

SERGIO FERNANDO MORO

**DESENVOLVIMENTO E EFETIVAÇÃO JUDICIAL DAS NORMAS
CONSTITUCIONAIS**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre, tendo por orientador o Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève.

CURITIBA

2000

Escolhas constitucionais devem ser feitas; a todos nós cabe o desafio de fazê-las com sabedoria. (...)

A Constituição é em parte a soma dessas escolhas. Mas é mais do que isso. Ela deve ser mais se deve ser uma fonte tanto de crítica como de legitimação dessas escolhas. Dessa maneira, assim como as escolhas constitucionais são guiadas e limitadas por quem nós somos e pelas nossas vivências, também são limitadas e guiadas pelo texto, estrutura e história constitucional, pela linguagem e pela tradição da Constituição, que abrem alguns caminhos e fecham outros. Ignorar ou negar tais limites é pretender um poder que não cabe a nós. Mas alegar que esses limites não nos deixam qualquer liberdade de escolha ou que nos guiam para as mesmas conclusões é negar uma responsabilidade que é, inescapavelmente, nossa.

Laurence H. Tribe

À Rosângela, querida esposa, e a meus pais.

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho é resultado do Curso de Pós-Graduação em Direito, a nível de Mestrado, na Universidade Federal do Paraná. Ele não seria possível sem a orientação do Prof. Clémerson Merlin Cléve, o responsável pelo fim do “sono dogmático” em que o autor se encontrava, despertando-o para novas perspectivas do Direito Constitucional.

Também é necessário agradecer a APAJUFE – Associação dos Juizes Federais do Paraná, que colaborou financeiramente para que o autor realizasse durante junho/98 curso perante a “Harvard Law School”, possibilitando o contato mais próximo com a doutrina e jurisprudência constitucional norte-americana, o que foi essencial para o presente trabalho.

Especiais agradecimentos a João Pedro Gebran Neto, amigo e colega de mestrado, com quem foram discutidos alguns dos temas do trabalho, e a Odete Starke Moro e Walter Pelegrini, que auxiliaram o autor na revisão do texto.

SUMÁRIO

RESUMO	vi
ABSTRACT	vii
1 INTRODUÇÃO E PROBLEMATIZAÇÃO	1
2 CONSTITUIÇÃO E REALIDADE	5
2.1 CONSTITUIÇÕES DIRIGENTES.....	5
2.2 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO.....	7
2.3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	9
3 INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO	19
3.1 ABERTURA DA CONSTITUIÇÃO E MÉTODO	19
3.2 PRINCÍPIOS E REGRAS	20
3.3 PRINCÍPIOS E PROGRAMAS	25
3.4 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO.....	27
3.5 COLISÕES ENTRE NORMAS CONSTITUCIONAIS	29
3.6 PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO	31
3.7 FUNÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL COMO CRITÉRIO DE INTERPRETAÇÃO	33
4 DUAS NORMAS CONSTITUCIONAIS CENTRAIS	41
4.1 REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	41
4.2 APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL.....	42
4.3 DIREITOS NÃO-ENUMERADOS.....	48
5 LIMITES AO DESENVOLVIMENTO E EFETIVAÇÃO JUDICIAL DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	55
5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	55

5.2 O "DOGMA" DA VEDAÇÃO DA ATUAÇÃO DO JUIZ COMO "LEGISLADOR POSITIVO"	56
5.3 DENSIDADE INSUFICIENTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	59
5.4 "RESERVA DE CONSISTÊNCIA" DAS INTERPRETAÇÕES JUDICIAIS	61
5.6 RESERVA DO POSSÍVEL	68
6 DESENVOLVIMENTO E EFETIVAÇÃO JUDICIAL DE NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL DE ACORDO COM SUA CLASSIFICAÇÃO	71
6.1 CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL.....	71
6.2 LIBERDADES E DIREITOS A AÇÕES NEGATIVAS	74
6.3 COMPETÊNCIAS E ZONAS DE NÃO-SUJEIÇÃO.....	75
6.4 DIREITOS A AÇÕES POSITIVAS	76
6.4.1 Direitos a Prestações Normativas.....	76
6.4.2 Direitos a Prestações Materiais	77
6.5 SÍNTESE DESTE CAPÍTULO	80
7 PRINCÍPIO DA IGUALDADE	81
7.1 ALGUMAS CONCEPÇÕES ACERCA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE	81
7.2 AS MÁXIMAS DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE	83
7.3 INVALIDAÇÃO DE PRIVILÉGIOS ARBITRÁRIOS.....	85
7.4 DIREITOS DERIVADOS DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.....	86
8 O SISTEMA JUDICIAL DE CONTROLE	93
8.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	93
8.2 CONTROLE DIFUSO E INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE.....	93
8.3 CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	96
9 CONCLUSÃO	99
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	102

RESUMO

Busca o presente trabalho conferir nova abordagem ao tema da aplicabilidade das normas constitucionais, partindo-se de visão crítica da teoria exposta na obra “Aplicabilidade das normas constitucionais”, de José Afonso da Silva, assimilada pela doutrina e jurisprudência pátrias. Defende-se que a questão da aplicabilidade das normas constitucionais é muito mais um problema de repartição de competência entre Legislativo e Judiciário, especificamente dos limites a atuação deste, do que propriamente de classificação abstrata das normas constitucionais segundo a linguagem empregada no texto respectivo. Chega-se à conclusão de que todas as normas constitucionais podem ser invocadas como razões de decidir em casos concretos, podendo-se delas extrair, conforme argumentação adequada e observados certos limites à atuação judiciária, a regra de direito que determinará o resultado do julgamento. Dentre os limites à atuação judicial, destacam-se a “reserva de consistência”, consistente na necessidade de demonstrar, através de argumentos convincentes, o acerto da interpretação judicial de determinada norma constitucional, inclusive sua superioridade em relação a, acaso existente, interpretação legislativa, e a “reserva do possível”, limite específico para desenvolvimento e efetivação de direitos cuja viabilização demanda a existência de determinadas condições materiais. Esses limites não são, porém, intransponíveis, ficando sua determinação sujeita à prática judiciária, o que permite avanço no tocante ao desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais.

ABSTRACT

This work searches for a new approach to the theme of the applicability of the constitutional rules, starting from a critic view of the theory exposed on the book "Aplicabilidade das normas constitucionais" ("Applicability of the constitutional rules"), by José Afonso da Silva and adopted by Brazilian jurisprudence. It defends that the question of the applicability of the constitutional rules is much more a problem of the division of power between Legislative and Judiciary, specially of the judicial power restrictions, than of an abstract classification of the constitutional rules by the language of the concerning text. It concludes that all constitutional rules can be invoked as reasons to make a decision in concrete cases, extracting from them, with the right argumentation and the respect of the judicial power restrictions, the rule that will determine the result of the case. It distinguishes itself among the judicial power restrictions the "reserve of consistency" which consists in the necessary demonstration with solid arguments of the rightness of the judicial interpretation of certain constitutional rule, and also its superiority to the legislative interpretation that perhaps exists, and the "reserve of the possible", a special restriction to the development and enforcement of rights that depends on the existence of certain material conditions. However, these restrictions are not unsurmountable, their determinations depend on the judicial practice, which allows advance on the judicial development and enforcement of the constitutional rules.

1 INTRODUÇÃO E PROBLEMATIZAÇÃO

O presente trabalho pretende dar enfoque um pouco diferenciado ao problema da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, com atenção especial, posteriormente, ao princípio da igualdade, dado o papel central deste em Estado Democrático de Direito.

Atualmente, encontra-se disseminada pela doutrina e jurisprudência pátrias a teoria desenvolvida por José Afonso da SILVA, na obra *Aplicabilidade das normas constitucionais*, editada pela primeira vez em 1967, na qual é elaborada a classificação das normas constitucionais de acordo com sua aplicabilidade e eficácia¹. Em breve síntese, haveria distinção entre as normas constitucionais que teriam aplicabilidade imediata (as de eficácia plena e as de eficácia contida) e as que teriam apenas aplicabilidade mediata (as de eficácia limitada), com a ressalva, entretanto, de que mesmo estas possuiriam a eficácia mínima de coibir a prática de atos que lhes fossem contrários.

Os juízes brasileiros, ao defrontarem com questão constitucional, têm realizado a referida distinção. Distinguem no texto constitucional normas de uma ou de outra espécie. Se a norma é das que possuem aplicabilidade imediata, o caso concreto pode ser efetivamente solucionado, outorgando-se à parte o bem garantido diretamente pelo próprio texto constitucional². Se a norma é das que possuem aplicabilidade mediata, o caso concreto não é efetivamente solucionado,

¹No presente trabalho, foi utilizada a 3.ª edição, de 1998, publicada pela Editora Malheiros.

²Como exemplo, pode ser citado o entendimento do STF em relação aos parágrafos 5.º e 6.º do art. 201 da CF/88: “EMENTA: Direito previdenciário. – Previdência Social. – Benefício mínimo. – Gratificação natalina. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nas Turmas e no Plenário, segundo a qual são aplicáveis, a partir de 05 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal, as normas dos §§ 5.º e 6.º de seu art. 201, “in verbis”: ‘nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo’, (§ 5.º); ‘A gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano’, (§ 6.º). RE conhecido e provido.’ (STF . RE 186092/RS. Rel.: Min. Sydney Sanches. 1.ª Turma. Decisão: 15/12/94. Em. de Jurisp., v. 1.797-24, p. 4.878. DJ I de 25/08/95, p. 26.110)”

ou seja, não há a atribuição à parte do bem pretendido, mas apenas decisão que reconhece a falta de lei reguladora e a impossibilidade de colmatação por parte do Judiciário³. Saliente-se que os instrumentos processuais criados pela Constituição brasileira para solução do problema - ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção - não atingiram seus objetivos, principalmente em virtude da interpretação restritiva adotada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a eficácia do mandado de injunção, baseada principalmente no dogma da “vedação da atuação judicial como legislador positivo”⁴.

A doutrina e jurisprudência pátrias, como resposta ao bloqueio imposto pelo Supremo para o desenvolvimento e efetivação judicial da Constituição, lograram, salvo valiosas exceções, que serão adiante examinadas, apenas formular crítica à posição adotada pela referida Corte, sem contudo abandonarem a classificação formulada por José Afonso da SILVA, ou, ainda, adotando classificação levemente diferenciada, sem o abandono da posição dicotômica⁵. Como aquela Corte não reviu seu posicionamento, as críticas não atingiram o objetivo pretendido.

(TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1.ª REGIÃO. Gabinete da Revista. *A Constituição na visão dos Tribunais – Interpretação e julgados artigo por artigo*, v. 3, p. 1.297-1.298, 1997).

³Como exemplo de julgado da espécie, pode ser citado o seguinte pronunciamento do STJ a respeito do direito de greve do servidor público previsto no art. 37, VII, da CF/88 (“o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar”): “EMENTA: Administrativo e Constitucional. Funcionário público. Direito de Greve. – Faltas ao serviço. Legitimidade do desconto mandado proceder, tanto porque o direito de greve pende da regulamentação complementar prevista no art. 37, VII, da CF, como porque, em última hipótese, a legalizarem-se tais faltas, cumpria ao servidor justificá-las perante a Administração.” (STJ. ROMS 4183/MG. Rel.: Min. José Dantas. 5.ª Turma. Decisão: 28/09/94. DJ 1 de 17/10, p. 27.905.)” (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1.ª REGIÃO. Gabinete da Revista. op. cit., v. 1, p. 404.).

⁴Tal posicionamento foi adotado pelo STF, pela primeira vez, no julgamento do Mandado de Injunção n.º 107-3-/DF. Em que pesem alguns avanços posteriores (para um relato vide BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 1996. p. 235-238), o Supremo não abandonou sua posição original restritiva, ou seja, ainda não admite o suprimento da falta de lei regulamentadora para o caso concreto.

⁵José Afonso da SILVA, na obra citada, mesmo distinguindo três espécies de normas constitucionais de acordo com sua eficácia, não abandona a classificação dicotômica. As normas de eficácia limitada teriam aplicabilidade mediata, enquanto que as normas de eficácia plena e as de eficácia contida teriam aplicabilidade imediata, com a diferença de que, no segundo caso, o legislador poderia estabelecer restrições ao comando constitucional. Faça-se a ressalva importante de que não se quis aqui desmerecer o trabalho do constitucionalista, que, na época, representou um significativo avanço em matéria de desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais. Aliás, permanecem atuais várias de suas propostas, sendo de se destacar aquela segundo a qual toda norma constitucional possuiria uma eficácia mínima, não completamente

No presente trabalho, procura-se superar o bloqueio através de enfoque diverso do problema da aplicabilidade das normas constitucionais. Este será tratado do ponto de vista judicial, ou seja, sem embargo dos progressos que poderiam advir de propostas legislativas, buscam-se respostas “*hic et nunc*” para o bloqueio, que sejam viáveis diante do quadro constitucional e legal hoje existente.

Quer-se defender que a técnica de decisão, adotada por nossas Cortes, de identificar no texto constitucional normas de aplicabilidade imediata e normas de aplicabilidade mediata, tarefa, aliás, complexa, é equivocada e encontra obstáculo só transponível se modificado o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o que não parece provável. Parte-se do pressuposto de que tanto o Legislativo como o Judiciário assumem o papel de desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais. Isso significa que, conforme se pretende demonstrar, todas as normas constitucionais podem ser invocadas pelo Judiciário para decisão de casos concretos. A questão da aplicabilidade das normas constitucionais, conforme orientação de Enrique ALONSO GARCIA⁶, é muito mais um problema de repartição de competência entre Legislativo e Judiciário, relacionando-se diretamente com os limites impostos à atuação deste último, do que de atribuição abstrata de graus diferentes de eficácia ou de aplicabilidade às normas constitucionais.

Se correto este enfoque, o problema se desloca, da abstrata classificação das normas constitucionais, segundo a linguagem empregada no texto respectivo, para os limites inerentes ou impostos à atividade jurisdicional, quando estiverem em jogo o desenvolvimento e a efetivação judicial da Constituição.

Não se quer dizer que a linguagem empregada no texto não seja elemento a ser levado em consideração. O desenvolvimento e a efetivação da norma

assimilada pela jurisprudência pátria, e, ainda, a distinção entre norma de eficácia contida e norma de eficácia limitada, com a atribuição de aplicabilidade imediata à primeira.

⁶ “La problemática de la hipotética necesidad de ley de desarrollo para la entrada en vigor o ‘captación’ de fuerza jurídica de un precepto constitucional no es más que la exacerbación del auténtico problema de fondo de la justicia constitucional, problema que el TC tuvo que acometer desde su primera sentencia: la constante pretensión de dos poderes distintos, Tribunal Constitucional y Parlamento, de ser ellos los titulares de la especificación de los preceptos constitucionales. Tanto la ley como la sentencia constitucional ‘desarrollan’ la Constitución.”

constitucional podem depender da técnica de positivação adotada pelo constituinte. Apenas se defende que esta, apesar de importante, não é o elemento determinante para a questão a resolver: se o Judiciário pode ou não desenvolver e dar efetividade à norma, independentemente da atividade legislativa.

Fixados estes pressupostos, será objeto de atenção especial o princípio da igualdade, defendendo-se expressamente a viabilidade de seu desenvolvimento e efetivação judicial, especialmente no que se refere aos casos de “não-extensão de benefício incompatível com o princípio da isonomia”. Estes, classificados nos termos atuais como casos de “inconstitucionalidade por omissão legislativa parcial”, não encontram, no momento presente, solução satisfatória nos tribunais pátrios. A mudança de enfoque permite, porém, solução para grande parte deles.

2 CONSTITUIÇÃO E REALIDADE

2.1 CONSTITUIÇÕES DIRIGENTES

As Constituições contemporâneas, seguindo o modelo da Constituição da República de Weimar de 1919, não se limitam, como as liberais do século XIX, a garantir aos particulares posições jurídicas contra agressões dos poderes públicos. Fugindo ao modelo “garantista”, tributário do “*status quo*”, pretendem conformar amplos aspectos da vida social, seja através da formulação de fins e programas para os poderes públicos, seja através da constitucionalização de direitos a prestações estatais, que, para sua efetivação⁷, exigem postura ativa por parte do Estado. Trata-se da Constituição “dirigente”⁸.

O sucesso do novo modelo encontrou, como ainda encontra, dificuldades, aliás sempre existentes quando o homem decide, através do Direito, interferir na conformação da vida social. O grau de dificuldade, entretanto, é bem mais elevado, para ele contribuindo não só o alto grau de abstração das normas constitucionais, o que, por si só, já traz problemas para sua efetivação, mas

⁷Adota-se aqui a terminologia defendida por, entre outros, Luís Roberto BARROSO, que distingue eficácia jurídica, esta como o potencial da norma para produzir os efeitos que lhe são próprios, de eficácia social ou efetividade, no sentido de observância prática da norma, ou conformação da realidade ao previsto na norma: “A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.” (BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 83)

⁸Não há incompatibilidade absoluta entre a concepção “dirigente” e a “aberta” de Constituição. O texto constitucional, mesmo impondo amplas tarefas ou programas de ação aos poderes públicos, pode revestir-se da abertura suficiente para impedir o congelamento da vida política e social. Tome-se como exemplo o disposto no art. 3.º, I e II, da Constituição brasileira. Programas como “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “garantir o desenvolvimento nacional”, de elevado grau de abstração e que, inclusive, deixam aos seus destinatários a tarefa da determinação dos meios através dos quais serão efetivados, são próprios de uma concepção “aberta” de Constituição.

também o fato de que o momento constituinte, geralmente resultado de ruptura institucional, favorece a inserção na Carta Constitucional de aspirações comunitárias ainda distantes da realidade.

