que trata o caput deste artigo a pessoa com deficiência ou a pessoa idosa com **renda familiar mensal per capita igual ou inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. (Grifos nossos)**

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI: 1232 DF, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 27/08/1998, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-06-2001. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1609716>. Acesso em: 30 de jan. de 2021.

7.1) Razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana

Durante análise do Recurso Extraordinário n. 567.985, houve amplo debate, no qual é possível verificar claramente a utilização indiscriminada da “máxima da proporcionalidade” de Alexy. O Ministro Marco Aurélio, em um primeiro momento, reconhece que o benefício assistencial é uma especialização dos princípios da solidariedade social e da erradicação da pobreza e, por isso, ostenta natureza de direito fundamental. Já é possível notar que os princípios constitucionais serão usados para justificar qualquer decisão final, isso porque o que se discute não é a inexistência do amparo do Estado, o legislador não foi omissivo, o que há é um critério objetivo baseado nas políticas públicas pretendidas pelo governo.

Faz-se necessário um parêntese. A atuação do Supremo como legislador positivo, ou seja, quando, para além de interpretar enunciados normativos postos pelo legislador, cria enunciado novo com eficácia geral, é importante no enfrentamento da omissão normativa, seja essa total ou parcial. No entanto, a questão maior que se levanta não é “o que” o tribunal pode fazer para cumprir sua missão constitucional, mas “como”. Ou seja, pode exercer função política? Pode atuar como legislador positivo? Pode criar enunciados vinculantes *contra legem*?

Essas e outras perguntas consomem boa parte da discussão doutrinária atual, ao que alguns chamam “ativismo judicial”, e outros, “judicialização da política”¹⁵³. Contudo, mesmo que as respostas sejam positivas, não se pode deixar de lado a questão crucial: a fundamentação – fundamentar é dizer: rege-se por uma Constituição, em um Estado Democrático de Direito que se propõe justo, e não se rege pelo arbítrio.

Continua, o Ministro Marco Aurélio, afirmando que a Constituição não deu carta branca ao legislador para densificar o conteúdo da Lei Fundamental, que é desejável que certos conteúdos constitucionais sejam interpretados à luz da realidade concreta da sociedade. Mas o que seria essa realidade concreta? A pobreza é, infelizmente, uma realidade no país, mas combatê-la sem planejamento, sem verificar todas as outras necessidades do Estado, não parece razoável. Mariah Ferreira Brochado levanta a seguinte questão:

¹⁵³ Essa distinção é feita por Barroso de maneira bem clara no seguinte artigo: BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 15 de ago. de 2021; p. 3.

A questão é saber o que legitima a compreensão da Corte sobre o que é “o mais razoável” a partir de seus próprios critérios, a ponto de elevá-los acima dos critérios adotados pelo Poder Legislativo, considerando-os menos razoáveis quando da elaboração da lei. O que se verifica na verdade é um predomínio marcante do poder judiciário sobre os outros poderes, fazendo com que a Suprema Corte acabe construindo a Constituição. As decisões jurisprudenciais têm muito mais força vinculante do que as próprias leis formais, inclusive no sentido de revogá-las.¹⁵⁴

Ora, como guardião da Constituição, o Supremo tem de fato que verificar se os seus preceitos constitucionais estão sendo cumpridos, mas não lhe cabe decidir sobre a razoabilidade de uma lei que regulamentou uma norma constitucional programática, principalmente, quando essa lei estabelece benefícios previdenciários e, portanto, tem impacto direto no orçamento e, por conseguinte, no estabelecimento das políticas públicas que são funções essencialmente políticas.

O próprio Ministro Marco Aurélio afirma que o princípio da dignidade humana suscita controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais e reproduz um voto do Ministro Dias Toffoli, proferido no Recurso Extraordinário n. 363.889¹⁵⁵, no qual consignou: “se para tudo há de fazer emprego desse princípio, em última análise, ele para nada servirá.” Tem razão, o Ministro Dias Toffoli. A história mostra que a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana ainda está longe de ser alcançada, mas, pelo menos hoje, o princípio foi positivado e abraça todo o sistema constitucional.

A solução do Ministro Marco Aurélio é heterodoxa, mas ele, assim, não a considera. É que não afasta a aplicação da regra que estabelece o critério objetivo para concessão do benefício, mas afirma que, em determinadas situações, o juiz poderá conceder o benefício. Ora, se é uma regra, e essa não é inconstitucional, tem que ser aplicada.¹⁵⁶ Segue a conclusão na íntegra:

¹⁵⁴ BROCHADO, Mariah. **O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 39, n. 155. Jul./set. 2002; p. 125-141.

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE: 363889 DF**, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 02/06/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: Acórdão Eletrônico DJe-238, Divulgado: 15/12/2011. Publicado: 16/12/2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/listarProcessos.asp?classe=&numeroProcesso=363889>. Acesso em: 30 de jan. de 2021.

¹⁵⁶ Nas palavras de ALEXYY: “Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida.” Cf. ALEXYY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014; p. 92.

Em síntese, consigno que, sob o ângulo da regra geral, deve prevalecer o critério fixado pelo legislador no artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93. Ante razões excepcionais devidamente comprovadas, é dado ao intérprete do Direito constatar que a aplicação da lei à situação concreta conduz à inconstitucionalidade, presente o parâmetro material da Carta da República, qual seja, a miserabilidade, assim frustrando os princípios observáveis – solidariedade, dignidade, erradicação da pobreza, assistência aos desamparados. Em tais casos, pode o Juízo superar a norma legal **sem declará-la inconstitucional**, tornando prevaletentes os ditames constitucionais. **(Grifos Nossos)**

Alguns Ministros se “eximem” de decidir, votam pela improcedência do recurso ao argumento de que, estando a regra posta, caberia ao juiz decidir no caso concreto. Não se está aqui negando a existência do controle difuso de constitucionalidade; trata-se de não aplicar a regra sem declará-la inconstitucional, e mais: havendo uma decisão do próprio Supremo que declara a constitucionalidade da lei. Sobre o sistema de controle difuso:

Não há dúvida que esse permissivo em comento nos remete ao controle difuso in concreto de constitucionalidade, que declara a inconstitucionalidade de forma incidental por qualquer órgão do Poder Judiciário. Nesse sentido, abre-se a possibilidade que se leve ao Supremo Tribunal Federal qualquer declaração incidental de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, considerando-se que a principal tarefa desse tribunal é dizer na demanda a última palavra a respeito da inconstitucionalidade ou não da norma objeto do caso concreto.¹⁵⁷

Em suma, o Supremo decide pela inaplicabilidade de uma lei segundo parâmetros de razoabilidade do próprio Judiciário, entendendo ser subjetiva a interpretação de um artigo que claramente possui um critério objetivo, deixando de lado o trabalho desenvolvido pelo Legislativo. Ora, não há razoabilidade nesse critério subjetivo, a previsão orçamentária tem que ser baseada em estatística e projeção, é imprescindível buscar uma estimativa o mais próxima possível da realidade, coordenando a previsão da receita com a previsão de gastos.

7.2) políticas públicas

O Ministro Marco Aurélio também levanta uma questão importante: a capacidade financeira de absorção pela União, caso o valor mínimo por pessoa para concessão do benefício seja alterado, passando de um quarto do salário mínimo para meio salário mínimo. Ampara-se no Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero e entende que um

¹⁵⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves, **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011; p. 792.

aumento no valor fixado como parâmetro seria benéfico, pois evitaria a inclusão indevida de beneficiários. E mais, o ministro afirma que o instituto também defende que:

(...) a alteração do critério de renda, de um quarto para meio salário mínimo, e o conseqüente aumento da população legalmente beneficiária representaria crescimento real de 48% no orçamento público, correspondente a custo adicional de 8,9 bilhões de reais. Tal quantia não chegaria sequer a 3% do orçamento previdenciário total, consistindo em gasto absorvível pela capacidade financeira da União.

Esse é o tipo de projeção que requer critério objetivo. Apreende-se que é relativamente fácil saber o valor do aumento dos gastos quando o critério de renda é alterado objetivamente, mas isso é impossível, se cada juiz puder adotar critérios subjetivos para concessão do benefício. Para o Ministro Marco Aurélio, o orçamento é peça essencial nas sociedades, mas não tem valor absoluto, deve encampar a atividade assistencial, posto que essa é um valor absoluto, e cita o jurista argentino Bidart Campos, para o qual, há uma prioridade orçamentária dos direitos fundamentais, ou seja, deve-se destinar aos direitos sociais gastos na maior dimensão possível.

Em sequência, o Ministro Luiz Fux levanta a questão atuarial em relação à intervenção judicial proposta – aumentar de um quarto do salário mínimo para metade o critério objetivo para concessão do benefício em questão. E o Ministro Gilmar Mendes conclui: “agora, isso tem conta para fazer, o Ministro Fux tem razão.”

Em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski afirma que o Congresso Nacional deve ter feito cálculos para chegar a um valor possível, o que os juristas chamam de reserva do possível aquilo que o erário pode pagar. E continua: “na verdade, o Congresso Nacional estabeleceu uma política pública; boa ou má, é uma política pública”. E levanta outra questão: o princípio da fonte de custeio previsto no art. 195, § 5º, da Constituição da República, segundo o qual: “§ 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.” Faz, ainda, afirmações mais contundentes, no sentido de que, caso o juiz possa criar benefício previdenciário e não haja recursos para isso, o Brasil irá à falência.

Não se pode negar que a questão orçamentária diz respeito a uma política pública e que a correspondente fonte de custeio é condição inarredável para a concessão de benefícios da seguridade social. A Constituição de 1988, inclusive, estabeleceu expressamente que a Seguridade Social constará de orçamento próprio, distinto daquele

previsto para a União (art. 165, §5º, III e art. 195, §§ 1º e 2º). É o que Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari chamam de princípio do orçamento diferenciado.¹⁵⁸

Os autores explicam que essa escolha do legislador constituinte é decorrente da utilização indevida dos saldos da Previdência. O Poder Público os utilizava para finalidades distintas, o que acabou por deixar o sistema em uma situação de dificuldade financeira.¹⁵⁹

O Supremo Tribunal Federal é guardião da Constituição, mas, embora possa, não deve¹⁶⁰ interpretá-la levando em conta apenas o princípio da dignidade humana. Digna é uma sociedade que pensa na sociedade como um todo, pois não adianta garantir o mínimo existencial para alguns e desamparar todo o resto.

Não menos importante, é o princípio da precedência da fonte de custeio – art. 195, § 5º, da Constituição da República. Castro e Lazzari afirmam que se “trata de princípio porque nenhuma norma legal poderá violar tal preceito, sob pena de inconstitucionalidade.”¹⁶¹ Trata-se de princípio fundamental para manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial, que consiste em existir um aumento de despesa adequado à receita, que venha a cobrir os gastos. Nota-se que esse princípio deve ser observado pelo legislador, que, obviamente, não pode gastar mais do que arrecada.¹⁶²

Ora, guardar a Constituição não é legislar, não é aumentar o valor de um benefício social sem saber dos reais impactos dessa decisão no orçamento público. A discussão sobre

¹⁵⁸ CASTRO, Carlos Alberto Pereira, LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2020; p. 168.

¹⁵⁹ Nas palavras de Castro e Lazzari: “os saldos da Previdência foram usados na construção de Brasília, na constituição e no aumento de capital de várias empresas estatais (sic), na manutenção de saldos na rede bancária como compensação pela execução de serviços de arrecadação de contribuições e de pagamento de benefícios. De 1986 a 1988, as transferências da Previdência Social para a área de saúde cresceram por conta da implantação do Sistema Único Descentralizado de Saúde (SUDS), chegando a 35% da arrecadação sobre a folha de salários. De 1988 até meados de 1993, as transferências para o Sistema Único de Saúde (SUS), que substituiu o SUDS, chegaram a 15% de toda a arrecadação sobre a folha de salários.” Cf. CASTRO, Carlos Alberto Pereira, LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2020; p. 169.

¹⁶⁰ BARROSO, resume a questão: “o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui.” Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 21 de jan. de 2022.

¹⁶¹ Carlos Alberto Pereira de Castro, João Batista Lazzari. **Manual de Direito Previdenciário**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2020; p. 170.

¹⁶² Carlos Alberto Pereira de Castro, João Batista Lazzari. **Manual de Direito Previdenciário**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2020; p. 170.

os deveres prestacionais do Estado e suas consequências orçamentárias não é nova, vide, por exemplo, o tema extensamente debatido sobre a judicialização da saúde.¹⁶³

Alguns ministros levantaram a hipótese de conceder ao Legislativo o prazo de dois anos para encaixar em seu orçamento um valor maior para pagamento do benefício – ou seja, o Judiciário está determinando que o legislador edite uma lei nos moldes que entende razoável.¹⁶⁴

7.3) Legalidade x reserva legal

Noutro giro, o Instituto Nacional do Seguro Social argumenta que o acórdão recorrido afronta o princípio da legalidade, porque essa política pública está prevista em lei e compete ao Congresso Nacional, “rever a lei a seu talante”, como representante da soberania nacional, e verificar se existe defasagem dos valores ao longo do tempo, frente à independência dos Poderes e ao princípio da reserva legal. Essa questão levantada pelo Instituto foi trazida à discussão pelo Ministro Ricardo Lewandowski, que concluiu, como já mencionado, que o Brasil irá à falência, se o magistrado local puder “criar” um benefício previdenciário.