Os problemas para a efetivação da Constituição não são, obviamente, resolvidos por passe de mágica, razão pela qual o operador do direito não pode simplesmente ignorá-los. Contudo, também não é aceitável a posição daqueles que, diante da realidade, negam força jurídica e qualquer efetividade às normas constitucionais, pretendendo fazer prevalecer seu entendimento contra a vontade constituinte. Em sociedades pluralistas e fragmentárias, o valor do pacto constitucional não deve ser desmerecido, considerando seu papel na manutenção da coesão e unidade nacional.

Konrad HESSE formulou a resposta definitiva para o problema da distância entre a realidade e a norma constitucional. Contrapondo suas idéias às contidas no célebre livro de Ferdinand LASSALE⁹, após destacar que a pretensão de eficácia da norma constitucional não pode ser separada das condições históricas de sua realização, argumenta:

“Mas, - esse aspecto afigura-se decisivo - a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.”¹⁰

De acordo com o mesmo autor, a efetividade da Constituição dependeria principalmente da “vontade de Constituição”, consistente na vontade da comunidade de que a Carta Constitucional seja, na prática, a Lei Fundamental do país e, por conseguinte, de que os poderes públicos e, com algumas

⁹*Uber die Verfassung* ou *Sobre a Constituição*. Para o presente trabalho foi consultada a tradução publicada pela Editora Liber Juris sob o título *A essência da Constituição*, 3. ed., 1988.

¹⁰HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991. *p. 15.

peculiaridades, os particulares pautem suas condutas segundo o nela estabelecido¹¹.

2.2 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Em realidade, o problema da efetividade das normas constitucionais passa por uma opção política.

A Constituição ou é a Lei Fundamental do país, estando os poderes públicos a ela vinculados e obrigados a torná-la realidade, ou não passa de um conjunto de belos conselhos e declaração de intenções.

Aqui, ao contrário do que ocorre em campos específicos do Direito Constitucional, como o da colisão entre normas constitucionais, trata-se de uma opção do tipo “ou tudo ou nada”. Ou a Constituição vale como um todo, vinculando todos os poderes públicos, ou nada vale.

Por essa razão é que não pode ser aceita a classificação dicotômica das normas constitucionais em torno de sua eficácia. Certamente seus defensores mais hábeis argumentam que, apesar da classificação, inexistiria norma constitucional destituída de eficácia. Qualquer uma delas teria, pelo menos, a eficácia mínima de coibir comportamentos contrários por parte dos poderes públicos ou de exercer função de integração ou interpretação do ordenamento jurídico.

Isso, contudo, é pouco, e não satisfaz àqueles que pretendem que a Constituição assuma o papel diretor que lhe cabe na vida política e social. Para tanto, é necessário que os poderes públicos se vejam comprometidos com o desenvolvimento e a efetivação das normas constitucionais, não sendo suficiente a aludida “eficácia mínima”.

¹¹ “Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade ...” (HESSE, Konrad, *op. cit.*, p. 19-20)

De máxima importância, portanto, o princípio da supremacia da Constituição, com a subordinação de toda a atividade estatal, normativa ou material, ao nela previsto. A subordinação não deve ser compreendida somente em sentido negativo, ou seja, de que se encontra vedada apenas atividade contrária ao estatuído na Constituição. Se esta impõe deveres e tarefas aos poderes públicos, o princípio significa que o seu cumprimento é obrigatório.

Existem, porém, normas constitucionais que se dirigem especificamente a um dos poderes públicos. Estariam os demais a elas vinculados, no sentido de que deveriam buscar seu desenvolvimento e efetivação quando inerte o destinatário específico? A Constituição brasileira veicula, por exemplo, diversas ordens de legislar (v. g.: art. 5.º, XXIV, e art. 37, VII). Não se pretende que sejam originariamente cumpridas pela Administração Pública ou pelo Judiciário, em manifesta violação do sistema de divisão de competências previsto na própria Constituição. Estas normas só serão plenamente atendidas quando o legislador cumprir com seu dever. Nem mesmo a atuação supletiva dos demais poderes constituídos bastaria para o atendimento da norma, uma vez que a vontade do constituinte era que esta tarefa fosse realizada pelo legislador. Poder-se-ia, portanto, argumentar que a existência de normas dirigidas especificamente a um dos poderes pode comprometer, no caso de inércia do destinatário específico, a força normativa da Constituição. Não é isso o que se pretende defender. Que existam normas dirigidas especificamente a um dos poderes públicos não se põe em dúvida; que, em caso de inércia, os outros não possam agir, no âmbito de suas atribuições, é coisa bem diferente. Que Administração Pública e Judiciário não possam substituir a contento o legislador é uma coisa; que não possam suprir a falta do legislador sempre que for necessário, para a realização de suas atribuições, também é coisa bem diferente.

O princípio da supremacia da Constituição exige o comprometimento de todos os poderes públicos com as normas constitucionais. Isso significa que, caso um deles não cumpra suas tarefas e deveres constitucionais, os demais podem e devem agir¹², sob pena de deixar a Constituição, que, ressalte-se, corporifica a vontade constituinte, à disposição do poder omissivo.

¹² Cabem, porém, ressalvas quanto à atuação do Executivo à margem da lei em vista do agigantamento das atribuições deste poder no Estado moderno.

2.3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O princípio da supremacia da Constituição pouco significa sem um sistema de controle de constitucionalidade da atividade normativa e material dos poderes públicos. Até aqui existe um consenso: o controle é necessário, para que haja compatibilidade real entre a atividade dos poderes públicos e a Constituição.

O consenso esvanece quando a questão é a definição de quem deve exercer o controle. Não existe resposta que não decorra de uma simples opção política¹³.

Nos Estados contemporâneos, o controle vem sendo atribuído, em maior medida, ao Judiciário ou a entidades que, embora não integrem o corpo judiciário burocrático, reúnem características próprias de Cortes de Justiça.

Alexander HAMILTON, no Federalista n.º 78¹⁴, defende, pioneiramente, que tal função de controle deve ser exercida pelo Judiciário. Seus principais argumentos são:

- a Constituição estatui limitações à atividade legislativa, não sendo adequado que o Legislativo seja “juiz” de suas próprias limitações;
- a interpretação das leis é função específica dos juizes, razão pela qual é natural que lhes seja atribuída a função de interpretar a Constituição;
- o Judiciário, pela própria natureza de suas funções, por não dispor nem da “espada” nem do “tesouro”, é o ramo menos perigoso do poder para os direitos previstos na Constituição.

O primeiro argumento tem por base a idéia central do constitucionalismo, a de colocar freios ao poder. Este é sempre limitado, indiferentemente de quem o

¹³ É Habermas quem adverte que “a existência de tribunais constitucionais não é auto-evidente. Tais instituições não existem em muitas ordens do Estado de direito. E, mesmo onde eles existem - eu me restrinjo aqui à República Federal da Alemanha e aos Estados Unidos -, há controvérsias sobre o seu lugar na estrutura de competências da ordem constitucional e sobre a legitimidade de suas decisões.” (HABERMAS, J. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 298)

¹⁴ HAMILTON, Alexander *et al.* *O Federalista*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 162-166.

exerça, ditador ou colegiado eleito diretamente pelo povo. Considerando o tema à luz de regimes democráticos, DWORKIN adverte que o constitucionalismo visa preservar os direitos do indivíduo corporificados na Constituição, mesmo contra a vontade da maioria política, representada pelos órgãos legislativos. Nesta hipótese, o alcance e o significado dos direitos contra essa maioria não deveriam depender de decisões dessa própria maioria¹⁵. Ou seja, repetindo o argumento de HAMILTON, o Legislativo não poderia ser juiz de suas próprias limitações.

O argumento é de certa forma válido. Entretanto, peca pelo excesso, pois pode justificar qualquer espécie de controle externo. O controle estaria legitimado desde que não se confundissem ente controlador e ente controlado. Se for aceito sem reservas, justificaria, inclusive, controle dos atos jurisdicionais por entes não pertencentes aos quadros do Judiciário.

O segundo argumento foi empregado pelo “Chief Justice” John MARSHALL, da Suprema Corte norte-americana, em “*Marbury v. Madison*”, de 1803, sem dúvida a mais conhecida decisão em Direito Constitucional:

“Enfaticamente, é a província e o dever do Poder Judiciário dizer o que é lei. Aqueles que aplicam as regras aos casos particulares, devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Se duas leis colidem uma com a outra, os tribunais devem julgar acerca da eficácia de cada uma delas.”¹⁶

Tratando-se, porém, de Constituição aberta, passível de um sem-número de interpretações, não se pode admitir monopólio dos tribunais em dizer o que é o Direito.

¹⁵ “Hay un argumento muy popular en favor de la política de deferencia, que podríamos llamar el argumento de la democracia. De acuerdo con dicho argumento, es por lo menos discutible si una concepción sana da la igualdad prohíbe la segregación educativa o exige medidas tales como la regulación del transporte escolar para anularla. ¿ Quién debe decidir estos problemas discutibles de la teoría moral y política? ¿ Ha de ser una mayoría en un tribunal de Washington, constituido por miembros vitalicios y que no son políticamente responsables ante el público cuya vida se verá afectada por la decisión? ¿ O deben ser los legisladores estatales o nacionales, que ocupan cargos electivos y son responsables ante los electores? El argumento supone que un demócrata no puede aceptar más que la segunda respuesta. (...) Pero ésta es una posición que, como con frecuencia se ha señalado, pasa por alto el hecho de que las decisiones referentes a derechos en contra de la mayoría no son problemas que equitativamente deban quedar librados a la mayoría. El constitucionalismo - la teoría de que a la mayoría hay que restringirla para proteger los derechos individuales - puede ser una teoría buena o mala, pero es la que han adoptado los Estados Unidos, y hacer que la mayoría sea juez en su propia cuasa parece incongruente e injusto.” (DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1995. p. 222-223)

¹⁶ Tradução extraída de CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1995. p. 52.

Aliás, o argumento democrático confere prevalência à interpretação constitucional realizada pelo órgão legislativo.

A validade do segundo argumento depende, portanto, da demonstração da superioridade da interpretação judicial sobre a interpretação legislativa, o que nos leva ao terceiro argumento.

O controle judicial da constitucionalidade da atividade dos demais poderes públicos, notadamente do órgão legislativo, estaria justificada, uma vez que o Judiciário reuniria melhores condições do que os outros para exercer a função de “guarda” da Constituição.

HAMILTON, como visto, não diz que o Judiciário realizaria melhor tal função, mas apenas que a atribuição de tal poder se justificaria por ser ele o “menos perigoso” dos ramos do poder. Argumento semelhante é empregado por Hans KELSEN em sua polêmica contra Carl SCHMITT¹⁷.

Não poucos autores defendem que as características do processo judicial, bem como as restrições impostas à atividade judiciária, como, por exemplo, o princípio da inércia e a necessidade de fundamentação da decisão, tornariam o juiz mais apto para interpretar a Constituição do que os demais poderes constituídos¹⁸.

¹⁷ “Dado que la Constitución reparte el poder, en lo esencial, entre dos factores, el ‘Parlamento’ y el ‘Gobierno’ (donde se entiende por ‘Gobierno’ el órgano compuesto por el jefe de Estado y los ministros que refrendan sus actos), debe existir, aunque más no sea por eso, un antagonismo permanente entre Parlamento y Gobierno. Y el peligro de una violación de la Constitución debe surgir necesariamente del hecho de que uno de los dos factores va más allá de los límites que la Constitución le ha asignado. Dado que precisamente en los casos más importantes de violación de la Constitución, Parlamento y Gobierno ‘son partes en causa’, se aconseja llamar para decidir sobre la controversia a una tercera instancia que esté ‘fuera de esa oposición’ y que bajo ningún aspecto sea ‘participe del ejercicio del poder’ que la Constitución distribuye en lo esencial entre Parlamento y Gobierno.” (KELSEN, Hans. *Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 1995, p. 53-54) Não será abordada com mais profundidade neste trabalho a polêmica entre os dois constitucionalistas, visto que aqui examina-se apenas incidentalmente a questão da legitimidade da jurisdição constitucional. No entanto, vale apontar que a obra citada de KELSEN, apesar de seu inegável valor, não traz argumentos em favor da jurisdição constitucional muito diferentes dos já apresentados por HAMILTON, destinando-se mais especificamente a rebater, com sucesso, as críticas apresentadas a esta por Carl SCHMITT, para quem a defesa da Constituição caberia ao Presidente do Reich, o que, no mínimo, não seria recomendável, nos tempos atuais, em vista da já excessiva concentração de poderes nas mãos dos Executivo.

¹⁸ C. Herman PRITCHETT, embora com argumentos um pouco diferentes e referindo-se especificamente à Suprema Corte norte-americana, realiza as seguintes considerações sobre o tema: “O grande mérito da Corte Suprema é sua singular habilitação para determinar e impor os princípios básicos de um sistema democrático, dentro do qual o poder da maioria e os direitos privado precisam equilibrar-se para se alcançarem as metas democráticas sob a pressão de um governo grande e uma sociedade de massa. Não que os juizes sejam, necessariamente, mais

É duvidoso, contudo, que seja assim. O argumento de que o juiz seria mais capacitado do que o legislador para dizer o que é a Constituição se funda em fatos que não são passíveis de demonstração. Outrossim, as características do processo judicial, bem como a especial capacitação técnico-jurídica do juiz, não garantem decisões adequadas frente a temas constitucionais polêmicos como, por exemplo, direito ao aborto, restrições à liberdade de expressão e ação afirmativa.

Não se ignora que a argumentação jurídica é processo racional, que, se não leva à certeza no sentido das ciências exatas ou experimentais, pode chegar a uma verdade aproximada, própria de um saber prático. Entretanto, decisões em casos constitucionais dependem, em grande parte, da escolha entre valores contrapostos, hipóteses nas quais a razão parece faltar, sendo grande o risco de que o ente controlador imponha seus valores sobre os valores do ente controlado¹⁹, o que esbarraria no argumento democrático. Tal óbice é suficiente para impor limites à função de revisão pelos juízes, pelo menos naqueles casos em que não se vislumbre fundamentação suficiente para invalidar a decisão legislativa.

sensatos e sensíveis do que outros em relação a essas necessidades. Vêm-se, porém, colocados numa situação em que são forçados a pensar a respeito delas, e trabalham num contexto que lhes proporciona considerável ajuda nessa missão. Os legisladores e os executivos vêem o povo como massa. Os juízes o vêem como querelantes e querelados individuais. As conseqüências de uma decisão judicial num sentido ou no outro podem ser nitidamente visualizadas, e o raciocínio pode ser controlado por uma avaliação de seus resultados prováveis. Embora crescentemente abarrotada, a agenda judicial proporciona mais tempo para se recorrer ao pensamento, e o produto final é uma opinião raciocinada que precisa fazer sentido aqui e agora, mas também ser compatível com as linhas doutrinárias que remontam às primeiras interpretações das disposições constitucionais em questão." (PRITCHET, C. Herman. *A supremacia judicial de Marshall a Burger*. In: HARMON, M. Judd (Ed.). *Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978. p. 161-162)

¹⁹ É John Hart ELY quem talvez teça a mais ácida crítica à utilização da "razão" como parâmetro de controle judicial de constitucionalidade: "A objeção à 'razão' como caminho para encontrar valores fundamentais é, portanto, melhor colocada frente à alternativa: ou ela é uma fonte vazia, da mesma forma que os 'princípios neutrais' mostraram ser um caminho vazio, ou, se não vazio, é tão flagrantemente elitista e não-democrático que deveria ser rejeitado de imediato. Nossa sociedade não tomou a decisão constitucional de aproximar-se do sufrágio universal somente para dar-lhe as costas e ver impostos valores de profissionais de direito de primeira linha sobre as decisões populares." ("The objection to 'reason' as a source of fundamental values is therefore best stated in the alternative: either it is an empty source, in the same way 'neutral principles' turned out to be an empty source, or, if not empty, it is so flagrantly elitist and undemocratic that it should be dismissed forthwith. Our society did not make the constitutional decision to move to near-universal suffrage only to turn around and have superimposed on popular decisions the values of first-rate lawyers.") (ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 11. imp. Cambridge: Harvard University Press, 1995. p. 59)

Uma das contribuições mais criativas para a questão da legitimidade do controle judicial de constitucionalidade foi dada por John Hart ELY²⁰. Este, reexaminando a nota de número quatro formulada pelo Juiz Harlan Fisk STONE no caso “*Carolene Products Co. v. USA*”, de 1938²¹, defende, em síntese, que a função específica do “judicial review” seria a de promover o funcionamento adequado da democracia, assegurando, em primeiro lugar, a abertura dos canais de participação e de mudanças políticas, e impedindo a tomada de decisões

²⁰ Em *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. 1. ed. 1980.