Não é incomum na doutrina confundir princípio da legalidade com o princípio da reserva legal, mas não são sinônimos. O primeiro diz respeito ao art. 5º, inciso II, da Constituição da República: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; significa, portanto, submissão e respeito à lei. Além disso, ainda que o princípio da legalidade seja visto como um caso de reserva relativa, é diferente do princípio da reserva legal, porque esse deve “ditar uma disciplina mais específica do que é necessário para satisfazer o princípio da legalidade.”¹⁶⁵ Nas palavras de Flávio Martins Alves Nunes Júnior:

Não se pode confundir o princípio da legalidade com o princípio da reserva legal. Enquanto o princípio da legalidade, base do Estado de Direito, é o parâmetro norteador de todos os atos do poder público e das pessoas, a reserva legal

¹⁶³ Para referência: BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. 1º reimpressão. Belo Horizonte: Fórum., 2018.

¹⁶⁴ Não foi alcançado o quórum de 2/3 para modulação dos efeitos da decisão, para que a norma só tivesse validade até 31 de dezembro de 2015.

¹⁶⁵ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros. 2005; p. 422.

consiste numa determinação constitucional de elaboração de uma lei em sentido estrito para disciplinar determinadas relações.¹⁶⁶

Jose Afonso da Silva demonstra outras diferenças entre o princípio da legalidade e o da reserva legal. A primeira diz respeito à relação entre os princípios e deve ser resolvida verificando o poder que a Constituição outorga ao Legislativo. Se a outorga for ampla e geral, tem-se o princípio da legalidade e, quando a outorga é caso a caso, tem-se o princípio da reserva legal. Além disso, o princípio da legalidade diz respeito à hierarquia das normas e o da reserva legal a competência.¹⁶⁷

A competência para legislar sobre direitos individuais e políticas públicas no Brasil é do parlamento, sendo, inclusive, uma competência privativa do Legislativo.¹⁶⁸ Em sua decisão final, o Supremo Tribunal Federal negou provimento ao recurso e declarou *incidentaliter tantum* a inconstitucionalidade do art. 20, § 3º da Lei n. 8.742/93, atuando, portanto, como legislador.¹⁶⁹ Para Canotilho:

Não cabe, pois, ao Poder Judiciário atuar na anômala condição de legislador positivo, para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser validamente definidos pelo Parlamento.¹⁷⁰

Ora, se, ao conceder o benefício, o juiz pode ignorar o critério objetivo previsto no art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93, há uma nova lei, e essa nova lei é imposta segundo os

¹⁶⁶ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 3º ed. – São Paulo: Saraiva Educação. 2019; p. 964/965.

¹⁶⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros. 2005; p. 422.

¹⁶⁸ Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

(...)

II - Nacionalidade, cidadania, **direitos individuais**, políticos e eleitorais;

(...)

¹⁶⁹ O Supremo Tribunal Federal, inclusive editou súmula a esse respeito – Súmula vinculante 37, enunciado: “Não cabe ao Poder Judiciário, **que não tem função legislativa**, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.” (**Grifo Nosso**). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula787/false>. Acesso em 29 de jan. de 2022.

¹⁷⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2003; p. 682.

critérios do próprio Judiciário. Imperioso destacar que sequer houve uma declaração de inconstitucionalidade da lei, ou seja, a lei é compatível com a Constituição.

7.4) Atuação contramajoritária

O papel do Supremo é contramajoritário por excelência, cabendo-lhe dizer se uma lei (aprovada pela maioria dos representantes do povo) é ou não constitucional, mas não é isso que se discute. O debate aqui gira em torno do exercício, pelo Poder Judiciário, de uma função eminentemente política.

Para Ferraz Júnior, no Estado burguês, o princípio não era da separação dos Poderes, “mas de inibição de um pelo outro de forma recíproca”. O Poder Judiciário era, então, neutro, e essa neutralização política se apoiava na centralização organizada da legislação, cabendo ao juiz basicamente a subsunção do fato à norma.¹⁷¹

No Estado Social, há uma mudança desse paradigma, porque Legislativo, Executivo e Judiciário precisam garantir os direitos sociais, de modo que há um objetivo “novo”: uma sociedade democrática com justiça social que visa a combater a desigualdade e concretizar a cidadania. O juiz, nesse cenário, terá a responsabilidade de corrigir os desvios na consecução desses objetivos e, portanto, terá também o poder de examinar a discricionariedade dos atos legislativos, não sendo mais neutro. Ferraz Júnior sintetiza:

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 dos 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 imputado também à Justiça.¹⁷²

A questão é que Legislativo e Executivo produzem norma, mas não criam o Direito. O Judiciário, ao contrário, no exercício do poder político, valoriza e desvaloriza direitos e pode até alterar sua força de obrigatoriedade. “A neutralização política do Judiciário é que

¹⁷¹ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **O judiciário frente à divisão dos Poderes**: um princípio em decadência? Revista da Universidade de São Paulo – USP. Edição n. 21, publicada em 30/05/1994. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/issue/view/2025>. Acesso em: 15 de ago. de 2021.

¹⁷² FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **O judiciário frente à divisão dos Poderes**: um princípio em decadência? Revista da Universidade de São Paulo – USP. Edição n. 21, publicada em 30/05/1994. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/issue/view/2025>. Acesso em: 15 de ago. de 2021.

institucionaliza a prudência como uma espécie de guardião ético dos objetos jurídicos.”¹⁷³ Politizado, o Judiciário, sua legitimidade torna-se politicamente contaminada, porque se sustenta por meios políticos: apoio da opinião pública, manutenção da imagem, busca por prestígio (decisões televisionadas) e alto grau de desconfiança entre os atores políticos (que, inclusive, foi um dos motivos para concessão de poderes maiores ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição de 1988). Sobre essa desconfiança, o Ministro Marco Aurélio assim se pronunciou no julgamento do Recurso Extraordinário n. 567.985:

Descabe olvidar que a posição do Supremo é de garantia, exercida sempre em favor da sociedade, embora às vezes contra a visão das maiorias. Afinal, a história prova que a confiança cega no processo político majoritário pode produzir resultados trágicos.

Essa fala pode indicar um desrespeito ao processo democrático, que sim, inclui a função do Supremo como guardião da Constituição, mas essa guarda tem que ser exercida com prudência. No entanto, o referido tribunal parece querer exercer um poder que não está na Constituição: obrigar, de ofício, o legislativo a legislar. O Ministro Joaquim Barbosa, nesse mesmo voto, assim se pronunciou:

Eu, de minha parte, não adiro a essa proposta de modulação temporal, pelos motivos que já declinei ontem. Esse tipo de proposta, no final, acaba por minar a credibilidade desta Corte, porque, se fixarmos prazo ao legislador, ele raramente será observado e a problemática retorna a este Tribunal, como pudemos experimentar há poucos meses.

Ainda que o Judiciário também seja responsável pela efetivação dos direitos fundamentais e por cumprir o objetivo maior da Constituição, e, portanto, que a clássica divisão de Poderes tal como concebida não mais existisse; ainda há independência entre esses Poderes, e é, no mínimo, temerário que o Supremo possa obrigar o legislativo a legislar.