²¹ Durante a Era “*Lochner*”, iniciada pelo “*leading case*” “*Lochner v. New York*”, de 1905, a Suprema Corte norte-americana invalidou sistematicamente as então nascentes leis de intervenção estatal no domínio econômico, inclusive leis que protegiam os trabalhadores contra abusos de seus empregadores. Assumiu tal postura com base no princípio da razoabilidade, que reputava sediado na norma do devido processo legal (Quinta e décima-quarta emendas à Constituição norte-americana). A Corte estava impregnada pelo liberalismo econômico que vicejou no Século XIX, não tendo se apercebido da mudança dos tempos.

Tal posicionamento, absolutamente condenável e efetivamente condenado pela própria Corte posteriormente, só foi abandonado na década de 30. A partir de então o referido tribunal passou a presumir como constitucional toda legislação de intervenção no domínio econômico.

“*Carolene*” se insere nesta nova linha. O Juiz STONE, apesar de reconhecer a presunção de constitucionalidade que revestiria em geral todo ato legislativo, formulou, na célebre nota de rodapé n.º 4, tese de que, em determinadas hipóteses, tal presunção poderia ser afastada:

“Pode existir um âmbito mais estreito para utilização da presunção de constitucionalidade quando a legislação aparece, evidentemente, compreendida dentro de uma proibição específica da Constituição, tal como aquelas das dez primeiras emendas, as quais são consideradas da mesma forma quando usadas dentro do contexto da Décima-Quarta.

É desnecessário considerar agora se a legislação que restringe estes processos políticos, dos quais ordinariamente se espera que provoquem a repulsa de leis indesejáveis, deve se submeter a um escrutínio judicial mais rigoroso, sob as proibições gerais da Décima-Quarta Emenda, do que os outros tipos de legislação.

Tampouco precisamos investigar agora se considerações similares devem ser feitas na revisão de leis dirigidas a singulares minorias religiosas, nacionais ou raciais, ou se preconceitos contra minorias discretas e insulares devem constituir uma condição especial, que tende a restringir o funcionamento desses processos políticos nos quais se pode ordinariamente confiar para a proteção das minorias, e que podem exigir uma investigação judicial correspondentemente mais inquiridora.”

No original em inglês:

“There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth.

It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation.

Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious or national or racial minorities whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry.” (LOCKHART, William B. *et al. Constitutional law: cases-comments-questions*. 18. ed. St. Paul: West Publ., 1996. p. 18)

contrárias a direitos de minorias que não lograssem participação adequada no processo político-democrático, por sofrerem hostilidade e preconceito por parte da maioria política.

No primeiro caso, a jurisdição constitucional estaria legitimada a eliminar restrições às liberdades básicas, como a de expressão e de acesso à informação, e aos direitos de participação, como o direito ao voto ou ao de ser eleito. Nestas hipóteses, não teria lugar o argumento democrático, uma vez que a atividade judicial teria por objetivo o incremento da democracia. Seria, ainda, temerário outorgar primazia às decisões tomadas pelos órgãos legislativos nessas matérias, uma vez que haveria o risco de que seus componentes buscassem obstaculizar o acesso de outros grupos ao poder político, impedindo mudanças que viessem em seu detrimento²².

No segundo caso, quando estivesse em discussão a constitucionalidade de política pública dirigida a minoria que sofresse hostilidade ou preconceito por parte do resto da comunidade, não se justificaria conceder ao órgão legislativo primazia na interpretação da Constituição, uma vez que ele é o principal representante da maioria hostil. Assim, a cortes deveriam proteger aqueles que não conseguem proteger a si mesmos através dos canais políticos normais²³. A atuação da jurisprudência constitucional, nesta hipótese, também não encontraria restrição no argumento democrático.

Argumenta ELY que este enfoque evitaria que os juízes buscassem, no exercício de sua função, resultados substantivos, com o risco de imposição de

A tese, apenas aventada pelo Juiz STONE, foi largamente adotada pela Suprema Corte em casos posteriores, sendo elemento determinante para a revolução constitucional promovida pela Corte de WARREN (de 1953 a 1969) e, em grau menor, pela Corte de BURGER (1969-1986).

²² "As Cortes devem controlar restrições à liberdade de expressão e a outras atividades políticas porque nós não podemos confiar em nossos representantes eleitos para tanto: aqueles que estão dentro desejam ter certeza de que aqueles que estão fora permaneçam fora." ("Courts must police inhibitions on expression and other political activity because we cannot trust elected officials to do so: ins have a way of wanting to make sure the outs stay out.") (ELY, John Hart, *op. cit.*, p. 106)

²³ "O enfoque busca simplesmente identificar aqueles grupos na sociedade cujas necessidades e desejos nossos representantes eleitos não apresentem interesse em atender. Se o enfoque tem sentido, não seria correto atribuir a efetivação destes para ninguém além das cortes." ("The whole point of the approach is to identify those groups in society to whose needs and wishes elected officials have no apparent interest in attending. If the approach makes sense, it would not make sense to assign its enforcement to anyone but the courts.") (ELY, John Hart, *op. cit.*, p. 151)

seus valores pessoais sobre os valores dos legisladores²⁴. A jurisprudência constitucional enfrentaria apenas questões de maior objetividade, relacionadas a procedimento e participação, afastando obstáculos ao ótimo funcionamento da democracia e invalidando decisões legislativas contrárias a grupos destituídos de representação adequada²⁵.

Interessante notar que a teoria desenvolvida por ELY teve por base concepção procedimental da Constituição norte-americana e a sua visão sobre a

²⁴ "O enfoque aqui recomendado para a jurisdição constitucional é semelhante ao que poderia ser chamado de 'desconfiança' em oposição à orientação 'reguladora' para assuntos econômicos – ao invés de ditar resultados substantivos, ela intervém somente quando o 'mercado', no caso o mercado político de idéias, está sistematicamente funcionando mal (uma analogia 'arbitral' não se encontra tão distante: o árbitro deve intervir somente quando um time está ganhando uma vantagem injusta, e não quando o time 'errado' marcou ponto). (...) Em uma democracia representativa, as escolhas de valores devem ser feitas pelos representantes eleitos, e se, de fato, a maior parte de nós as desaprovar, poderemos retirá-los, através do voto, de seu ofício. Mau funcionamento ocorre quando o 'processo' está carente de confiança, quando (1) os que estão dentro estão bloqueando os canais de mudanças políticas para assegurar que eles permaneçam dentro e os que estão fora permaneçam fora, ou (2) mesmo que ninguém esteja privado verdadeiramente de voz ou voto, os representantes eleitos, devedores da maioria efetiva, estão sistematicamente deixando em desvantagem alguma minoria mantida fora por simples hostilidade ou recusa preconceituosa em reconhecer interesses em comum, e desse modo privando tal minoria da proteção concedida a outros grupos em um sistema representativo." No original: "The approach to constitutional adjudication recommended here is akin to what might be called an 'antitrust' as opposed to 'regulatory' orientation to economic affairs - rather than dictate substantive results it intervenes only when the 'market', in our case the political market, is systemically malfunctioning. (A referee analogy is also not far off: the referee is to intervene only when one team is gaining a unfair advantage, not because the 'wrong' team has scored.) (...) In a representative democracy value determinations are to be made by our elected representatives, and if in fact most of us disapprove we can vote them out of office. Malfunction occurs when the 'process' is undeserving of trust, when (1) the ins are choking off the channels of political change to ensure that they will stay in and the outs will stay out, or (2) though no one is actually denied a voice or a vote, representatives beholden to an effective majority are systematically disadvantaging some minority out of simple hostility or a prejudiced refusal to recognize commonalities of interest, and thereby denying that minority the protection afforded other groups by a representative system." (ELY, John Hart, *op. cit.*, p. 102-103).

²⁵ Além de Ely, Habermas e Häberle, entre outros, também defendem concepção procedimental de jurisdição constitucional, entretanto com peculiaridades próprias. Para o primeiro dos autores germânicos, a Corte Constitucional deve "entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. A função da Corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador político." (CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 213). Já a concepção ampla de intérpretes da Constituição adotada pelo segundo transforma a Corte Constitucional em mediadora de experiências constitucionais. A intensidade do controle varia de acordo com a intensidade da participação popular na gênese da lei (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997. especialmente p. 44-46.)

jurisprudência da Suprema Corte americana, durante a célebre Corte de WARREN²⁶.

Lawrence TRIBE desenvolveu agudas críticas ao modelo propugnado por ELY²⁷. A mais severa relaciona-se ao fracasso do principal intento de ELY, que era o de eximir a jurisprudência constitucional de realizar escolhas entre valores substantivos, em detrimento das escolhas do legislador.

Argumenta que, mesmo no modelo procedimental de jurisdição constitucional, propugnado por ELY, seria inevitável que o juiz procedesse a escolhas entre valores substantivos nem sempre coincidentes com as do legislador. Tome-se, como exemplo, o direito de voto. Decisões relativas a quem deve votar (se os menores, os estrangeiros, os condenados a sanções penais, ou apenas os proprietários) não se resolvem sem o recurso a valores substantivos. O princípio “um homem, um voto” adotado pela Suprema Corte em “*Reynolds v. Sims*”²⁸, de 1964, resultaria não de “limpeza” de canais de mudança políticos, mas, sim, de aplicação do princípio da igualdade nessa seara²⁹, este sempre orientado por valores substantivos (Quem são os iguais e os desiguais? Quais desigualdades são relevantes juridicamente?).

Com relação à censura de atos contrários a determinadas minorias, observa que, em regime democrático, sempre existirão perdedores e vencedores, sendo necessário algo mais do que meramente questões de participação e procedimento para a identificação dos grupos merecedores de proteção judicial. A sociedade hostiliza tanto homossexuais como ladrões. Isso não significa, entretanto, que os dois grupos merecem especial proteção por parte das Cortes. Para realizar a diferenciação, é necessária a valoração das condutas ou

²⁶ Sobre a Corte de WARREN existe vasta bibliografia em língua inglesa (entre outros: HORWITZ, Morton F. *The Warren Court and the pursuit of Justice*. New York: Hill and Wang, 1998; TUSHNET, Mark (Ed.). *The Warren Court in historical and political perspective*. Charlottesville: University of Press of Virginia, 1993). Mais acessível ao leitor pátrio é o livro de cunho jornalístico de WOODWARD, Bob ; ARMSTRONG, Scott. *Por detrás da Suprema Corte*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. Embora escrito sobre a Corte seguinte, a de BURGER, contém relevantes informações sobre a Corte de WARREN.

²⁷ TRIBE, Lawrence H. *Constitutional Choices*. Cambridge: Harvard University, 1985, especialmente p. 9-20. Críticas a respeito do fracasso do intento de ELY também podem ser encontradas em DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University, 1985, p. 57-61. Enrico ALONSO GARCIA, outrossim, apresenta, além de relato sintético das idéias de ELY, síntese das principais críticas contra elas formuladas (ALONSO GARCIA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 328-346).

²⁸ LOCKHART, William B. *et al.*, *op.cit.* p. 1.329-1.335.

²⁹ TRIBE, Lawrence H., *op. cit.*, p. 13-14.

características que identificam um ou outro grupo, distinguindo qual deles está exercendo atividade protegida pela Constituição³⁰.

Embora a teoria de ELY seja tentadora, por buscar a conciliação da jurisprudência constitucional com a democracia, não pode ser aceita sem reservas. Suas deficiências impedem que seja adotada como justificativa definitiva do controle judicial de constitucionalidade. Outrossim, se correta, a jurisdição constitucional teria que se afastar de áreas nas quais não estivessem envolvidos problemas de mau-funcionamento da democracia, o que importaria em redução de seu campo de atuação presente (pelo menos, nos Estados Unidos, Alemanha, Espanha e Brasil). De todo modo, o valor de sua contribuição não pode ser ignorado, podendo ela ser utilizada de outra maneira, conforme adiante se tentará demonstrar.

A questão da legitimidade da jurisdição constitucional fica aqui em aberto. Não é objeto específico deste trabalho, e talvez seja de solução impossível.

A melhor justificação talvez tenha sido enunciada por GARCIA DE ENTERRÍA³¹. A legitimidade da jurisdição constitucional decorreria dos resultados gerais por ela alcançados, e não de demonstração de sua perfeita adequação em regimes democráticos. Seria produto de uma simples opção política, que não poderia perder de vista a realidade e o que a prática constitucional revelam.

Os críticos da jurisdição constitucional estão corretos ao afirmarem que inexistem garantias de que as decisões desta sejam melhores que as dos órgãos legislativos. É certo, também, que os juízes podem invalidar decisões legislativas em conformidade com ampla vontade popular, o que é criticável em uma democracia. Entretanto, não pode ser ignorado que as decisões dos órgãos legislativos nem sempre correspondem às expectativas populares, podendo até mesmo exercer papel de bloqueio, por longa data, dos anseios de amplas camadas da população, talvez mesmo da maioria. É principalmente nessas circunstâncias que a jurisprudência constitucional pode mostrar seu valor,

³⁰ *Idem*, p.16.

³¹ "Nuestro argumento esencial para esa réplica es éste: la cuestión ha sido ya juzgada por el Tribunal de la Historia, ante el cual la justicia constitucional no sólo ha sido absuelta de tan graves cargos, sino que se ha afianzado definitivamente como una técnica quintaesenciada de gobierno humano." (GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1991. p. 173).

tornando-se um veículo adequado para fazer prevalecer estes anseios, rompendo bloqueio imposto por uma elite política.

É necessário, todavia, cercar esta atividade com determinadas garantias, reduzindo riscos de uma eventual ditadura judicial. Entre essas garantias, em grande parte já disseminadas, pode ser citada a proibição de atuação de ofício, a exigência de fundamentação da decisão judicial, a exigência da imparcialidade da autoridade judiciária e a proibição de que esta exerça atividade político-partidária.

Poder-se-ia considerar inútil toda esta digressão acerca da legitimidade da jurisdição constitucional, uma vez que o modelo de controle judicial de constitucionalidade já se encontra delineado na Constituição brasileira, não havendo o que discutir em trabalho que pretende analisar o quadro constitucional e legal existente. Não obstante, deve ser lembrado que, apesar da positivação na Constituição do controle judicial de constitucionalidade, encontram-se em aberto questões relativas ao seu alcance e profundidade, para as quais são de máxima importância as considerações anteriormente feitas.

O operador do direito pode assumir posição restritiva frente ao controle judicial de constitucionalidade caso confira peso relevante ao argumento democrático. Nesse caso, a censura judicial de ato legislativo só estará legitimada quando estiver presente inconstitucionalidade evidente.

Pode, entretanto, assumir posição semelhante a de DWORKIN, confiante na capacidade da jurisdição constitucional, e reputar legitimada a intervenção judicial na atividade legislativa sempre que não forem coincidentes interpretação legislativa e judicial, exigindo, obviamente, a correção desta última.

Na esteira de ELY, pode reputar legitimado o controle judicial apenas nas hipóteses de mau-funcionamento do sistema democrático.

No momento próprio, será apresentada a opção do autor desta dissertação. De resto, diante da problemática demonstração da legitimidade da jurisdição constitucional, torna-se premente a busca de um método adequado de interpretação da Constituição, a fim de que os juízes possam encontrar respostas corretas acerca de seu significado, tornando possível a invalidação de respostas incorretas, encontradas por outros poderes públicos, o que leva ao próximo capítulo.

3 INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

3.1 ABERTURA DA CONSTITUIÇÃO E MÉTODO

Em sociedade aberta, que tem como valor central o pluralismo, os tribunais não podem pretender o monopólio da função de interpretação da Constituição.

É Peter HÄBERLE³², com sua “sociedade aberta dos intérpretes da constituição” e sua especial concepção de “interpretação”, quem confere a devida amplitude ao círculo dos intérpretes da Constituição:

“O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la (*Wer die Norm ‘lebt’, interpretier sie auch (mit)*). Toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada.”³³

E, em virtude do argumento democrático, o legislador seria o interlocutor mais autorizado da sociedade para dizer o que significa a Constituição.

As intervenções da jurisprudência constitucional dependem, então, da demonstração de que a interpretação legislativa não é a mais correta.

Daí a necessidade de se buscar um método adequado de interpretação da Constituição, tornando legítima a interferência judicial.

O método não pretende a busca da verdade, no sentido de uma resposta absoluta e única aos desafios oferecidos pelo texto constitucional. Apenas uma resposta adequada acerca do significado de determinado dispositivo constitucional no contexto em que se insere.

³² Não é necessário, para fins deste trabalho, examinar aqui a rica contribuição de HÄBERLE para a interpretação da Constituição. Cabe, porém, destacar que sua concepção procedimental de Constituição e da interpretação desta tem reflexos diretos para técnica de decisão no controle judicial de constitucionalidade das leis (HÄBERLE, Peter, *op. cit.* especialmente p. 44-46).

³³ HÄBERLE, Peter, *op. cit.* p. 13-14.

A seguir, far-se-ão breves considerações pontuais, mas obrigatórias, em se tratando da interpretação da Constituição.

3.2 PRINCÍPIOS E REGRAS

É corrente em Direito a classificação das normas jurídicas em diferentes espécies. Assim, por exemplo, as normas são distinguidas por seu conteúdo, sua eficácia ou sua estrutura.

Tem relevante papel para o Direito Constitucional a distinção comumente feita entre princípios e regras, como espécies de normas jurídicas³⁴. As regras regulam situações específicas e determinadas, enunciando os pressupostos necessários para sua aplicação. Já princípios constituem apenas “standards” ou “diretrizes”, pontos de vista que precisam ser considerados por seus destinatários, mas que não estabelecem as condições necessárias para sua aplicação, destinando-se a uma série absolutamente indeterminada de situações³⁵.

Esta característica torna a interpretação dos princípios muito mais flexível do que a das regras. Para o Direito Constitucional, essa flexibilidade tem elevada importância, uma vez que o intérprete, em não raras hipóteses, depara com normas constitucionais contrapostas. Se estas forem reputadas regras, a colisão

³⁴ Há discussão terminológica: “princípio” pertenceria ao gênero “normas”, ou esta designação caberia exclusivamente às “regras”? A questão terminológica não é tão importante desde que, guardadas as diferenças entre regras e princípios, não se retire o caráter também obrigatório destes últimos. Sem olvidar a importância do rigor terminológico para a ciência, tomam-se de empréstimo as palavras de John LOCKE, que, ao elaborar sua teoria da separação de poderes e por não estar muito satisfeito por denominar de “poder federativo” aquele que deteria a função de declarar guerra e paz, celebrar tratados e transações com “comunidades estranhas” à sociedade, declarou: “Se entenderem a questão, fico indiferente ao nome.” (LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano. Segundo tratado sobre o governo*. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 273.)

³⁵ “La distinción esencial parece ser la siguiente: las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para ‘tomar posición’ ante situaciones concretas pero que ‘a priori’ aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de ‘supuesto de hecho’, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles ‘reaccionar’ ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance.” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997. p. 110-111).

será de difícil solução, pois se trata de normas de mesma hierarquia jurídico-formal e, no mais das vezes, editadas concomitantemente, não sendo invocáveis os critérios hierárquico ou temporal como forma de solução. Se, entretanto, forem reputadas princípios, o intérprete poderá resolver o conflito devido à flexibilidade a estes inerente, verificando qual deles deve prevalecer diante da situação concreta, hipotética ou real, que tem à sua frente. Conflitos entre princípios são resolvidos na dimensão do peso, conforme se verá adiante.

A flexibilização, entretanto, não deve resultar na diminuição da força normativa dos princípios. Estes têm que ser obrigatoriamente considerados e sopesados antes da tomada de decisão. O intérprete não é livre para deixá-los de lado³⁶.

Outrossim, a tarefa do intérprete é otimizar os princípios, buscando a sua máxima realização. Robert ALEXY, distinguindo princípios e regras, acentua que os primeiros constituem “mandatos de otimização”:

“El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.”³⁷

Compreendidos nestes termos, resta excluído, ou, pelos menos, sensivelmente reduzido, o risco de dissolução da força jurídica dos princípios.

Doutro lado, o grau de generalidade dos princípios propicia a abertura necessária para a sua constante atualização, de acordo com a mutação do contexto em que se inserem.

³⁶ “No parece que esto justifique la conclusión de que los jueces que tratan con principios tengan discreción porque un conjunto de principios puede imponer un resultado. Si un juez cree que los principios que está obligado a reconocer apuntan en una dirección y que los principios que apuntan en otra, si los hay, no tienen el mismo peso, entonces debe decidir de acuerdo con ello, así como debe seguir lo que él cree que es una norma obligatoria. Por cierto que puede equivocarse en su evaluación de los principios, pero también puede equivocarse al juzgar que la norma es obligatoria.” (DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, 1995, p. 89).

³⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 86.

Aqui vale a conhecida distinção feita por DWORKIN entre “conceito” e “concepção”³⁸. Segundo o citado autor, as normas constitucionais teriam sido formuladas em linguagem vaga em virtude de decisão deliberada dos constituintes. Estes, quando editaram normas como a do “devido processo legal” ou da “igualdade”, não quiseram impor concepção determinada acerca do significado dessas cláusulas. Dessa forma, o intérprete não ficaria vinculado às concepções que os constituintes tiveram em mente quando da edição das normas. Para esclarecer, DWORKIN cita o exemplo do pai que orienta seu filho a não tratar injustamente os outros seres humanos. O pai, embora possa ter em mente concepção determinada dos comportamentos que pretende evitar, não deseja que sua orientação se limite a estes, devido à inesgotabilidade de situações com as quais seu filho pode deparar. Da mesma forma, também não exclui a possibilidade de que seu filho o convença da justiça ou injustiça de determinado ato, que, abstratamente e segundo a concepção determinada que tinha em mente, lhe parecia injusto ou justo, respectivamente.

Quer DWORKIN demonstrar a falácia do “originalismo”, teoria defendida amplamente nos Estados Unidos, que pretende que a interpretação das normas constitucionais tenha por base apenas as concepções ou significados que os constituintes tinham em mente quando de sua formulação.

Há de se destacar que o “originalismo” não logra formular justificativa adequada para o decidido pela Suprema Corte norte-americana em “*Brown v. Board of Education*”³⁹, de 1954, o que é grave, pelo menos nos Estados Unidos, dada a celebridade de tal decisão. Em “*Brown*”, a Suprema Corte liderada pelo Chief Justice EARL WARREN reputou contrário ao princípio da igualdade, “*equal protection of the law*”, o regime de segregação racial escolar ainda predominante no sul dos Estados Unidos da América, ordenando, por conseguinte, a adoção de larga política pública de dessegregação. Saliente-se que o princípio da igualdade havia sido inserido na Constituição norte-americana pela Décima-Quarta Emenda, de 1868, e que os componentes do Congresso de então, que também editavam leis para o Distrito de Columbia, no qual ficava a sede do Governo Federal, haviam, na mesma legislatura, adotado regime de escolas segregadas no referido

³⁸ DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, 1995, p. 213-214.

³⁹ LOCKHART, William B. *et al.*, *op. cit.* p. 1.171-1.174.

distrito. Portanto, a segregação não era inconstitucional de acordo com a concepção dos autores da emenda. WARREN ainda teve que enfrentar o precedente “*Plessy v. Ferguson*”, de 1896, quando a Suprema Corte havia reputado compatível com o princípio da igualdade a segregação nos transportes ferroviários, fazendo-o nos seguintes termos:

“Na abordagem deste problema, nós não podemos voltar nossos relógios para 1868 quando a Emenda foi adotada, ou, ainda, para 1896 quando ‘*Plessy*’ foi decidido. Nós devemos considerar a educação pública à luz de seu completo desenvolvimento e seu lugar presente no modo de vida americano por toda a Nação. Só por este caminho pode ser determinado se a segregação nas escolas públicas priva os reclamantes da igual proteção da lei.”⁴⁰

Assim, a estrutura aberta das normas constitucionais torna possível a utilização destas para resolver problemas do presente, eventualmente nem pensados pelos constituintes. Embora as regras também apresentem certo grau de “abertura”⁴¹, são os princípios, dada a sua maior generalidade e indeterminação, que têm papel destacado nesta seara.

Nem sempre é fácil distinguir na Constituição o que é princípio e o que é regra. Mesmo uma norma versada em linguagem bastante determinada pode, eventualmente, ser interpretada como um princípio, diante da necessidade de compatibilizá-la com outra norma de idêntica hierarquia e a ela contraposta em caso concreto.

A propósito desse tema, é valioso buscar exemplo na interpretação defendida por HUGO L. BLACK, um dos maiores juizes da Suprema Corte norte-americana de todos os tempos, para a Primeira Emenda à Constituição, a que

⁴⁰ “In approaching this problem, we cannot turn the clock back to 1868 when the Amendment was adopted, or even to 1896 when *Plessy* was written. We must consider public education in the light of its full development and its present place in America life throughout the Nation. Only in this way can it be determined if segregation in public schools deprives these plaintiffs of the equal protection of the laws.” (LOCKHART, William B. *et al.*, *op. cit.*, p. 1.173.)

⁴¹ Herbert L. H. HART evidencia a textura aberta de qualquer regra do direito tão só em virtude das características inerentes à linguagem humana: “Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que actuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como ‘textura aberta’. Até aqui, apresentamos tal, no caso da legislação, como um aspecto geral da linguagem humana; a incerteza na linha de fronteira é o preço que deve ser pago pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação que respeite a questões de facto. As línguas naturais como o inglês têm irredutivelmente uma textura aberta, quando usadas deste modo.” (HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986. p. 140-141.)

protege a liberdade de expressão. BLACK, diante dos termos empregados pelo constituinte (“*Congress shall make no law ... abridging the freedom of speech, or of the press*”), argumentava que a referida liberdade fundamental não poderia sofrer qualquer espécie de restrição, mesmo frente a outras normas constitucionais ou princípios como o da razoabilidade. O constituinte, segundo BLACK, já teria realizado toda a ponderação entre os interesses em jogo, optando por veicular proibição absoluta de qualquer medida restritiva da liberdade de expressão. A única restrição admissível decorreria da diferenciação entre “speech” e “conduct”. Só quando houvesse mais ação do que propriamente discurso, e com risco da subversão da ordem social, estaria o Governo legitimado a agir. A interpretação de BLACK sobre a primeira emenda, conquanto não adotada na íntegra pela Suprema Corte, contribuiu para que os direitos constantes na primeira emenda fossem guindados a uma posição privilegiada⁴². É relevante destacar que a proteção concedida pela Suprema Corte a esses direitos, entre os quais a liberdade de expressão, foi mantida mesmo durante a perseguição anticomunista, levada a cabo pelo Senador Joseph R. MCARTHY⁴³.

É, contudo, problemático não admitir restrições às normas constitucionais, mesmo as que veiculem direitos fundamentais. Tomando-se como exemplo a Constituição brasileira, não pode haver compatibilização possível entre liberdade

⁴² Sobre o papel de BLACK na jurisprudência da Suprema Corte, recomenda-se a leitura de FREYER, Tony. *Hugo L. Black and the Warren Court in retrospect*. In: TUSHNET, Mark (Ed.). *The Warren Court in historical and political perspective*. Charlottesville: University Press of Virginia, 1995. p. 86-105.

⁴³ Sobre a Suprema Corte e o macartismo, ver HORWITZ, Morton F., *op. cit.*, 52-73. Esclareça-se que a Corte assumiu postura mais incisiva contra o macartismo apenas a partir de 1962. No período anterior, constam decisões desfavoráveis e favoráveis à perseguição aos comunistas. A respeito das decisões da Corte de Warren sobre a liberdade de expressão, vale destacar: a) “*New York Times Co. v. Sullivan*”, de 1964, no qual a Suprema Corte defendeu que “o debate de assuntos públicos deve ser sem inibições, robusto, amplo, e pode incluir ataques veementes, cáusticos e, algumas vezes, desagradáveis, ao governo e às autoridades governamentais” (“*debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open, and that it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials*”) (LOCKHART, William B. *et. al.*, *op. cit.*, p. 666.), exigindo, ainda, para condenação de jornal por veicular notícia falsa, a prova de que se agia com conhecimento da falsidade; e b) “*Brandenburg v. Ohio*”, de 1969, no qual a Suprema Corte estabeleceu que “as garantias constitucionais de liberdade de expressão e imprensa não permitem que um Estado proíba ou proscra a defesa do uso da força ou a violação da lei exceto quando tal defesa é dirigida a incitar ou produzir iminentes ações ilegais e é apta a incitar ou produzir tais ações” (“*the constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action*”) (LOCKHART, William B. *et. al.*, *op. cit.*, p. 657.)

de expressão e direito à intimidade se não admitidas restrições recíprocas entre uma e outra. Nessa e em outras hipóteses, parece inevitável o recurso a certa relativização, sem que o intérprete olvide, porém, que tem o dever de buscar a otimização da norma constitucional. Também não deve ser ignorado que a linguagem empregada pelo constituinte deve exercer papel relevante nesta seara. Normas em que são utilizados termos bastante determinados ou que não autorizam expressamente a criação de exceções pelo legislador ordinário devem comportar “flexibilização” em grau menos elevado do que as demais.

3.3 PRINCÍPIOS E PROGRAMAS

Também é corrente em Direito Constitucional a distinção entre normas que veiculam princípios e normas que veiculam programas de ação, a serem desenvolvidos pelos poderes públicos.

A Constituição brasileira adotou tal distinção, estando elencados, em seu art. 1.º, os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, e, em seu art. 3.º, os objetivos fundamentais desta.

Questão que se coloca é se existiria distinção, quanto ao regime jurídico, entre princípios e programas. Se não existirem diferenças relevantes entre essas normas, com relação, por exemplo, a sua eficácia ou função, a distinção seria meramente didática, relacionada ao seu conteúdo.

DWORKIN, aqui invocado mais uma vez, realiza distinção da espécie. Os programas veiculariam objetivos comunitários a serem alcançados, como desenvolvimento econômico ou soberania nacional. Princípios representariam “standards”, decorrentes de exigências éticas e de justiça. Argumenta que os juízes, diante de casos concretos, só poderiam invocar os princípios como razões de decidir, deixando de lado os programas, sob pena de incorrer em postura ilegítima. Em “*A matter of principle*”, embora servindo-se de outra terminologia, esclarece a distinção e sua opinião:

“O debate negligencia importante distinção entre dois tipos de argumentos políticos com os quais juízes podem contar para atingir suas decisões. Esta é a distinção (que eu tentei explicar e defender alhures) entre argumentos de princípios políticos que apelam aos direitos políticos de cidadãos individuais, e

argumentos de política comunitária que reclamam decisão particular que irá promover alguma concepção de bem-estar geral ou interesse público. A visão correta, eu acredito, é que juízes repousam e deveriam repousar seus julgamentos de casos controversos em argumentos de princípios políticos, e não em argumentos de política comunitária.”⁴⁴

Cumprido destacar que DWORKIN, com tal distinção, busca principalmente legitimar a jurisprudência constitucional, mantendo-a alheia à “política”.

Sua teoria não deve ser compreendida no sentido de que o juiz deve permanecer alheio às conseqüências práticas de sua decisão. É certo que a constitucionalização de determinados direitos só pode ser compreendida como tentativa de mantê-los à margem da política ordinária, esta, por sua vez, veiculada principalmente em atos legislativos. Esse fato, por si só, já afasta a possibilidade de restrição de direito fundamental em virtude de qualquer interesse comunitário. Entretanto, a Constituição que assegura os direitos fundamentais é a mesma que institui a lei como a forma mais legítima de expressão da vontade popular. “Tanto la ley como los derechos”, nos dizeres de ZAGREBELSKY, “tienen su propia (no necesariamente la misma) dignidad constitucional.”⁴⁵ Os juízes, da mesma forma que os legisladores, não podem permanecer alheios à constante tensão entre direitos do indivíduo e interesses comunitários, devendo buscar o equilíbrio possível. Isso não significa, entretanto, a submissão dos direitos individuais aos interesses da sociedade. Como já se alertou, a sua inserção em texto constitucional e a vinculação do legislador à Constituição é suficiente para lhes conferir prioridade, imunizando-os contra restrições decorrentes de interesses comunitários ordinários.

A distinção realizada por DWORKIN deve ser compreendida em conexão com a teoria de “direitos” por ele propugnada. Para DWORKIN, decisões acerca da existência de “direitos” não são tomadas com base em argumentos relativos à política comunitária, por exemplo argumentos de cunho “utilitarista”, de que haveria incremento no bem-estar social caso reconhecido tal ou qual direito.

⁴⁴ “The debate neglects an important distinction between two kinds of political arguments on which judges might rely in reaching their decisions. This is the distinction (which I have tried to explain and defend elsewhere) between arguments of political principle that appeal to the political rights of individual citizens, and arguments of political policy that claim that a particular decision will work to promote some conception of the general welfare or public interest. The correct view, I believe, is that judges do and should rest their judgments on controversial cases on arguments of political principle, but not in arguments of political policy.” (DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p.11)

Decisões acerca de direitos, que na concepção do Autor seriam triunfos políticos nas mãos dos indivíduos⁴⁶, são tomados com base em argumentos de princípios morais e de justiça, a serem desenvolvidos segundo uma concepção do Direito como integridade⁴⁷.