7.5) Conclusões

Na análise do Recurso Extraordinário n. 567.985, verificou-se que a construção argumentativa do tribunal, ao analisar a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei n.

¹⁷³ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **O judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência?** Revista da Universidade de São Paulo – USP. Edição n. 21, publicada em 30/05/1994. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/issue/view/2025>. Acesso em: 15 de ago. de 2021.

8.742/93, remete a conceitos vagos, sem se preocupar com seu real significado. Não está em xeque, a existência dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ainda que não expressos na Constituição.

Proporcional, razoável é o que a Corte Constitucional diz que é, pois não há demonstração de adequação, necessidade e sopesamento. O princípio da dignidade da pessoa humana foi banalizado, tendo em vista que, a par de fundamentar e justificar suas decisões, o tribunal utiliza-se desse princípio indistintamente. Como consequência, há um intenso questionamento sobre a legitimidade democrática da referida Corte, sobretudo, quando está em jogo a “interpretação da interpretação”¹⁷⁴, ou seja, a interpretação, pelo tribunal, das decisões tomadas pelo legislador.

No exercício do papel de guardião da Constituição, o Judiciário toma decisões que interferem diretamente na economia, nas políticas públicas e nas funções eminentemente políticas – exerce função política –, e essa é a realidade do Estado Democrático de Direito no Brasil, mas a questão aqui não é apenas a separação dos Poderes.

Nesse cenário, pode-se dizer que há uma “nova divisão de Poderes”, em que o Judiciário, para concretizar a Constituição, toma decisões que originalmente só poderiam ser tomadas pelo Legislativo e pelo Executivo, os Poderes legitimamente eleitos para esse exercício, e, ainda assim, é um Estado Democrático de Direito.¹⁷⁵

Nesse Estado, o Judiciário, exercendo uma função que não é sua, como guardião da Constituição, toma decisões políticas e não as fundamenta. Entretanto, se todos os Poderes se subordinam à Lei, considerando que ainda se está em um Estado Democrático de Direito - e a legalidade deve ser entendida como medida do direito, isto é, um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência –, o Supremo, ao conformar as normas infraconstitucionais com a Constituição, deve proferir decisões argumentativamente justificadas à luz dessa Constituição.

¹⁷⁴ BROCHADO, Mariah. **O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 39, n. 155. Jul./set. 2002; p. 125-141.

¹⁷⁵ A par das divergências doutrinárias sobre a nomenclatura para essa “nova divisão”, alguns a chamam de neoconstitucionalismo. Para breve consulta, brilhante texto de Humberto Ávila sintetiza as diversas correntes sobre o assunto: ÁVILA, Humberto. **“Neoconstitucionalismo”: Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 21 de jan. de 2022.

8) A busca da decisão racional

Proporcionalidade e razoabilidade são conceitos exaustivamente debatidos na doutrina pós-positivista e, como visto, muitas vezes, usados no mesmo sentido, como uma ideia de justa medida. Aristóteles afirmava que a justiça consiste no interesse comum, e que, popularmente, consiste numa certa igualdade – “até certo ponto esta opinião geral está de acordo com os tratados filosóficos onde nos ocupamos das questões éticas.” A partir de então, trata da filosofia política, que conceitua como a dificuldade de saber em que consiste igualdade e desigualdade.¹⁷⁶ Para Aristóteles, o *recto* tem que ser o equitativo, tem que levar em consideração o interesse do maior número de cidadãos e seus melhores interesses.¹⁷⁷

Mais adiante, Aristóteles concebe a igualdade de duas formas: a numérica ($1+1=2$) e a igualdade segundo o mérito e, por óbvio, é essa que interessa aqui e que, segundo o autor, diz respeito ao que é igual em termos proporcionais ($4/2=2$ e $6/2=3$, 2 e 3 são metades de 4 e 6 e, portanto, a esses proporcionais). O igual existe em toda ação em que há o mais e o menos; o igual é o ponto intermediário; o justo é o meio termo, “uma espécie de termo proporcional”. Atos justos são aqueles que estão no meio de duas iniquidades, e esse ponto é a equidade.¹⁷⁸

Brochado explica que a ideia de justiça absoluta engloba a lei e a equidade, e essa justiça particularizada se encaminha pela equidade de dois modos. No primeiro, a autoridade que aplica o direito precisa de um método inclusivo, porque existe uma circunstância não prevista na lei, e, no segundo, o destinatário do direito deve exigí-lo de modo equitativo. No primeiro, a lei dá menos e, no segundo, a lei dá mais. No caso da circunstância não prevista, deve haver uma “correção jurídica do valor jurídico”, e é nesse caso que surge “no cenário jurídico contemporâneo o princípio da proporcionalidade”, como um vetor razoável, mediano, proporcional para o aplicador do direito.¹⁷⁹

¹⁷⁶ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Antônio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Coleção: Veja Universidade/Ciências Sociais e Políticas. Lisboa: Vegas. 1998; p. 231.

¹⁷⁷ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Antônio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Coleção: Veja Universidade/Ciências Sociais e Políticas. Lisboa: Vegas. 1998; p. 239.

¹⁷⁸ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Antônio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Coleção: Veja Universidade/Ciências Sociais e Políticas. Lisboa: Vegas. 1998; p. 353.

¹⁷⁹ BROCHADO, Mariah. **Direito e ética: a eticidade do fenômeno jurídico**. São Paulo: Landy Editora. 2006; p. 233.

Hesse adotou a mesma postura de Alexy com relação ao princípio da proporcionalidade, na limitação de direitos fundamentais. Para que essa limitação ocorra, o autor afirma que a medida deve ser adequada, necessária – um meio mais ameno não bastaria e deve guardar relação entre “o peso e o significado do direito fundamental” – e proporcional em sentido estrito.¹⁸⁰

A Constituição de 1988 não consagrou expressamente o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, entretanto, o princípio da proporcionalidade atua como critério para concretização dos direitos fundamentais e surge como decorrência direta do reconhecimento do princípio do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV) e do Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput), sendo ambos corolários do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso IV).

Enfim, após a normatização dos princípios, surgiram inúmeras propostas hermenêuticas e todas buscam conferir o mínimo de racionalidade e fundamentação à interpretação jurídica. Fala-se em esforço hermenêutico, como busca de padrões racionais de interpretação – como a teoria de Alexy –, padrões coerentes com textos e contextos, ou como a busca por um terceiro intermediário, no interior da lei, de uma solução que ponha fim aos conflitos de modo justo.¹⁸¹ Salgado explica que a razão se impôs historicamente como medida de Direito:

A ideia de **direito** é, pois, a **racionalidade** imanente do direito positivo, que se revela processualmente no tempo histórico da cultura ocidental e que denominamos **justiça**. A ideia de justiça quer significar que o direito positivo, posto por um ato de vontade da autoridade, não é uma arrogância da vontade ou um desvario do arbítrio, mas tem sentido ou um vetor racional historicamente articulado e revelado. Colher o real como existência, portanto como situado no tempo e no espaço, e o *logos*, o racional como essência (...) (*Grifos Nossos*)¹⁸²

Na solução dos conflitos, principalmente nos conflitos entre direitos fundamentais, é na ciência da interpretação, que se encontra a melhor forma de aplicação do direito – “só

¹⁸⁰ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris. 1998; p. 256.