Faça-se, porém, a ressalva de que não parece ser possível o alheamento dos juízes em relação a argumentos de política comunitária em Constituições que veiculam expressamente programas de ação pública, dada a unidade do ordenamento jurídico. Em Constituições dirigentes, há, no mínimo, direito difuso à invalidação de políticas públicas incompatíveis com os programas constitucionais, sendo possível, ainda, aventar direito difuso ao desenvolvimento e efetivação judicial desses programas, inclusive mediante o reconhecimento de direitos deles derivados e dentro de limites que serão posteriormente abordados.

Assim, a não ser que aceita a teoria de “direitos” de DWORKIN⁴⁸, inexistiria distinção entre programas e princípios, sendo então necessário reconhecer que ambas as normas devem merecer o mesmo tratamento pelos operadores do direito, inclusive em relação a sua eficácia e função no ordenamento jurídico.

⁴⁵ ZABREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, p. 58.

⁴⁶ “Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva nos es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio.” (DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 37.)

⁴⁷ “Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade.” (DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 305.)

⁴⁸ Acredita-se que DWORKIN realiza problemática distinção entre Direito e Política a fim de legitimar a atividade jurisdicional. Talvez argumentos de política comunitária tenham, realmente, um papel limitado na argumentação jurídica. Entretanto, é possível legitimar a jurisdição, especialmente a constitucional, distinguindo-a da pura atividade política, como a desenvolvida pelo Legislativo, com base em outros fundamentos, como a forma diferenciada da produção do Direito de um e do outro ramo do Poder, sem a necessidade de se recorrer à problemática distinção, com o que esta perderia sua razão de ser. Mais adequada parece ser a relação de precedência “prima facie” dos direitos frente aos bens coletivos defendida por Robert ALEXY, que decorreria da necessidade de se levar em sério o indivíduo como tal: “El concepto de tomar en serio no implica que las posiciones de los individuos no puedan ser eliminadas o restringidas en aras de bienes colectivos pero sí que para ello tiene que ser posible una justificación suficiente. ... En ambos casos, el postulado de tomar en serio al individuo – que ha de ser explicitado a través de la exigencia de una justificación suficiente – exige la precedencia del derecho individual. ... Existe, pues, una precedencia general ‘prima facie’ en favor de los derechos individuales. Esta precedencia ‘prima facie’ se expresa en una carga de la argumentación en favor de los derechos individuales y en contra de los bienes colectivos.” (ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997, p. 207.)

3.4 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO

Interpretação e aplicação são atividades indissociáveis. O significado do texto normativo só pode ser plenamente atingido recorrendo-se aos dados fornecidos pela realidade ao qual ele se dirige e pelo problema que se quer resolver⁴⁹.

A solução de uma questão jurídica demanda um “ir e vir de perspectiva”, um verdadeiro “círculo hermenêutico”, entre o texto normativo e a realidade que se pretende regular⁵⁰. A compreensão de um e a do outro encontram-se reciprocamente vinculadas.

Tal vinculação, sempre presente, é tanto maior se a norma possui elevado grau de indeterminação, o que não é incomum em se tratando de normas constitucionais.

Normas como a que garante o devido processo legal ou a que veicula o princípio da igualdade não podem ser interpretadas sem o recurso a elementos não constantes no texto constitucional. É certo que outras normas constitucionais e mesmo infraconstitucionais podem contribuir para sua correta compreensão. Não fornecerão, entretanto, todos os elementos necessários.

No segundo caso, por exemplo, respostas a questões como quem são os iguais e quem são os desiguais, ou quando está ordenado tratamento igual ou quando está ordenado tratamento desigual, não podem ser encontradas sem o recurso aos dados da realidade para a qual são postas.

⁴⁹ Para Friedrich MÜLLER, a concretização da norma constitucional, ou seja, a “norma de decisão do caso”, seria produto da interação entre dois componentes da norma, que gozariam de idêntica importância para o intérprete: o “programa da norma”, representado pelo teor literal, juntamente com todos os recursos interpretativos do texto constitucional, e o “domínio ou âmbito da norma”, a estrutura do segmento da realidade social regulada pelo programa da norma. (MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem e violência: elementos de uma teoria constitucional*, I, Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 42-43). Konrad HESSE, por sua vez, também adverte que “a concretização do conteúdo de uma norma constitucional e sua realização são, por conseguinte, somente possíveis com o emprego das condições da ‘realidade’, que essa norma está determinada a ordenar.” (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 50-51) “Concretização” talvez pudesse ser utilizada neste trabalho como correspondente a “desenvolvimento e efetivação”; preferiram-se, porém, estes últimos termos, que refletem tanto o caráter criativo da interpretação da Constituição, como o compromisso em torná-la realidade.

⁵⁰ Sobre o “círculo hermenêutico”, ver LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 336-337.

Para preenchimento dos espaços deixados pela norma, vale o recurso a argumentos extraídos da história, de concepções políticas e filosóficas existentes na comunidade, e, principalmente, da prática constitucional. Ressalte-se: “prática constitucional” em uma “sociedade aberta de intérpretes”.

Quais desses argumentos podem ser validamente invocados é questão que não pode ser resolvida “a priori”. Em alguns casos, a validade de determinado argumento dependerá da natureza do órgão que realiza a interpretação. O legislador, dado o seu papel de primazia na interpretação da Constituição, dispõe de espectro mais amplo de razões de decidir do que os juízes, principalmente porque estes, se existir decisão legislativa prévia, estarão a ela vinculados, salvo se lograrem demonstrar, através de fundamentação suficiente, o seu equívoco.

3.5 COLISÕES ENTRE NORMAS CONSTITUCIONAIS

Mencionou-se de passagem que as normas constitucionais não raramente podem apontar soluções diferentes para um mesmo problema jurídico.

A liberdade de expressão (art. 5.º, IV e IX) pode, por exemplo, contrapor-se ao direito à intimidade (art. 5.º, X), assim como a vedação à utilização de provas ilícitas em processo (art. 5.º, LVI) pode contrapor-se ao direito de defesa (art. 5.º, LV). Também pode ocorrer conflito entre norma constitucional que veicule direito fundamental (art. 170, parágrafo único) com outra que veicule algum objetivo comunitário (art. 170, IV).

Tendo em vista que inexistente hierarquia jurídico-formal entre essas normas e que o critério temporal é, em geral, inócuo para a solução do conflito, o intérprete necessita realizar a compatibilização possível. O princípio da unidade da Constituição e o da efetividade⁵¹ obrigam-no a buscar a máxima realização de ambas as normas constitucionais, dentro das possibilidades do caso concreto.

Diante de situação determinada, hipotética ou concreta, o intérprete pode ver-se obrigado a dar prevalência a uma norma frente a outra, isso só quando não for possível solução absolutamente conciliadora entre elas.

A colisão entre normas constitucionais contrapostas resolve-se na dimensão do “peso”, seguindo a regra de solução de conflitos entre princípios, conforme lição de ROBERT ALEXY:

“Cuando dos principios entran en colisión - tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido - uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios - como sólo puede entrar en colisión principios válidos - tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.”⁵²

Antevendo a possibilidade de ocorrência de conflitos entre as normas constitucionais, o legislador pode, previamente, estatuir regras para sua solução. A criminalização de condutas como calúnia, injúria e difamação constitui exemplos destas, tendo, neste caso, o legislador realizado opção pelo direito à honra, em detrimento da liberdade de expressão.

Nos vazios deixados pelo legislador, cabe ao juiz solucionar eventual conflito. Outrossim, devido ao sistema judicial de controle de constitucionalidade, também tem o juiz o dever de apreciar o acerto das soluções aventadas pelo legislador.

Se o conflito, porém, se resolve na dimensão do peso, é grande o risco de as preferências pessoais do intérprete influenciarem de forma indevida na solução do caso. Daí ser valiosa a busca de pontos de vista “a priori” para a solução do conflito.

Em primeiro lugar, não devem ser olvidados os métodos tradicionais de interpretação jurídica. As interpretações literal, histórica, teleológica e sistemática podem fornecer pontos de vista valiosos para a solução do conflito.

A obrigação de o intérprete buscar a solução ótima para o conflito, conferindo a máxima efetividade às normas constitucionais, fornece outra diretriz a ser seguida, além de reduzir os riscos de que a flexibilização permitida pela

⁵¹ Princípios dos quais se falará adiante.

⁵² ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 89.

compreensão das normas como “princípios” resulte em esboroamento de sua força normativa.

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, bem como a proibição de violação do núcleo essencial do bem protegido constitucionalmente, também fornecem elementos mais objetivos para a solução do conflito.

Também não pode ser ignorada a prática constitucional existente em uma “sociedade aberta de intérpretes da constituição”. O legislador e, principalmente, a jurisdição constitucional não devem pretender impor sua especial concepção de bem comum ou de vida digna à sociedade pluralista. Os valores a serem realizados são aqueles próprios de um Estado Democrático de Direito, de uma comunidade na qual prevalecem o pluralismo e a tolerância e comprometida essencialmente com a preservação da ordem constitucional.

Ainda a esse respeito, os juristas têm procurado formular princípios que forneçam orientações ao intérprete da Constituição. Tal contribuição é valiosa, pois reduz a margem de liberdade deixada ao intérprete, diminuindo o risco de arbítrio. Deles se ocupará o próximo tópico.

Por último, cabe aqui dizer que também é possível admitir conflitos entre normas constitucionais e normas infraconstitucionais que não resultem, necessariamente, na invalidação destas últimas. Conforme já se disse, a lei possui por si só dignidade constitucional, podendo inovar na ordem jurídica. O legislador encontra-se, portanto, autorizado a perseguir outras finalidades além daquelas previstas no texto constitucional, desde que, obviamente, elas não sejam com este diretamente incompatíveis. Se as normas constitucionais são daquelas passíveis de certa flexibilização, podem sofrer restrições em virtude dessas finalidades perseguidas pela lei. Nesse caso, todavia, a solução de eventual conflito tenderá a favor do bem jurídico protegido constitucionalmente, dada a sua prioridade, podendo, excepcionalmente, à luz do princípio da proporcionalidade, ocorrer o contrário⁵³.

3.6 PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

É tarefa dos operadores jurídicos a formulação de princípios de interpretação do Direito, a fim de reduzir o espaço deixado à subjetividade do intérprete.

Tal tarefa se torna mais premente no Direito Constitucional pela natureza vaga e indeterminada de grande parte das normas constitucionais, e, ainda, para conferir pontos de apoio para que possam ser distinguidas as interpretações corretas das incorretas, de acordo com o momento histórico, o que é de elevada importância para legitimar a jurisdição constitucional.

Luís Roberto BARROSO⁵⁴ elenca vários princípios de interpretação da Constituição. São, em breve síntese:

- a) princípio da supremacia da Constituição – “toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado”⁵⁵;
- b) princípio da presunção da constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público – “a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, em qualquer caso, é atividade a ser exercida com autolimitação pelo Judiciário, devido à deferência e ao respeito que deve ter em relação aos demais Poderes”⁵⁶;
- c) princípio da interpretação conforme a Constituição – “trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita”⁵⁷;
- d) princípio da unidade da Constituição – inexistência hierarquia jurídico-formal entre as normas constitucionais, devendo o intérprete considerá-las harmonicamente, solucionando eventuais conflitos;
- e) princípios da razoabilidade e da proporcionalidade - permitem o controle do arbítrio do legislativo e da discricionariedade governamental, através

⁵³O princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1.º, da CF/88) pode, por exemplo, ser restringido, com extrema cautela, com vistas à praticabilidade da arrecadação e da fiscalização tributária.

⁵⁴BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 141-244.

⁵⁵*Id. ibid.*, p. 150.

⁵⁶*Id. ibid.*, p. 164.

⁵⁷*Id. ibid.*, p. 175.

da perquirição da razoabilidade e da racionalidade dos atos do Poder Público;

- f) princípio da efetividade – o direito existe para realizar-se; o intérprete deve conferir a máxima efetividade possível à norma constitucional.

Dentre estes princípios, destaca-se o último, pela sua importância para este trabalho.

Trata-se, em verdade, de um desdobramento do princípio da supremacia da Constituição. Não se pode conceber Constituição destituída da pretensão de efetivar-se.

Esta pretensão deixa o intérprete comprometido, desde logo, com soluções interpretativas que resguardem a força normativa do comando constitucional. Para a solução de problemas jurídicos, deve, nas palavras de KONRAD HESSE, “ser dada preferência àqueles pontos de vista que, sob os respectivos pressupostos, proporcionem às normas da Constituição força de efeito ótima”⁵⁸.

3.7 FUNÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL COMO CRITÉRIO DE INTERPRETAÇÃO

A função da jurisdição constitucional possui papel relevante na interpretação da Constituição.

É valiosa, portanto, a digressão anteriormente feita sobre a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade das leis. Conforme já mencionado, ele é problemático quando não se está diante de inconstitucionalidade evidente.

Pode-se tomar postura restritiva e admitir o controle apenas nessa hipótese específica. Não é, todavia, o que aqui se defende, em vista dos resultados que vêm sendo obtidos pela jurisprudência constitucional e a valiosa contribuição que esta pode oferecer no desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais.

⁵⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 68.

No entanto, em virtude do já aludido argumento democrático, deve-se reconhecer a primazia do legislador na solução dos problemas constitucionais. A legitimidade da intervenção judicial dependerá, portanto, da formulação de uma fundamentação suficiente. Exige-se a “reserva de consistência”, de que fala HÄBERLE⁵⁹, para justificar a intervenção da jurisprudência constitucional na atividade legislativa.

Independentemente deste fato, a posição daqueles que, como ELY, defendem um modelo procedimental de interpretação da Constituição pode fornecer valioso ponto de vista para este trabalho.

Desde logo, esclareça-se que não se concorda com ELY, no tocante à limitação da jurisdição constitucional às hipóteses em que haja mau-funcionamento do sistema democrático. Mesmo em casos não relacionados com hipóteses da espécie, os juízes podem formular fundamentação suficiente para demonstrar o desacerto de determinada decisão legislativa, e isso não só nos casos de inconstitucionalidade evidente. Nestas, contudo, o peso do argumento democrático implica a adoção de postura judicial de deferência para com a decisão legislativa, exigindo-se argumentos absolutamente convincentes de que ela se encontra equivocada.

Em hipóteses de mau-funcionamento da democracia, entretanto, o argumento democrático e mesmo a postura de deferência não teriam lugar. Estaria o juiz autorizado a afastar qualquer espécie de deferência e submeter a lei a um rigoroso exame judicial. Neste caso, é a lei que precisa evidenciar-se como uma solução compatível com a Constituição. Do ponto de vista processual, isso implica a transferência do ônus da demonstração da compatibilidade da lei com a Constituição ao legislador ou à parte interessada na aplicação da lei⁶⁰.

⁵⁹ HÄBERLE, Peter, *op. cit.*, p. 42.

⁶⁰ Não é incomum tal técnica de decisão quando envolvidos direitos fundamentais. É adotada, por exemplo, pela teoria das “liberdades preferenciais”, conforme ilustra Enrique ALONSO GARCÍA: “La teoría, por tanto, no sólo consiste en la afirmación de la supremacía de determinadas cláusulas constitucionales, sino que ello se refleja en el juego de la presunción de constitucionalidad, de forma que es el Estado que tiene que justificar la ley a la que se dota de una especie de presunción de inconstitucionalidad. Paralelamente, la inversión de la carga de la prueba conlleva la necesidad de proveer con una mayor justificación a la ley, con lo que no basta alegar cualquier interés estatal, sino que ese interés debe tener un plus suficiente para sobrepasar al protegido constitucionalmente” (ALONSO GARCÍA, Enrique, *op. cit.*, p.281). O mesmo autor informa que o Tribunal Constitucional espanhol, em sentença de 17/07/81, já tentou formular doutrina geral a respeito do tema: “La citada STC establece que ‘aun cuando una mimética aplicación de reglas generales sobre distribución del ‘onus probandi (actorem non probate reus est

Por essa razão, é da máxima importância identificar as hipóteses em que a democracia, por “mau-funcionamento”, não garante a tomada de decisões adequadas a respeito do significado da Constituição.

Existem, é certo, diversas concepções sobre democracia⁶¹. Para alguns, de posição cética e restritiva, esta apenas significa a possibilidade de destituição do governo sem derramamento de sangue⁶²; outros, entretanto, entendem que a democracia não se reduz ao seu aspecto procedimental, mas exige necessariamente a concepção de um governo limitado pelos direitos fundamentais⁶³.

Não é tarefa das cortes optar por uma ou outra. Todas elas, entretanto, possuem um núcleo. Há certo consenso, pelo menos, de que, em um regime democrático ideal, deve ser ampla a participação popular na formação da vontade política, com a representação de todos os interesses compatíveis com o próprio regime democrático.

Assiste razão, portanto, àqueles que defendem que as liberdades básicas, como a de expressão e informação, bem como os direitos de participação, devem merecer proteção especial por parte do tribunais, dada a sua importância para livre formação da opinião pública.