¹⁸¹ BROCHADO, Mariah. **Direito e ética: a eticidade do fenômeno jurídico**. São Paulo: Landy Editora. 2006; p. 228.

¹⁸² SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça no período clássico ou da metafísica do objeto: a igualdade**. Belo Horizonte: Del Rey. 2018.

há sentido na interpretação.”¹⁸³ E o que a Hermenêutica busca é “um solo firme aos seus pés”¹⁸⁴, um padrão. Nas palavras de Gadamer:

A tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa, e já se encontra sempre determinado por este. Com isso o empreendimento hermenêutico ganha um solo firme sob seus pés. Aquele que quer compreender não pode se entregar, já desde o início, à causalidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar o mais obstinada e conseqüentemente possível a opinião do texto – até que este, finalmente, já não possa ser ouvido e perca sua suposta compreensão. Quem quer compreender um texto, em princípio, disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si.¹⁸⁵

O discurso jurídico deve criar um sistema, deve decorrer de atribuições universais e regras instrumentais, mas sem dizer o ponto de partida da sua interpretação ou em qual princípio sua decisão se fundamenta, “ainda que tais razões não derivem diretamente do texto legal”¹⁸⁶, é impossível que exista um sistema razoável para garantia dos direitos fundamentais.

Karl Larenz afirma que as alterações interpretativas que ocorrem ao longo do tempo nos tribunais nada mais são que o desenvolvimento normal do Direito, que é uma competência dos tribunais, e, por isso, as decisões estão revestidas de legitimidade, mas adverte: “para fazerem uma correção, teleologicamente fundamentada, da lei.” Afirma, ainda, que:

Não obstante, para isso pressupõe-se que o fim da lei está claramente averiguado e que, sem a correção, esse fim não seria atingido numa parte dos casos e não seria possível evitar uma **grave** contradição de valoração ou uma **clara injustiça**. **(Grifos Nossos)**¹⁸⁷

Enfim, a vivência do aplicador, a dinâmica da sociedade, a omissão ou desatualização da norma ou qualquer outro argumento não podem ser utilizados como fundamento de uma decisão, pois, ainda que façam parte do processo decisório, não garantem um

¹⁸³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes. 1999; p. 312.

¹⁸⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes. 1999; p. 405.

¹⁸⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes. 1999; p. 405.

¹⁸⁶ BROCHADO, Mariah. **Direito e ética: a eticidade do fenômeno jurídico**. São Paulo: Landy Editora. 2006; p. 230.

¹⁸⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego, 7ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2014; p. 569.

fundamento racional da decisão. As afirmações “ainda que tais razões não derivem do texto” e “fim claramente averiguado” podem passar a impressão de que o fundamento racional pode estar fora da norma, mas a lei é o critério objetivo de aplicação do direito, sem o qual, não existe Estado Democrático de Direito.

Razoável, então, é a decisão baseada em um critério objetivo, nesse caso, o único possível – a Constituição.

9) A retórica analítica

O ponto fulcral é a norma – princípios e regras – e como pode ser aplicada no momento de dizer o direito em um Estado Democrático de Direito. O discurso jurídico deve decorrer de atribuições universais e regras instrumentais que criem um sistema razoável para garantia dos direitos fundamentais, mas não para os retóricos analíticos. Segundo Katharina Sobota:

Os retóricos mostram-se céticos a respeito desses sistemas intelectuais. Sob sua perspectiva, nem atribuições universais nem regras instrumentais constituem a estrutura principal do discurso jurídico. Elas são apenas um dos vários instrumentos produzidos para construir esta realidade artificial, porém eficaz chamada direito.

(...)

Em retórica analítica não acreditamos em qualquer desses conceitos. Em nossa opinião, a prática jurídica não é governada nem pelas premissas maiores nem por normas instrumentais.¹⁸⁸

E o que são retóricas analíticas? Ottmar Ballweg explica que a retórica¹⁸⁹ é multifacetada, e que, no processo de condensação retórica da linguagem em direção a linguagens científicas, como a jurídica, encontram-se as **retóricas materiais**, que orientam, ordenam, regularizam a linguagem para preencher as funções básicas da vida comum. O autor elucidada a questão:

¹⁸⁸ SOBOTA, Katharina. **Não Mencione a Norma!** Tradução João Maurício Adeodato. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, n. 7. Recife: Universitária. 1995; pp. 251-273.

¹⁸⁹ Importante ressaltar que não se descarta a retórica como método, metodologia ou metódica, a qual será utilizada aqui apenas como ponto de partida para discutir a razoabilidade das decisões do Supremo Tribunal Federal. Sobre retórica constitucional, ver: ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional**. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva. 2010.

Estes sistemas linguísticos – no sentido de linguagens de comando – constituem o vocabulário filtrado da linguagem comum, do qual nós temos que nos utilizar. Suas funções podem, todavia, ser ainda melhor desempenhadas se forem mantidas latentes, na medida em que se fala de “verdade” em lugar de ordem, de “conhecimento” ao invés de orientação, de “racionalidade” em lugar de regularidade, de “ser” em vez de vinculação duradoura, de “direitos” em lugar de posicionamento e “responsabilidade” ao invés de relacionamento.

(...)

A própria escolha de palavras (em retórica metonímia), modificada pelo uso da língua, sinaliza uma maior dignidade para as linguagens de comando. Com isso é obtida uma dogmatização mais segura desses sistemas de linguagem, o que só pode cooperar para a confiança neles depositada. A confiança na língua é o pressuposto da confiança no direito.¹⁹⁰

Ballweg prossegue e esclarece que as **retóricas práticas** objetivam persuadir, convencer, fazer crer, desenvolvem a teoria da argumentação, a teoria das figuras, a teoria do *status*, além de outras que se referem à conduta discursiva e à ação linguística, isso porque tem a obrigatoriedade de decidir. A ambiguidade serve para criar dependência e criar um “trato com as retóricas materiais.” Segundo o autor, essas retóricas eram mal interpretadas pelos filósofos, sobretudo, Platão, que via os múltiplos significados da linguagem como contrários aos seus interesses.¹⁹¹

Na **retórica analítica**, não há preocupação em obter uma dogmatização mais segura do sistema de linguagem (retórica material), e também não há obrigatoriedade de interpretar (retórica prática). A única exigência é que seus resultados possam ser averiguados. Ballweg descreve as restrições impostas à retórica analítica:

Isto significa apenas que a retórica analítica se submete a constrangimentos inteiramente diferentes, desde que lhe baste a exigência de averiguabilidade de seus resultados: a limitação a enunciados formais; a consideração permanente de que tais enunciados podem vir a se tornar empíricos; a necessidade de sua complementação através de outros princípios analíticos; a possibilidade de controle das proposições teóricas e sua compatibilidade com outras teorias analíticas; o caráter parcial das análises e de seus resultados, assim com a possibilidade de reprodução, acumulação e generalização dos mesmos.¹⁹²

¹⁹⁰ BALLWEG, Ottmar. **Retórica Analítica e Direito**. Tradução de João Maurício Adeodato, da Faculdade de Direito do Recife. Do original “rhetorik und vertrauen”, in: Kritik und Vertrauen – Festschrift für Peter Schneider zum 70. Geburtstag. Frankfurt a. M., Anton Hain Verlag, 1990, p. 34. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1-18>. Acesso em: 30 de jan. de 2021.

¹⁹¹ BALLWEG, Ottmar. **Retórica Analítica e Direito**. Tradução de João Maurício Adeodato, da Faculdade de Direito do Recife. Do original “Rhetorik und Vertrauen”, in: Kritik und Vertrauen – Festschrift für Peter Schneider zum 70. Geburtstag. Frankfurt a. M., Anton Hain Verlag, 1990, p. 34. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1-18>. Acesso em: 30 de jan. de 2021.

¹⁹² BALLWEG, Ottmar. **Retórica Analítica e Direito**. Tradução de João Maurício Adeodato, da Faculdade de Direito do Recife. Do original “Rhetorik und Vertrauen”, in: Kritik und Vertrauen – Festschrift für Peter Schneider zum 70. Geburtstag. Frankfurt a. M., Anton Hain Verlag, 1990, p. 34. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1-18>. Acesso em: 30 de jan. de 2021.

Katharina Sobota esclarece que, na retórica de advogados e juízes, surgem normas universais racionalmente fundamentadas, que, na verdade, são conclusões silogísticas normativas. E explica que silogismo não é uma mera ilusão, é uma ilusão com efeitos poderosos sobre a realidade, e que, do ponto de vista retórico, o silogismo é um estilo de apresentação da decisão.

A autora afirma que, ao apresentar as razões de sua decisão, o juiz não deve sequer mencionar a maioria das premissas maiores dos silogismos, com os quais supostamente fundamenta sua decisão e muito menos mencionar a norma. Para a autora, os juízes não devem mesmo mencionar as normas em suas razões, e não o fazem porque seria “embaraçoso e disfuncional”. Isso porque, ao não mencionar a norma, oculta-se a inconsistência de todo o sistema normativo, evita-se a demonstração de contradições flagrantes, além do que, o juiz pode modificar o significado alegado da norma e adaptá-lo a cada situação – “o resultado é que se pode invocar qualquer premissa que pareça apropriada àquela situação em particular”. Sobota traz uma reflexão:

(...) o discurso legal depende de uma técnica que toma possível criar a ilusão de certeza em uma esfera de incerteza. Uma das principais ferramentas para superar o contraste entre certeza e incerteza consiste no uso de premissas ocultas que se movimentam na esfera de implicação.

Isso não é percebido, por um lado, pela abordagem positivista, que tende a superenfatizar a ilusão da certeza, confundindo-a com a realidade, e, por outro lado, pela maioria das abordagens céticas, que tendem a superenfatizar a incerteza e negligenciam o valor de criar a ilusão da certeza, esquecendo, entre outras coisas, os reais efeitos de tais construções na geração de confiança.¹⁹³

O ideal para Sobota é “**não mencionar a norma**”, porque isso cria uma ingenuidade altamente funcional, cria uma ilusão até para os juízes. Esses pensam que aplicam silogismos, mas na verdade se utilizam de *entimemas*, pensam que suas decisões são racionais, mas de fato criam essas racionalidades quando agem de maneira retórica. Sobota ainda esclarece:

Assim, silogismos normativos aparecem em textos legais, se é que o fazem, em fragmentos e alusões. Na maioria dos casos, suas premissas maiores e suas conclusões são encobertas. Aristóteles denominou este tipo especial de argumento Entimema. Entre outras coisas, os entimemas se caracterizam por deixar de fora termos do silogismo referido. Normalmente esses termos omitidos

¹⁹³ SOBOTA, Katharina. **Não Mencione a Norma!** Trad. João Maurício Adeodato. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, n. 7. Recife: Universitária. 1995; pp. 251-273.

referem-se a dados óbvios. A vantagem desta técnica consiste em evitar repetições enfadonhas e a afirmação tediosa de verdades triviais.¹⁹⁴

No Brasil, em busca da autolegitimação, o Supremo Tribunal Federal, em seus votos, apresenta argumentos retóricos para confirmar sua qualificação intelectual, sua maior capacidade para solução das questões com o objetivo de deixar claro que os Ministros são atores altamente qualificados intelectualmente para resolver com segurança as questões mais importantes do país. A tentativa é de demonstrar que o risco à democracia é maior, se as decisões mais importantes forem deixadas apenas para o Legislativo e para o Executivo – o Supremo erra por último, mas erra menos.

10) Conclusão

Primeiramente, os direitos humanos precisavam de justificação nos discursos morais para serem reconhecidos, e, só a partir de então, existiam condições para a construção e exercício dos demais direitos. O Estado existia sem o consentimento dos governados, que eram apenas destinatários do poder. Então, finalmente, tem-se um Estado Democrático de Direito, que tem os direitos fundamentais da pessoa humana garantidos por um sistema criado pelo próprio povo.

Todo esse percurso da humanidade não foi feito por outro motivo, senão para buscar uma vida justa, e a existência de um Direito justo, nos tempos atuais, depende de uma consolidação institucional que seja inteiramente submetida à legalidade e se veja voltada, em primeiro lugar, à preservação dos direitos e garantias fundamentais.

Preservar esses direitos, no entanto, não é tarefa fácil, depende de todo o sistema, e os conflitos entre as pessoas, entre os Poderes e entre as próprias normas são inevitáveis. Então, na busca por concretizar os direitos fundamentais, o papel do Judiciário se modifica ao longo da história do constitucionalismo.

Na Constituição de 1988, o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro fica responsável, dentre outras atribuições, por proteger essa Constituição, inclusive, resolvendo conflitos

¹⁹⁴ SOBOTA, Katharina. **Não Mencione a Norma!** Trad. João Maurício Adeodato. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, n. 7. Recife: Universitária. 1995; pp. 251-273.

distributivos entre o Legislativo e o Executivo, o que abre caminho para que o Judiciário deixe de exercer apenas sua função precípua, que é a jurisdicional.

Quando, ao aplicar a norma constitucional, o Poder Judiciário exerce uma função política, que pertence aos outros Poderes, há um sério problema para a democracia, uma vez que a concepção de Poderes que exercem funções distintas e se limitam tem por objetivo evitar o poder na mão de um só, característico dos Estados absolutistas, mas inconcebíveis em uma democracia que pressupõe o poder na mão de todos.