Leis restritivas desses direitos fundamentais devem ser submetidas a um exame judicial rigoroso, exigindo-se ampla demonstração de que se justificam frente a interesse público de especial magnitude.

absolvendus)', parecería inclinar el ánimo en favor de la tesis de que el demandante del amparo, en cuanto actor, tiene que probar lo injustificado de la lesión de su derecho, como hecho constitutivo de su propia demanda, una examen más atento nos debe llevar a la conclusión contraria, esta es, a la idea de que cuando se ha producido una limitación o un parcial sacrificio de derechos básicos que la Constitución reconoce a los ciudadanos, dado que el supuesto que se produce es modificativo o extintivo de tales derechos, la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación (...). Lo anterior (...) significa simplemente que la limitación del derecho es una excepción puesta a su normal ejercicio y que la prueba de las excepciones compete siempre al demandado'. En principio, pues, toda medida aparentemente en contra de los derechos fundamentales goza de una presunción de inconstitucionalidad, técnica aplicada en principio a toda limitación “razonable a los derechos fundamentales” (ALONSO GARCIA, Enrique, *op. cit.*, p. 367). De se destacar, porém, que o mesmo autor reputa equivocada a consagração desta doutrina em termos gerais.

⁶¹ Para breve explanação de boa parte delas, veja-se CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1.255-1.265.

⁶² POPPER, Karl R. Sobre la teoría de la democracia. In: _____. *La responsabilidad de vivir: escritos sobre política, historia y conocimiento*. Barcelona: Paidós, 1995. p. 175-181.

⁶³ TOURAINE, Alan. *O que é a democracia?*. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 42-46.

Mesmo aqui, a tarefa das cortes pode não se limitar à invalidação de intervenções estatais restritivas. Não podem elas ignorar que outros atores sociais também podem obstaculizar a livre formação da vontade política, manipulando a opinião pública através de seu poder econômico, principalmente quando concentrada a propriedade dos meios de comunicação nas mãos de poucos, o que ocorre no Brasil. A intervenção judicial nessas hipóteses não deve, contudo, promover a censura, mas contribuir para a livre formação da opinião pública, criando esfera de debate livre das interferências ou manipulações por parte do poder econômico ou do poder político, ou, pelo menos, minorando a influência destes.

Também se justifica especial proteção a grupos sem participação adequada no processo de formação da vontade política. Aqui se busca evitar que a democracia resulte na opressão das minorias existentes. Leis dirigidas a essas minorias ou que as afetem especialmente devem ser submetidas a rigoroso controle judicial, exigindo-se a demonstração de que se encontra presente interesse público de especial magnitude⁶⁴.

A dificuldade reside na identificação dos grupos merecedores dessa proteção especial.

Para ELY, o elemento central para tal identificação já se encontrava na nota n.º 4 em "*Carolene*". Trata-se do "prejudice"⁶⁵, que pode aqui ser traduzido como preconceito. Grupos ou minorias que sofram preconceito ou hostilidade, ou que sejam objetos de vilificação disseminada, merecem proteção especial dos tribunais, pois seus interesses não estão adequadamente representados nos órgãos legislativos.

Conforme visto, outros autores, como TRIBE, reputam insuficiente tal critério, argumentando que a conduta ou característica que identifica o grupo ou

⁶⁴Cumprido destacar que dificilmente serão encontradas leis que explicitamente discriminem esses grupos ou minorias. Menos raras são medidas legislativas gerais com efeitos práticos discriminatórios. Em caso bastante interessante ("*Shapiro v. Thompson*", de 1969, em LOCKHART, William B. *et al.*, *op. cit.*, p. 1.369-1.373), a Suprema Corte norte americana invalidou diversas leis estaduais que negavam prestações estatais de caráter social àqueles que não comprovassem que residiam nas respectivas localidades por pelo menos um ano. Segundo a Corte, a medida restringia a liberdade de locomoção das pessoas pobres, que dependiam dos benefícios para subsistir, e, para justificá-la, seria necessário demonstrar a presença de interesse público de especial magnitude, uma vez que estava envolvida uma das liberdades básicas.

minoría necessita ser valorada de acordo com as pautas constitucionais, sob pena de, por exemplo, igualarem-se homossexuais e ladrões, ambos vítimas de “hostilidade” disseminada.

Abstraindo-se as divergências, há de se reconhecer que a identificação é tarefa difícil. A Suprema Corte norte-americana confere, através da teoria das “classificações suspeitas” e na linha inaugurada em “*Carolene*”, proteção especial aos afro-americanos e, com algumas peculiaridades, aos estrangeiros e às mulheres (como exemplo, respectivamente: “*Loving v. Virginia*”⁶⁶, de 1967; “*Sugarman v. Dougall*”⁶⁷, de 1973; “*Frontiero v. Richardson*”⁶⁸, de 1973).

Distinções legislativas prejudiciais com base em raça ou preferência religiosa são submetidas a um exame judicial rigoroso (“*strict scrutiny*”) e devem ser justificadas por um interesse público de especial magnitude (“*compelling public interest*”). Releva destacar que toda legislação submetida a este exame foi invalidada pela Suprema Corte. Em apenas um precedente, “*Korematsu v. USA*”⁶⁹, 1944, restou caracterizado interesse da espécie com a permanência da legislação restritiva. Esclareça-se que se tratava de medida restritiva contra nipo-americanos, durante a Segunda Guerra Mundial, ou seja, em cenário absolutamente excepcional.

Distinções legislativas com base em sexo ou que afetem estrangeiros são submetidas a um exame judicial de não tamanha intensidade (“*intermediate scrutiny*”), mas superior ao usualmente feito, no qual basta relacioná-las a um objetivo político válido (“*rational basis test*”). Nessas hipóteses, o interesse público deve ser de especial relevância, embora não necessariamente da magnitude exigida no caso anterior (v. g.: em “*Sugarman v. Dougall*”, de 1973, a Corte admitiu que o Estado poderia estabelecer restrições ao acesso de estrangeiros a cargos públicos estratégicos).

A técnica utilizada é a da ponderação entre os interesses envolvidos segundo as circunstâncias do caso, própria de solução de conflitos entre

⁶⁵ “(...) prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities...”

⁶⁶ LOCKHART, William B. *et al.*, *op. cit.*, p. 1.179-1.181.

⁶⁷ *Id. ibid.*, p. 1.299-1.300.

⁶⁸ *Id. ibid.*, p. 1.271-1.272.

⁶⁹ *Id. ibid.*, p. 1.164-1.167.

princípios jurídicos. Um deles, porém, encontra-se de antemão especialmente protegido, exigindo qualificação especial do outro para justificação da restrição. A técnica confere maior segurança e objetividade à solução de conflitos entre bens jurídicos protegidos constitucionalmente, sendo de todo recomendável por diminuir a influência das preferências pessoais do julgador na decisão do caso.

Para fins deste trabalho, é importante verificar se a “pobreza” pode ser caracterizada como um condição especial justificadora de exame especial mais rigoroso.

A Suprema Corte norte-americana oscilou quanto à submissão de leis que estabelecessem distinções em virtude da renda a um exame judicial mais rigoroso. Em “*Harper v. Virginia Board of Election*”⁷⁰, de 1966, por exemplo, invalidou taxa cobrada para o exercício do direito de voto, tendo a decisão, entre outros fundamentos, o argumento de que se fazia discriminação suspeita com base na renda. Posteriormente, a Corte, já sob a presidência de Warren BURGER, reviu, embora com vozes dissonantes, seu posicionamento, refutando que classificações com base na renda, que distinguissem pobres e ricos, fossem, por si só, suspeitas, ou seja, exigissem exame judicial rigoroso (“*San Antonio Ind. School Dist. V. Rodriguez*”⁷¹, 1973).

Para ELY, não são comuns medidas legislativas discriminatórias explícitas contra os pobres. Estes, todavia, são freqüentemente atingidos pela falta de serviços públicos, os quais poderiam aliviar sua pobreza. A ausência desses serviços públicos, a ver do autor, não seria produto de hostilidade disseminada, mas apenas da relutância dos legisladores em providenciá-los, uma vez que toda a sociedade teria que custeá-los através de tributos⁷². De acordo com os critérios por ele defendidos, os pobres não constituiriam um grupo merecedor de proteção especial por parte dos tribunais⁷³.

⁷⁰ *Id. ibid.*, p. 1.324-1.325

⁷¹ *Id. ibid.*, p. 1.390-1.401

⁷² ELY, John Hart, *op. cit.*, p. 162.

⁷³ Frank I. MICHELMAN tem outra opinião. Como “dinheiro é poder”, reputa os pobres como grupo especialmente suscetível a abusos em regime guiado pelo princípio majoritário. Toda discriminação contra o grupo resultaria de estigma de inferioridade por ele carregado (LOCKHART, William B. *et al.*, *op. cit.*, p. 1.321).

Podem-se, entretanto, encontrar outros argumentos, dentro do modelo ora proposto de jurisdição constitucional, para justificar proteção judicial especial ao referido grupo.

Argumentou-se que as Cortes deveriam atuar incisivamente em hipóteses de mau-funcionamento de democracia. Ora, condições econômicas precárias constituem fator impeditivo para a participação adequada dos grupos a elas submetidos no processo democrático. O exercício das liberdades básicas, bem como dos direitos de participação, restam eliminados ou sensivelmente prejudicados sem o apoio em condições mínimas de subsistência⁷⁴.

Este fator, aliado à má distribuição de renda existente em regimes capitalistas, que, aliás, assume ares de acentuada gravidade no Brasil⁷⁵, constitui obstáculo razoável para o funcionamento adequado do processo democrático, acarretando distorções na formação da vontade política. A caracterização de um

⁷⁴ Antônio E. PEREZ LUÑO ressalta a íntima relação entre as liberdades básicas e os direitos sociais existente no Estado social e democrático de Direito: "Em este modelo de organización política no cabe una ruptura entre libertades individuales y derechos sociales, porque en su seno 'los derechos sociales son derechos de libertad' (...); porque estos derechos, lejos de entrañar la negación de las libertades, representan su desarrollo y su extensión a todos los ciudadanos. (...) Porque la libertad sin igualdad no conduce a la sociedad libre y pluralista, sino a la oligarquía, es decir, a la libertad de algunos y a la no-libertad de muchos (a este tipo de sociedad cuya ley, a tenor de la consabida imagen sarcástica de Anatole France, prohíbe a los ricos como a los pobres mendigar, robar pan o dormir bajo los puentes)." (PEREZ LUÑO, Antônio E. *Los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1988. p. 214-215). Da mesma forma, Robert ALEXY inclui entre os argumentos em prol dos direitos fundamentais sociais o de que as liberdades jurídicas são inúteis sem que seu titular tenha a possibilidade fática de realizar o permitido (ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 486). Também merece referência a seguinte observação de John Kenneth GALBRAITH: "É preciso haver, acima de tudo, uma rede de segurança eficaz – apoio individual e familiar – aos que vivem nos limites inferiores do sistema, ou abaixo deles. Isto é humanamente essencial, e também necessário para a liberdade humana. Nada estabelece limites tão rígidos à liberdade de um cidadão quanto a absoluta falta de dinheiro." (GALBRAITH, John Kenneth. *O engajamento social hoje*. *Folha de São Paulo*, 20 dez. 1998. Caderno Mais. p. 5)

⁷⁵ A concentração de renda no Brasil é assim ilustrada por Paulo Sérgio PINHEIRO: "A décima economia industrial do mundo convive com a segunda pior distribuição de renda em todo o mundo: a 'ração' dos 20% mais ricos para os 20% mais pobres, entre 1980 e 1991, era de 32,1. Esse número somente era ultrapassado por Botsuana, com um PNB de 3,6 bilhões de dólares, 1991, e uma população estimada de 1,3 milhão, 1992, com uma 'ração' de 47,4. A gravidade do problema da concentração da renda, mesmo que esse índice esteja sujeito a correções, reflete-se igualmente se for levado em conta o índice de desenvolvimento humano, proposto e medido desde 1990, pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNDU). Entre 173 países cujos indicadores foram analisados pelo PNDU em 1994, o Brasil se situa em 63.º lugar, entre os países de desenvolvimento médio, numa posição inferior a países com recursos econômicos e humanos largamente menores. O Brasil experimentou entre 1980 e 1987 um aumento na renda per capita de onze vezes, enquanto a Alemanha aumentou a sua dez vezes e os EUA nove. Mas esse formidável incremento não teve como contrapartida uma distribuição mais equitativa da renda nem a promoção dos setores mais desfavorecidos da sociedade, que continuam a corresponder à maioria: em 1990 os 10% mais ricos detêm 49,7% da renda nacional e os 5% mais ricos, 35,5%." (DIMENSTEIN, Gilberto. *Democracia em pedaços: direitos humanos no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 24-25)

grupo como merecedor de especial proteção pela jurisdição constitucional deve depender menos do fato de ele ser objeto de hostilidade por parte da maioria política e mais do desequilíbrio na distribuição do poder político, para a qual é relevante a distribuição do poder econômico.

A inclusão desses “excluídos” depende no mais das vezes da adoção de larga política pública, assegurando-lhes bens e serviços básicos, sem os quais permanecerão à margem do processo político democrático.

Se, conforme visto, os juizes se encontram especialmente legitimados para contribuir para o aprimoramento da democracia, estarão também especialmente legitimados para assegurar tais condições básicas, como, por exemplo, serviços mínimos de saúde, de educação e de assistência social para os “excluídos”, com o que estes serão “incluídos” no processo político democrático.

Portanto, embora talvez não se possa caracterizar os “pobres” como um grupo ou minoria sujeita a hostilidade disseminada e, por este motivo, merecedora de especial proteção judicial, pode-se defender que a jurisdição constitucional está especialmente autorizada a lhes assegurar as condições econômicas necessárias para a participação adequada no processo democrático, o que constitui argumento de peso significativo para autorizar postura judicial mais ativa no desenvolvimento e efetivação judicial de direitos a prestações materiais, conforme adiante se verá.

4 DUAS NORMAS CONSTITUCIONAIS CENTRAIS

4.1 REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Às normas constitucionais de direito fundamental é reservado um regime jurídico especial, inclusive em relação às demais normas constitucionais.

Dada a preocupação, natural em regime democrático, com os direitos fundamentais, a jurisprudência e a doutrina construíram progressivamente mecanismos de proteção e efetivação especiais para as normas a eles pertinentes. Trata-se, por exemplo, da proibição de afetação do núcleo essencial, do apelo ao princípio da proporcionalidade, da proibição ao retrocesso, do princípio da concordância prática, a maioria elaborada em solo alienígena, mas já com seus cultores em solo nacional.

Paralelamente, a Constituição brasileira, embora não tratando minuciosamente de um regime jurídico especial para os direitos fundamentais, contém, pelo menos, três normas relativas a este tema.

Uma delas, a prevista no art. 60, § 4.º, inciso IV, que fixa os “direitos e garantias individuais” como limite ao poder de reforma da Constituição, não será aqui objeto de exposição, por não se relacionar com o tema proposto. Deve-se observar apenas que tal dispositivo reflete a importância das normas de direito fundamental em nosso sistema constitucional. Infelizmente, não há ainda consenso sobre seu alcance e significado, nem na doutrina, nem na jurisprudência. Aliás, dois julgados do Supremo Tribunal Federal sobre o tema não guardam, aparentemente, coerência entre si⁷⁶.

⁷⁶ Na ADIN n.º 939-7/DF, julgada em 15/12/93, DJU I de 18/03/94 (Lex – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. n.º 186, p. 69-191), o Supremo entendeu que a regra da anterioridade da lei tributária (art. 150, III, “b”, da CF/88) estava abrangida pela proteção outorgada pelo art. 60, § 4.º, IV, do mesmo diploma. Tal entendimento acarretou a invalidação parcial da Emenda Constitucional n.º 3/93, fazendo com que o IPMF (Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira) incidisse apenas a partir de 1994. Entretanto, no julgamento, em 09/10/96, da ADIN n.º

Para os fins deste trabalho, são de elevada importância as normas contidas nos § 1.º e § 2.º do art. 5.º da Constituição Federal, que serão examinadas em tópicos separados.

4.2 APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL

O § 1.º do art. 5.º da Constituição Federal de 1988 dispõe expressamente:

“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Poucos dispositivos de tamanha importância têm sido tão maltratados como este pela doutrina e jurisprudência pátrias. Em geral, ou ele é sistematicamente ignorado, ou lhe é negada qualquer eficácia normativa⁷⁷.

De início, cabe esclarecer que a referida norma não é produto de disparate do constituinte brasileiro. Normas equivalentes podem ser encontradas na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (art. 1.º, alínea 3: “Os direitos fundamentais a seguir discriminados constituem direito diretamente aplicável para os poderes legislativos, executivo e judiciário.”) e na Constituição Portuguesa de 1976 (art. 18, item 1: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”).

Dispositivos da espécie não deixam, porém, de ser paradoxais, uma vez que toda norma constitucional, independentemente de seu conteúdo, contém, por sua própria força normativa, a pretensão de efetivar-se.