A separação de Poderes, no entanto, não é o único corolário de uma democracia, e, para dar aplicabilidade ao texto constitucional, o Judiciário precisa interpretar o ordenamento jurídico de modo que coexista em harmonia e garanta efetivamente os direitos fundamentais. Para tanto, suas decisões precisam conter argumentos razoáveis e compatíveis com a Constituição.

Na análise do Recurso Extraordinário n. 567.985, observou-se que o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro – o Supremo Tribunal Federal –, exerce uma função que não é sua, ao proferir decisões que afetam diretamente políticas públicas pensadas pelo parlamento, e que isso pode trazer sérias consequências, com as quais o mencionado tribunal não seria capaz de lidar, como o limite de gastos.

No entanto, em um mundo em constante evolução, globalizado, em que tudo muda rapidamente, e em que os Poderes se entrelaçam, talvez esse exercício de uma função eminentemente política pelo Supremo Tribunal Federal seja inevitável. Alguns autores acreditam que a solução para esse problema seja um maior diálogo entre os Poderes.

A questão é que, no exercício dessa função política, a Corte Constitucional continua subordinada à Constituição, e todos os Poderes a essa se subordinam, porque está-se em um Estado Democrático de Direito. Estar subordinado à Constituição significa que suas decisões precisam de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluam o arbítrio e a prepotência.

É necessário, portanto, uma decisão racional, com argumentos e fundamentos que demonstrem essa subordinação de todas as decisões à Constituição. É preciso, para além de mencionar termos vagos, como proporcionalidade e sopesamento, que exista efetivamente uma racionalidade, para existir justiça e Estado de Direito.

A norma é o critério objetivo de aplicação do direito, e, se pensar-se como os retóricos analíticos, concluir-se-á que não existem decisões objetivas, e a falta de método

levaria de volta ao arbítrio estatal, à concentração dos Poderes na pessoa do déspota. Interessante notar que Montesquieu desenvolveu sua teoria de separação dos Poderes justamente para operacionalizar a desconcentração desse poder.¹⁹⁵

Não se pode voltar no tempo, e a realidade está posta, a separação dos Poderes não é a mesma. Os poderes do Judiciário e, principalmente, do Supremo Tribunal Federal não são os mesmos, mas não é preciso trazer de volta o radicalismo positivista, talvez a solução seja desenvolver um sistema majoritário de declaração de inconstitucionalidade das leis, não mais devolvendo essa atribuição aos representantes do povo, como foi feito no passado e como tentaram fazer na última década, mas usando o que este tempo oferece: a tecnologia.

Operacionalizar essa espécie de “plebiscito eletrônico” em uma sociedade desigual pode parecer idealista, mas o mundo existe primeiro no mundo das ideias.

¹⁹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. 2ª ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F. 2001; p. 140-145.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional**. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva. 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Nova Cultural. 1996.

_____. **Política**. Tradução Antônio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Coleção: Veja Universidade/Ciências Sociais e Políticas. Lisboa: Vegas. 1998.

_____. **Retórica**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO. 2011.

ARSKY, Vadim da Costa. **O poder em suas mãos**. 1ª ed. São Paulo: EDICOM. 1993.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever da proporcionalidade**. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47313/45714/0>. Acesso em 20 de jan. de 2022.

_____. **“Neoconstitucionalismo”: Entre a “ciência do Direito” e o “direito da ciência”**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 21 de jan. de 2022.

BALLWEG, Ottmar. **Retórica Analítica e Direito**. Tradução de João Maurício Adeodato, da Faculdade de Direito do Recife. Do original “Rhetorik und Vertrauen”, in: Kritik und Vertrauen – Festschrift für Peter Schneider zum 70. Geburtstag. Frankfurt a. M., Anton Hain Verlag, 1990, p. 34. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1-18>. Acesso em: 30 de jan. de 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum. 2018.

_____. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 21 de jan. de 2022.

_____. **Jurisdição Constitucional:** A tênue fronteira entre o Direito e a Política. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acesso em: 20 de jan. 2022.

BOBBIO, Noberto. **A era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campus. 1992.

_____. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** Tradução de Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 7ª ed. Brasília: Editora UnB. 1994.

_____. **Estado, governo, sociedade:** por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1992.

_____. **Futuro da Democracia:** uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1986.

_____. **Liberalismo e Democracia.** Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 6ª ed. São Paulo: Brasiliense. 2000.

_____. **O Positivismo Jurídico.** Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; Tradução e notas: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. - São Paulo: Ícone. 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 15ª ed. São Paulo: Malheiros. 1994.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 10ª ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

_____. DE ANDRADE, Paes. **História constitucional do Brasil.** 3ª ed. Editora Paz e Terra. 1991.

BROCHADO, Mariah. **Direito e ética: a eticidade do fenômeno jurídico.** São Paulo: Landy Editora. 2006.

_____. **O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal.** Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 39, n. 155. Jul./set. 2002.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; RÊGO, Eduardo de Carvalho. **Proporcionalidade impura:** o transplante dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade à moda brasileira. In: CADEMARTORI, Luiz Henrique; SCHRAMM, Fernanda Santos (Org.). **Direito Público e Hermenêutica: problemas e desafios atuais.** Curitiba: Editora Prismas. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

_____. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora. 2007.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2003.

_____. **Estado de direito**. Disponível em <http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>. Acesso em: 11 de outubro de 2021.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira, LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23ª. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2020.

CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. **Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição**. Belo Horizonte: Arraes. 2017; p. 55.

CLAUS, Offe. **Problemas estruturais do Estado Capitalista**. Tradução de Bárbara Freitas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1984.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**. Ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução: Mariana Echalar. Boi tempo: São Paulo. 2016.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves, **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Tradução: Alexander Araújo de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015; p. 11.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência?** Revista da Universidade de São Paulo – USP. Edição n. 21, publicada em 30/05/1994. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/issue/view/2025>.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 3. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004.

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review, **Texas Law Review**. Vol. 84. Number 2. 2005. p. 267 e p. 269. Disponível em: https://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1015&context=nyu_plltwp. Acesso em: 21 de jan. 2022.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método.** Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes. 1999.

GALUPPO, Marcelo Campos. **O que são direitos fundamentais?** In.: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.) Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

GRESTA, Roberta Maia. **Introdução os Fundamentos da Processualidade Democrática.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2014.

GUNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação.** Tradução: Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora. 2004.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Trad. Flávio Beno Siebeneichler. V.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Fabris. 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris. 1998.

HIRSCHL, Ran. Towards Juristocracy. **The Origins and Consequences of the New Constitutionnalism.** Cambridge: Harvard University, 2007.

HORTA, José Luiz Borges. **Hegel e o estado de direito.** In: SALGADO, Joaquim Carlos; HORTA, José Luiz Borges (Coord.). Hegel, liberdade e estado. Belo Horizonte: Fórum. 2010.

_____. **História do estado de direito.** São Paulo: Alameda. 2011.

_____. **Horizontes jusfilosóficos do Estado de Direito.** Tese de doutoramento em Filosofia do Direito apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2002.

_____. **Ratio juris, ratio potestatis;** breve abordagem da missão e das perspectivas acadêmicas da filosofia do direito e do estado. Revista da Faculdade de Direito da UFMG - Belo Horizonte - n.º. 49 / Jul. – Dez., 2006. Disponível em: <file:///C:/Users/ANACAR~1/AppData/Local/Temp/11-Texto%20do%20Artigo-19-1-10-20120518-1.pdf>. Acesso em 11 de out. de 2021.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional.** 5ª ed. rev. e atual. Por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey. 2010.

LASSALE, Ferdinand. EBookLibris. **Que é uma Constituição?** Fonte Digital. Disponível em: www.ebooksbrasil.org. Edições e Publicações Brasil. São Paulo: 1933. Tradução: Walter Stöner. 2000-2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego, 7ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2014.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy. 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Barcelona: Ariel. 1976.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **A teoria da separação de poderes e a divisão das funções autônomas no estado contemporâneo: o tribunal de contas como integrante de um poder autônomo de fiscalização**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 71, n. 2, abr./jun. de 2009, p. 92-101.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32º ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84. São Paulo: Malheiros. 2015.

MELLO, Cláudio Ari Pinheiro de. **Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 224, p. 239-284, abril/maio/junho de 2001. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47768> Acesso em: 21 de jan. de 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

_____. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas**. In: GRUNDMAN, Stefan et al (Org.). **Direito privado, constituição e fronteiras: encontro da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT. 2014.

MONSTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis**. Apresentação: Renato Janine. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. – (Paidéia).

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição**. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2003.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. Revisão: Paulo Bonavides. 3ª ed. São Paulo: Editora Max Limonad. 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. 2ª ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F. 2001; p. 140-145.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

- NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 3º ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019.
- PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno Peixoto. **Supremo Tribunal Federal: composição e indicação de seus ministros**. São Paulo: Método. 2012.
- PENALVA, Ernesto Pedraz. **Constitucion, jurisciccion y processo**. Madrid: Akal. 1990.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V. I. 23ª ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense. 2010.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. **Compreensão e Constituição**. A interpretação constitucional após o giro hermenêutico. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. 2001.
- PERELMAN, Chaim. **A lógica jurídica e a nova retórica**. Verginia K, Pupi (Trad.). São Paulo: Martins Fontes. 2000.
- PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 9ª ed. Madrid: Tecnos. 2007.
- PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Editora. 1989.
- PIRES, Alex Sander Xavier. **Debate heteromorfo sobre a intergovernamentalidade no processo de integração do Mercosul**. Revista de Direito Mackenzie, v. 5. 2012.
- POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional**. Doxa, vol. 21, nº II.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015.
- RANIERE, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Manole. 2013.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva. 2002.
- _____. **Nova fase do direito moderno**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 1998.
- RIBEIRO, Renato Janine. **A democracia**. 3ª ed. São Paulo: Publifolha. 2013.
- ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado Providência**. Goiânia: Editora da UFG. Brasília: Editora da UnB. 1997.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **Du Contrat Social**. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do?select_action=&co_autor=164. Acesso em: 16 de jan. de 2022.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Hegel**. São Paulo: Loyola. 1996.

_____. **A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético**. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.

_____. **A ideia de justiça no período clássico ou da metafísica do objeto: a igualdade**. Belo Horizonte: Del Rey. 2018.

_____. **Augustus: a fundação do Estado Ocidental**. Augustus: the foundation of the western State. Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 104. Belo Horizonte, pp. 229-261. Jan./jun. 2012.

_____. **Contas e ética**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 30, jan./mar. 1999.

_____. **O estado ético e o estado poiético**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, p. 3-34. 1998.

_____. **Os direitos fundamentais**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 82, jan. 1996.

_____. **Princípios hermenêuticos dos Direitos Fundamentais**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte a. 39, 2001. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1197>. Acesso em: 19 de jan. de 2022.

SALGADO, Karine. **História e estado de direito**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, vol. 71, n. 2, abr./jun. de 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey. 2002.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

_____. **O constitucionalismo brasileiro**. 1ª ed. Malheiro Editores. 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/36159>. Acesso em: 21 de jan. 2020.

SIÉYÈS, Emmanuel Joseph. **O que é o Terceiro Estado?** Rio de Janeiro: Liber Juris. 1988.

SOBOTA, Katharina. **Não Mencione a Norma!** Trad. João Maurício Adeodato. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, n. 7. Recife: Universitária. 1995; pp. 251-273.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Ciência política e teoria do Estado.** 8ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2014.

_____. **Jurisdição Constitucional.** 5º ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018.

_____. Sarlet, Ingo W.; CLÈVE, Clemerson Merlin. **Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público.** Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>. Artigo publicado em 18 de novembro de 2005. Acesso em: 30 de jan. de 2022.

TAVARES, André Ramos. **A superação da doutrina tripartite dos “poderes do Estado”.** In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 29. 1999.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020.

TAVARES, Suzana da Silva. **Direito Constitucional I.** Instituto Jurídico: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Publicado em setembro de 2016.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de. **Pressupostos Filosóficos e Político-Constitucionais para a aplicação do Princípio da Democracia Integral e da Ética de Responsabilidade na Organização do Trabalho e na Administração da Justiça: o Sistema Núcleos Intersindicais de Conciliação Trabalhista Estudo de caso – a questão trabalhista regional e os resultados da instituição matricial de Patrocínio-MG (1994–2006).** Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2006.

VELLOSO, Carlos Mário. **O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional** (uma proposta que visa tornar efetiva a sua missão precípua de guarda da Constituição). Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45732/47284>. Acesso em: 23 de dez. de 2021.

VERDÚ, P. L. **O sentimento constitucional.** Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional.** São Paulo: Companhia das Letras. 2018.

_____. **Supremocracia.** Revista Direito GV n. 8; p. 441-464.

XAVIER, Flavio Galdino. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005.

DOCUMENTOS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/579494/publicacao/16434817>. Acesso em: 06 de jan. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.742/93**, de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 08 dez. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm. Acesso em: 29 de jan. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 29 de jan. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.882**, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 6 dez. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm. Acesso em: 29 de jan. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI: 1232** DF, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 27/08/1998, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-06-2001. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1609716>. Acesso em: 30 de jan. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE: 363889** DF, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 02/06/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: Acórdão Eletrônico DJe-238, Divulgado: 15/12/2011. Publicado: 16/12/2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/listarProcessos.asp?classe=&numeroProcesso=363889>. Acesso em: 30 de jan. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE: 567985** MT, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 18/04/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: Acórdão Eletrônico DJe-194, Divulgado: 02/10/2013. Publicado: 03/10/2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>. Acesso em: 29 de jan. de 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Marbury v. Madison** (1803). Disponível em: https://www.ourdocuments.gov/print_friendly.php?flash=false&page=transcript&doc=19&title=Transcript+of+Marbury+v.+Madison+%281803%29. Acesso em: 21 de nov. 2021.