Logo, tais dispositivos seriam a princípio desnecessários. Talvez os constituintes os tenham formulado com propósito unicamente didático,

1.497-8/DF, a mesma Corte, apreciando a Emenda Constitucional n.º 12/96, que instituiu a CPMF (Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira), rejeitou o argumento de que haveria vulneração à regra da não-cumulatividade, prevista no art. 154, I, da CF/88. É até duvidoso que o art. 60, § 4.º, IV, abranja todos os direitos constantes na Carta, o que poderia levar ao seu engessamento (a esse respeito recomenda-se a leitura de VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999). Entretanto, não se vislumbram diferenças significativas entre as normas previstas no art. 150, III, “b”, e no art. 154, I, que pudessem justificar o seu tratamento diferenciado, como, aliás, ressaltado pelo Min. MARCO AURÉLIO em seu voto vencido na ADIN n.º 1.497-8/DF.

⁷⁷ Há significativas vozes destoantes, que vêm ressaltando a força normativa de tal preceito, conforme se verá, exemplificativamente, a seguir.

preocupados com as posições, hoje ultrapassadas, de que as normas constitucionais dirigiam-se exclusivamente ao legislador, o que os teria levado a declarar no próprio texto constitucional o equívoco de tais posicionamentos.

Independentemente do que quiseram os constituintes⁷⁸, o fato é que consta na Carta Constitucional brasileira dispositivo que diz expressamente que as normas de direito fundamental têm aplicação imediata.

Os operadores do direito não podem comprometer-se com interpretação que retire todo o sentido útil ou a eficácia normativa do referido dispositivo constitucional, o que seria contrário a princípio hermenêutico conhecido⁷⁹ e ao já visto princípio da efetividade, orientador da interpretação da Constituição. É apropriado, aqui, reiterar as palavras já citadas de Konrad HESSE, para quem, na solução de problemas jurídicos, deve “ser dada preferência àqueles pontos de vista que, sob os respectivos pressupostos, proporcionem às normas da Constituição força de efeito ótima”⁸⁰.

Não se pode olvidar a importância dos princípios orientadores da interpretação da Constituição. Apenas estes fornecem parâmetros de maior objetividade para interpretação da Constituição, evitando que esta fique inteiramente entregue à subjetividade do intérprete, o que reduz sensivelmente o risco de arbítrio. Os princípios, uma vez reconhecidos como tais, são vinculantes para o intérprete, que não pode deles dispor segundo o caso que se apresenta.

Portanto, por força do princípio da efetividade, é inaceitável interpretação que negue qualquer eficácia ao referido dispositivo constitucional.

Ora, se este tem algum significado, então terá papel relevante para a eficácia das normas de direito fundamental. Mesmo aqueles que defendem que a

⁷⁸ Diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos (sem embargo das acirradas discussões a respeito), não goza prestígio entre nós, e também nos demais países do sistema jurídico romano-germânico, interpretação tributária da “vontade do legislador”. A principal crítica refere-se à dificuldade ou até mesmo impossibilidade de perscrutar o móvel subjetivo dos legisladores na feitura da lei. Não se nega, entretanto, que a pesquisa histórica da elaboração da lei possa fornecer valiosos pontos de vista para sua interpretação, embora sem a pretensão de vincular o intérprete.

⁷⁹ Prefere-se a interpretação que outorgue ao dispositivo sentido útil. “As expressões do Direito”, nas palavras de Carlos MAXIMILIANO, “interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis” (MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 250).

⁸⁰ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, op. cit., p. 68.

eficácia das normas constitucionais depende exclusivamente da densidade da linguagem empregada pelo constituinte, o que, conforme já se adiantou, não se reputa correto, deveriam reconhecer que, pelo menos no que se refere às normas de direito fundamental, isto sofre alguma atenuação em virtude do disposto no § 1.º do art. 5.º da Constituição Federal.

Excluída a interpretação que retira qualquer eficácia do § 1.º do art. 5.º, remanescem apenas outras duas, talvez com algumas variantes.

Para uma delas, que tem como um de seus defensores Ingo Wolfgang SARLET, o mencionado dispositivo constitucional constitui um princípio, “uma espécie de mandado de otimização (ou maximização)”⁸¹. A interpretação do referido dispositivo não pode levar a uma posição do tipo “tudo ou nada”, porque seriam insustentáveis tanto a posição daqueles que lhe retiram qualquer eficácia normativa, como a daqueles que não reconhecem limites à aplicação imediata das normas de direito fundamental⁸². Para o referido autor, o dispositivo, desde que compreendido como princípio, geraria “(...) presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá ser necessariamente fundamentada (...)”⁸³

Este posicionamento representa um significativo avanço na interpretação do referido § 1.º do art. 5.º e para o desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais de direito fundamental.

Pode, entretanto, caso tratado equivocadamente, contribuir apenas para justificação mais técnica e elaborada de decisões que neguem eficácia às normas de direito fundamental, principalmente quando envolvidos direitos a prestações estatais. Dada a tradição jurisprudencial brasileira, é grande o risco de que estes venham a ceder diante do menor obstáculo fático. Não deve ser esquecido que os princípios, conquanto comportem flexibilização, constituem mandatos de otimização, ou seja, o intérprete está comprometido com a sua máxima

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 245.

⁸² “(...) especialmente no que concerne aos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional, verifica-se que os limites da reserva do possível, da falta de qualificação (e/ou legitimação) dos tribunais para implementação de determinados programas socioeconômicos, bem como a colisão com outros direitos fundamentais podem, dentre outros aspectos, exercer uma influência decisiva.” (SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 245)

⁸³ *Id. ibid.*, p. 246.

realização. Mandatos de otimização, por sua vez, devem ser acompanhados da necessária “otimização”, a ser excluída apenas em casos excepcionais.

Poder-se-ia, ainda, objetar que, do princípio da efetividade, orientador da interpretação constitucional, já decorreria “mandato de otimização” das normas de direito fundamental, sendo, portanto, desnecessário atribuir tal significado ao § 1.º do art. 5.º da CF/88. Tal crítica é significativa, pois retiraria a utilidade da compreensão de tal dispositivo como “mandato de otimização”, a não ser que este seja entendido como um “mandato” em grau mais elevado do que o comumente existente para as demais normas constitucionais, o que, entretanto, parece complicado e exagerado.

A outra interpretação defensável relativamente ao § 1.º do art. 5.º pode ser designada de “literal” ou “absolutista”. Para esta, o referido dispositivo significa exatamente o que se depreende de seu teor literal, ou seja, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Identificada norma de direito fundamental, teria ela aplicação imediata, ou seja, valeria para solução de casos concretos, independentemente de regulação legislativa.

Na ausência de regulação legislativa, caberia aos juizes realizar a intermediação necessária entre a previsão normativa constitucional abstrata e o mundo concreto, desenvolvendo e efetivando a norma de direito fundamental.

Observe-se que esta também seria a consequência normal caso o dispositivo fosse interpretado como “máxima de otimização”, com a diferença de que nesta hipótese restaria alguma possibilidade de flexibilização.

Para Vieira de ANDRADE, o art. 18, item 1, da Constituição portuguesa, de teor semelhante ao ora examinado da Constituição brasileira, autorizaria o juiz a proceder à intermediação necessária para aplicação imediata dos direitos, liberdades ou garantias, quando ausente lei regulamentadora:

“Assim, nos termos do n.º 1 do art. 18.º, os preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias são imediatamente aplicáveis, o que pressupõe que o seu conteúdo é ou deve ser concretizado ao nível da Constituição, em última análise por intermédio de uma interpretação criadora; não necessitam da mediação legislativa e não dependem, nem podem depender, por isso, das opiniões ou opções das leis ordinárias.”⁸⁴

⁸⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 140.

Tal posicionamento é depois reiterado:

“Em primeiro lugar, no caso de não existir legislação sobre a matéria ou se esta não for suficiente, em situações, portanto, de falta de lei. Neste caso, o princípio da aplicabilidade directa vale como indicador de exeqüibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua “perfeição”, isto é, a sua auto-suficiência baseada no carácter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização para com esse fim os concretizarem por via interpretativa.”⁸⁵

Deve-se destacar, todavia, que os “direitos, liberdades e garantias” do Título II da Constituição Portuguesa não compreendem os “direitos económicos, sociais e culturais” de seu Título III. A regra da aplicabilidade imediata não se dirigiria a estes, sendo também esta a opinião de Vieira de ANDRADE:

“Nessa ordem de ideias, parece-nos que, em matéria de direitos, liberdades e garantias e direitos análogos, as entidades fiscalizadoras - os tribunais, que oferecem um conjunto de garantias de imparcialidade e de vinculação ao Direito - devem dispor da liberdade necessária à concretização do conteúdo desses direitos, desde que consigam referir material e racionalmente à Constituição as regras descobertas.

Já não terá de ser assim quanto aos preceitos relativos aos outros direitos fundamentais, para os quais a Constituição não prescreve em geral o regime da aplicabilidade imediata. Neste domínio, onde se inserem a generalidade dos direitos a prestações (designadamente os direitos a prestações materiais, dependentes dos recursos disponíveis), será talvez, ao invés, de presumir (salvo indicação normativa em contrário) que há uma “delegação” constitucional no legislador da competência para definir ou concretizar o conteúdo dos direitos; seria, pois, ilegítima a conformação desse conteúdo pelos órgãos de fiscalização jurídica, desde logo por atentar contra a filosofia constitucional de repartição dos poderes.”⁸⁶

A interpretação propugnada por João Pedro GEBRAN NETO⁸⁷ para o § 1.º do art. 5.º da Constituição brasileira leva a efeitos práticos semelhantes àqueles defendidos pelo constitucionalista português.

⁸⁵ *Id. ibid.*, p. 256-257.

⁸⁶ *Id. ibid.*, p. 140-141.

⁸⁷ GEBRAN NETO, João Pedro. *Aplicação imediata dos direitos e garantias individuais – A busca de uma exegese emancipatória*. Curitiba, 1989. Monografia (para a disciplina Direito Constitucional Positivo, do Curso de Mestrado em Direito). Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

Para o referido autor pátrio, o dispositivo em questão autorizaria o juiz a suprir eventuais omissões legislativas para aplicação imediata das normas de direito fundamental. Contudo, ele reconhece que tal interpretação acarreta dificuldades de difícil transposição para grande parte dos direitos fundamentais da Carta Constitucional, principalmente para os que têm por objeto prestações estatais de conteúdo material. Para contorná-las, argumenta que a regra da aplicabilidade imediata refere-se, em virtude de sua localização topográfica, tão-somente aos direitos fundamentais arrolados no art. 5.º da Constituição, em sua maioria compostos de liberdades, direitos de defesa e de participação. A interpretação, conquanto restritiva do âmbito de abrangência da regra de aplicabilidade imediata, atribui a máxima eficácia ao mandamento constitucional. O julgador estaria, portanto, obrigado a conferir aplicabilidade imediata a todas as normas de direito fundamental do art. 5.º da Constituição brasileira, independentemente de regulação legislativa. Ressalte-se que o suprimento judicial visa viabilizar “direitos”, seja qual for a sua natureza, e não tornar aplicáveis normas que, conquanto inseridas no art. 5.º, não atribuam “posições jurídicas subjetivas” aos indivíduos.

Mesmo se adotada esta posição restritiva em relação à abrangência do § 1.º do art. 5.º, restaria aos demais direitos fundamentais regime jurídico idêntico ao das demais normas constitucionais, valendo, portanto, o princípio da efetividade, orientador geral da interpretação constitucional.

A interpretação tem a vantagem de tornar desnecessária qualquer ponderação de bens ou interesses envolvidos para aplicabilidade imediata dos direitos arrolados no art. 5.º da Constituição brasileira. Já se disse anteriormente que o recurso à ponderação amplia o espaço deixado à subjetividade do intérprete, havendo, ainda, o risco de que aplicabilidade imediata da norma constitucional ceda aos obstáculos fáticos existentes, por menores que sejam, o que não é de se afastar, devido à posição exageradamente cautelosa dos tribunais brasileiros no que se refere à aplicabilidade direta das normas constitucionais.

Por outro lado, permitiria certa flexibilização no tocante ao desenvolvimento e efetivação das normas de direitos a prestações materiais, por estarem estas, em sua maioria, fora do catálogo do art. 5.º, o que é justificável à medida que são

as que oferecem maiores dificuldades nesta seara, sem entretanto, retirar a obrigação do intérprete de conferir-lhes a máxima efetividade, o que decorreria do próprio princípio da efetividade.

Qualquer um dos entendimentos acima delineados relativamente à interpretação do § 1.º do art. 5.º, tanto por Ingo SARLET como por João Pedro GEBRAN NETO, representam significativo avanço em relação à jurisprudência atual. Prefere-se, porém, o segundo, pois, apesar de aparentemente restritivo, é o que confere eficácia ótima ao disposto no § 1.º do art. 5.º.

4.3 DIREITOS NÃO-ENUMERADOS

O § 2.º do art. 5.º da Constituição brasileira veicula outra norma de fundamental importância para o estudo em foco:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

A doutrina e jurisprudência pátrias têm se preocupado, principalmente, com a última parte deste dispositivo. Alguns defendem, por exemplo, que os tratados internacionais relativos a direitos humanos seriam incorporados automaticamente em nosso ordenamento jurídico, através da simples ratificação e sem necessidade de aprovação legislativa, e, ainda, com a qualidade de norma constitucional⁸⁸. Esta questão específica não é, porém, objeto deste trabalho. É a primeira parte do dispositivo que interessa a ele.

Pelo que dele se depreende, a enumeração de direitos na Carta Constitucional não excluiria outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. Trata-se dos “direitos implícitos”.

Questão que inicialmente se coloca é se esses direitos poderiam ser reconhecidos por decisões judiciais ou se haveria reserva legislativa nesta matéria.

⁸⁸ Por todos, ver PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

Ao invés de responder diretamente a esta questão, cumpre observar que existem dispositivos semelhantes em outras Constituições, como, por exemplo, na norte-americana. A Nona Emenda dispõe expressamente:

“A enumeração nesta Constituição de certos direitos não deve ser interpretada para denegar ou depreciar outros retidos pelo povo.”⁸⁹

A Suprema Corte norte-americana, não exatamente com base nessa emenda, tem reconhecido a existência de direitos não previstos expressamente na Constituição dos Estados Unidos.

Em “*Griswold v. Connecticut*”⁹⁰, de 1965, ela invalidou lei estadual que proibia a comercialização ou utilização de anticoncepcionais, reconhecendo a existência de um “right of privacy” (direito de privacidade) não previsto expressamente da Carta de Direitos. O Juiz William DOUGLAS, outro dos expoentes da Suprema Corte, argumentou que várias normas constitucionais, como, por exemplo, a que proíbe invasão de domicílio sem ordem judicial ou a que garante o direito a não auto-incriminação, criariam “zonas de privacidade” imunes às intervenções do poder público, que deveriam ser estendidas para proteger as decisões tomadas no seio da relação matrimonial, inclusive as relativas à utilização ou não de métodos anticoncepcionais. Em suas memoráveis palavras:

“Os casos antecedentes [casos nos quais a Suprema Corte reconheceu as ditas “zonas de privacidade”] **sugerem que garantias específicas na Carta de Direitos contêm penumbras, formadas por emanções dessas garantias que lhes conferem vida e substância.** Várias garantias criam zonas de privacidade. A liberdade de associação contida na penumbra da Primeira Emenda é uma, como nós vimos. A Terceira Emenda, em sua proibição contra a obrigatoriedade de aquartelamento de soldados “em qualquer casa” em tempos de paz sem o consentimento do dono, é outra faceta desta privacidade. A Quarta Emenda é outra. A Quinta Emenda, em sua cláusula de não-auto-incriminação, habilita o cidadão a criar zona de privacidade que o governo não pode obrigá-lo a dispensar em seu detrimento. A Nona Emenda prevê: “A enumeração nesta Constituição de certos direitos não deve ser interpretada para denegar ou depreciar outros retidos pelo povo.”⁹¹ (Grifou-se.)

⁸⁹ “The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.”

⁹⁰ LOCKHART, William B. *et al.*, *op. cit.*, p. 393-402.

⁹¹ “The foregoing cases suggest that specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance. Various guarantees create zones of privacy. The right of association contained in the penumbra of the First Amendment is one, as we have seen. The Third Amendment in its prohibition against the quartering of soldiers ‘in any house’ in time of peace without the consent of the owner is another

O Juiz Arthur GOLDBERG reconheceu, expressamente, em seu voto concorrente, que a Nona Emenda autorizaria o reconhecimento de outros direitos além daqueles enumerados na Constituição:

“Minha conclusão, de que ela [a Carta de Direitos] abrange o direito de privacidade na relação matrimonial, embora este não seja mencionado explicitamente na Constituição, tem suporte tanto nas numerosas decisões como na linguagem e história da Nona Emenda, as quais revelam que os Autores da Constituição acreditavam que existiam direitos fundamentais adicionais, protegidos da violação governamental. A Nona Emenda foi professada para silenciar receios expressos de que uma carta de direitos especialmente enumerados poderia não ser suficientemente ampla para abranger todos os direitos essenciais e que uma menção específica de certos direitos seria interpretada como uma negação de que outros estariam também protegidos.”⁹²

A Suprema Corte, entretanto, recorre preferivelmente à Décima-Quarta Emenda, que veicula a cláusula do “*due process of law*” e da “*equal protection of law*”, para criação de direitos não-enumerados, deixando de lado a Nona Emenda⁹³. Para tanto, contribuiu o receio de que tal dispositivo representasse porta aberta para que o “Direito Natural” fosse invocado para fundamentar decisões constitucionais.

Em “*Roe v. Wade*”⁹⁴, de 1973, a Suprema Corte entendeu que o direito de privacidade reconhecido em “*Griswold*” abrangia a decisão quanto à interrupção da gravidez e que os Estados não poderiam criminalizar indistintamente a prática do aborto. No voto condutor, o Juiz Harry BLACKMUN reconheceu a existência de direitos não-enumerados, reportando-se à Nona e à Décima Quarta Emendas, preferindo, entretanto, esta última como sua fonte:

facet of that privacy. The Fourth Amendment [is another]. The Fifth Amendment in its Self-Incrimination Clause enables the citizen to create a zone of privacy which government may not force him to surrender to his detriment. The Ninth Amendment provides: (...).” (LOCKHART, William B., *et al.*, *op. cit.*, p. 395.)

⁹² “My conclusion [that] it embraces the right of marital privacy though that right is not mentioned explicitly in the Constitution is supported both by numerous decisions [and] by language and history of the Ninth Amendment [which] reveal that the Framers of the Constitution believed that there are additional fundamental rights, protected from governmental infringement. [The] Ninth Amendment [was] proffered to quiet expressed fears that a bill of specifically enumerated rights could not be sufficiently broad to cover all essential rights and that specific mention of certain rights would be interpreted as a denial that others were protected.” (LOCKHART, William B., *et al.*, *op. cit.*, p. 396.)

⁹³ Para relato sintético, ver TRIBE, Lawrence H.; DORF, Michael C. *On reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 45-58.

“A Constituição não menciona explicitamente qualquer direito à privacidade. Mas a Corte reconheceu que um direito de privacidade pessoal, ou uma garantia de certas áreas ou zonas de privacidade, pairam abaixo da Constituição. (...)”

Este direito de privacidade, quer fundado na concepção de liberdade pessoal da Décima-Quarta Emenda, como nós acreditamos, ou na Nona Emenda, é aberto o suficiente para incluir a decisão da mulher de interromper ou não sua gravidez (...).”⁹⁵

Abstraindo a discussão norte-americana acerca da opção entre a Nona ou a Décima-Quarta Emendas, revela destacar o reconhecimento da existência de direitos não-enumerados e a competência do Judiciário para declará-los ou construí-los a partir do texto constitucional.

À norma prevista na primeira parte do § 2.º do art. 5.º da Constituição brasileira poder-se-iam atribuir as mesmas conseqüências. O Judiciário brasileiro, como também o legislador, estariam autorizados a reconhecer outros direitos fundamentais, além daqueles contemplados expressamente na Carta Constitucional, decorrentes do regime ou dos princípios por ela adotados.

Faça-se, porém, pequeno reparo. Onde está escrito “princípios”, leia-se “princípios e programas”, dada a inexistência de diferenças essenciais no tocante ao tratamento jurídico destes, conforme visto anteriormente. Não se pode olvidar que muitas vezes falece técnica jurídica ao constituinte ou ao legislador. De todo modo, ainda que assim não fosse, programas ou tarefas poderiam ser compreendidos na expressão “regime adotado pela Constituição”.

Por conseguinte, o intérprete estaria autorizado a extrair direitos não-enumerados do texto constitucional, inclusive de dispositivos que veiculam princípios ou programas para os poderes públicos.

Não se trata propriamente de dedução analítica, mas de atividade intensamente criativa, para a qual o intérprete deverá recorrer a elementos não-textuais, provenientes da realidade fática, do problema a ser resolvido e, ainda, da prática constitucional.

⁹⁴ LOCKHART, William B., *et al.*, *op. cit.*, p. 409-416.

⁹⁵ “The Constitution does not explicitly mention any right of privacy. [But] the Court has recognized that a right of personal privacy, or a guarantee of certain areas or zones of privacy, does exist under the Constitution. (...) This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment’s concept of personal liberty [as] we feel it is, [or] in the [Ninth Amendment], is broad enough to encompass a woman’s decision whether or not to terminate her pregnancy.” (LOCKHART, William B., *et al.*, *op. cit.*, p. 410.)

Aqui se exige cuidado, principalmente se a atividade for desenvolvida pelo Judiciário. É que a “criação” de novos direitos fundamentais impõe limitações à atividade legislativa, gerando áreas na qual esta não poderá interferir. A manutenção das competências legislativas, dado o papel dos órgãos legislativos em regime democrático, também é objetivo pelo qual se deve lutar. Os juízes devem se abster de “criar” direitos que não possam ser minimamente reportados ao texto constitucional e que não encontrem apoio em argumentos convincentes, retirados das fontes antes mencionadas⁹⁶.

A autorização para “criação” judicial de novos direitos, conquanto cautelosa, representa relevante papel para o desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais.

No tópico anterior, defendeu-se o entendimento de que a Constituição obrigaria o operador do direito a conferir a máxima efetividade às normas constitucionais, seja em virtude do princípio da efetividade, que decorre do próprio princípio da supremacia, seja em virtude do § 1.º do art. 5.º da CF/88.

Poder-se-ia, contudo, argumentar que tal máxima não valeria para normas-princípios ou normas-programas, dirigindo-se tão-somente às regras, por aquelas sempre carecerem de intermediação para serem aplicadas aos casos concretos. O operador do direito, afinal, não resolve casos concretos através da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana ou da tarefa imposta ao Estado de

⁹⁶ Para Robert ALEXI, normas de direito fundamental são todas aquelas para as quais é possível uma fundamentação jurídica correta. No entanto, faz ele distinção entre duas espécies de normas de direito fundamental, as diretas e as indiretamente estatuídas pelo texto constitucional, denominando estas últimas de normas “adscriptas” de direito fundamental. A técnica de fundamentação é diferenciada para cada uma delas. Para as primeiras, as estatuídas diretamente pelo texto constitucional, basta a referência ao texto constitucional. Para as normas “adscriptas” a referência ao texto é insuficiente, devendo-se recorrer a outra espécie de argumentos (ALEXI, Robert, *op. cit.*, p. 62-73). Para Enrique ALONSO GARCÍA, a imprecisão das normas constitucionais obriga o intérprete a delas extrair especificações, através de operação que não se confunde com subsunção, que, desde que corretas, passam a constituir, em si mesmas, o equivalente à Constituição. Denomina tais especificações de “normas subconstitucionales”. Cada sentença do Tribunal Constitucional “criaria” uma norma subconstitucional, salvo quando houvesse precedentes absolutamente idênticos (ALONSO GARCÍA, Enrique, *op. cit.* p. 1-15). As idéias expostas nesse trabalho não discrepam, em essência, das posições desses dois autores. O Judiciário pode extrair do texto constitucional, principalmente dos dispositivos que veiculem direitos fundamentais, normas de menor abstração, sendo inevitável, porém, o recurso a outras fontes que não o exiguo texto constitucional. Isso possibilita que mesmo dispositivos de elevada abstração, como os que veiculam princípios e programas, sejam utilizados para solução de caso concreto. Então o § 2.º do art. 5.º da CF/88, na parte ora examinada, apenas reconheceria tal faculdade ao Judiciário, autorizando a “criação” de novos direitos além daqueles diretamente estatuídos pelo texto constitucional.

erradicar a pobreza. Tem sempre que deles extrair normas de menor abstração para solução do caso concreto.

Ora, o disposto na primeira parte do § 2.º do art. 5.º autoriza o julgador a extrair dos princípios ou programas a regra que regulará o caso concreto, realizando a intermediação necessária para sua aplicação imediata. Não é necessário aguardar a intermediação legislativa.

Tal atividade está autorizada no âmbito específico de trabalho das Cortes, ou seja, resolver casos concretos, declarando direitos e obrigações decorrentes das normas jurídicas, seja qual for a espécie destas.

Tanto as regras como os princípios e programas constituem normas imediatamente invocáveis pelos tribunais para solução de casos concretos, sendo eles obrigados a conferir-lhes a máxima efetividade possível.

E quanto às normas consistentes em ordens de legislar, como, por exemplo, a contida no art. 37, IX, da Constituição brasileira (“a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”)? Podem ser invocadas da mesma maneira?

Conforme visto no início deste trabalho, não há dúvida de que tal norma se dirige especificamente ao legislador. Só este pode atender plenamente a ela, editando a lei pertinente.

Isso não significa que a norma, na falta de lei, não possa ser invocada pelos juízes para amparar pretensões em casos concretos. A razão é bastante simples: seria paradoxal não admitir que os juízes pudessem agir dessa maneira, quando poderiam invocar princípios e programas, normas de maior grau de abstração, para solução de casos concretos.

Diante da ausência de lei, os juízes devem realizar a intermediação necessária, recorrendo a outras fontes além do texto constitucional, a fim de tornar a norma imediatamente aplicável ao mundo dos fatos.

Com esta última afirmação, chega-se a um dos pontos que se queria demonstrar: todas as normas constitucionais, seja qual for sua natureza, podem e devem ser invocadas pelos juízes como razões de decidir nos casos concretos.

Essa posição tem a vantagem de evitar a difícil classificação abstrata de normas constitucionais quanto à eficácia ou aplicabilidade⁹⁷, tornando todas invocáveis para solução de casos concretos.

Não se quer aqui defender que não existem limites ao desenvolvimento e efetivação dessas normas. Estes, porém, não decorrem, principal e exclusivamente, da classificação da norma constitucional de acordo com a técnica de positivação adotada pelo constituinte.

Os limites decorrem do sistema constitucional de divisão de competências. Ambos, juízes e legislador, têm o dever de desenvolver e efetivar a Constituição. Aos primeiros, dada a especificidade de seu ofício, são impostas barreiras que serão examinadas no próximo capítulo.

⁹⁷ Em não raras vezes os tribunais brasileiros chegam a conclusões díspares sobre a qualidade de uma mesma norma. Apenas à guisa de exemplificação, mencionam-se os entendimentos contrapostos acerca da eficácia do art. 203, V, da CF/88, que trata de benefício da assistência social (vide AC n.º 93.01.30765-0/MG da 1.ª Turma do TRF da 1.ª Região e o AC n.º 95.03.028323/SP da 1.ª Turma do TRF da 3.ª Região, em TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1.ª REGIÃO. Gabinete de Revista. *op. cit.*, v. 3. p. 1.325-1.327, 1997).

5 LIMITES AO DESENVOLVIMENTO E EFETIVAÇÃO JUDICIAL DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Conforme visto, todas as normas constitucionais podem ser invocadas pelos juizes na solução de casos concretos, cabendo a estes desenvolvê-las e efetivá-las.

Não se trata de atividade “livre”, embora, às vezes, seja ampla a “criatividade” exigida do julgador. O juiz está vinculado aos métodos de interpretação da Constituição, principalmente aos seus princípios orientadores. Se estes não eliminam de todo a “subjetividade” de tal operação, conferem-lhe certo grau de objetividade, suficiente para que o resultado possa ser submetido ao controle da comunidade, principalmente dos demais operadores de direito. Mesmo nos casos em que seja ampla a “liberdade” deixada ao intérprete, existirão decisões “certas” e decisões “erradas” no contexto em que se inserem.

Assim, o primeiro limite ao desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais vem a ser exatamente os métodos e princípios orientadores da interpretação da Constituição.

Não se pretende aqui, entretanto, tratar especificamente desses princípios, que já foram comentados em capítulo próprio.

Pretende-se, sim, tratar de outras barreiras impostas à atuação da jurisdição constitucional, decorrentes do sistema de divisão de competência existente na ordem constitucional, conforme será visto nos próximos tópicos.

5.2 O “DOGMA” DA VEDAÇÃO DA ATUAÇÃO DO JUIZ COMO “LEGISLADOR POSITIVO”

Não poucas vezes o desenvolvimento e a efetivação judicial da Constituição têm sido obstaculizados sob o fundamento de que não caberia ao juiz atuar como “legislador positivo”. Como exemplo, pode ser citado o seguinte julgado do STF:

“EMENTA - Isonomia: alegada ofensa por lei que concede isenção a certa categoria de operações de câmbio, mas não a outra, substancialmente assimilável àquelas contempladas (DI 2.434/88, art. 6.º): hipótese em que, do acolhimento da inconstitucionalidade argüida, poderia decorrer a nulidade da norma concessiva da isenção, mas não a extensão jurisdicional dela aos fatos arbitrariamente excluídos do benefício, dado que o controle da constitucionalidade das leis não confere ao Judiciário funções de legislação positiva.”⁹⁸

Tal entendimento, aliás, é que levou ao esvaziamento da eficácia do mandado de injunção.

Ora, é certo que a Constituição brasileira não autoriza expressamente o juiz a suprir eventual omissão legislativa para o desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais. No entanto, cumpre-se reconhecer que também não proíbe expressamente atividade da espécie.

No tocante ao controle da inconstitucionalidade por ação, deve-se destacar que também inexistente autorização expressa na Constituição para que o juiz invalide lei que repute inconstitucional. Há certos dispositivos que reconhecem a competência do juiz para declarar que determinado ato normativo é inconstitucional. A teoria constitucional mais avançada reconhece, porém, que da declaração de inconstitucionalidade de ato infraconstitucional não decorre necessariamente a sua invalidação, ou, pelo menos, a sua invalidação retroativa⁹⁹. Se não existe nem se exige autorização constitucional expressa para que o juiz extraia as conseqüências decorrentes da declaração de

⁹⁸ Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n.º 200.188-0-SP - Primeira Turma - Rel.: Min. Sepúlveda Pertence - un. - j. 17/02/98 - , DJU I , de 13.03.98 – “*Lex – Jurisprudência da Supremo Tribunal Federal*”, n.º 235, julho/98, p. 124-126.

⁹⁹ Nos Estados Unidos, desde o caso “*Linkletter v. Walker*”, de 1965 (ALDISERT, Ruggero J. *The judicial process: text, materials and cases*. 2. ed. St. Paul: West Publishing, 1996. p. 45-46), a Suprema Corte reconhece a possibilidade de invalidação prospectiva da lei inconstitucional, o que também é autorizado pelo item 4 do art. 282 da Constituição Portuguesa.

inconstitucionalidade, no que se refere ao controle por ação, qual a razão de se exigir para o controle por omissão?

Admita-se, por um momento, que assim não seja, isto é, que a Constituição autorize expressamente o juiz a agir como “legislador negativo” e que não haja a mesma autorização expressa para ele atuar como “legislador positivo”. Aqui, tendo em vista que não haveria, pelo menos, vedação expressa, poderia o juiz assumir postura criativa frente ao texto constitucional, desenvolvendo suas potencialidades, ao que é obrigado por força do princípio da efetividade, o que o levaria a reconhecer que a Constituição contém pelo menos autorização implícita neste sentido.

Em toda Constituição escrita existe o princípio implícito de que todo comportamento a ela contrário reveste-se de ilicitude, o que decorre de sua própria supremacia. Se se tratar de inconstitucionalidade por ação, o princípio exige a invalidação retroativa do ato ilícito, salvo se existirem razões superiores em sentido contrário. Se se tratar de inconstitucionalidade por omissão, o princípio exige o seu suprimento, nas mesmas circunstâncias. Como a Constituição brasileira atribui ao Judiciário o controle da atividade dos demais poderes constituídos, o princípio exige que, em um e outro caso, a referida instituição tome as providências cabíveis para preservar a força normativa da ordem constitucional. O juiz tem, frente a casos concretos, o dever geral de dizer o Direito aplicável, mesmo que para isso seja necessário invalidar ato legislativo inconstitucional ou suprir omissão legislativa inconstitucional.

Cabe lembrar que, na sentença mais memorável de Direito Constitucional, “*Marbury v. Madison*”, de 1803, MARSHALL atribuiu ao Judiciário a função de controle de constitucionalidade sobre os atos dos demais poderes, sem que houvesse autorização expressa para tanto na Constituição norte-americana. Se isso foi feito em 1803, nos Estados Unidos, coisa semelhante pode ser feita hoje no Brasil, em relação ao controle de constitucionalidade por omissão, atribuindo-se ao juiz os poderes necessários para afastar o estado de inconstitucionalidade.

O dogma da vedação da atuação judicial como “legislador positivo” apenas faria sentido caso houvesse diferença substancial entre o controle de constitucionalidade por ação e o controle de constitucionalidade por omissão.

Entretanto, em ambas as hipóteses, o juiz interfere no âmbito da atividade legislativa.

O julgador, no exercício do controle de constitucionalidade, invade inevitavelmente área reservada ao legislador. Assim age, entretanto, para resguardar a supremacia da Constituição. Aliás, a intensidade da interferência parece ser maior no caso de invalidação de ato legislativo inconstitucional do que no de suprimento de omissão inconstitucional. No primeiro caso, o juiz estará sobrepondo sua interpretação da Constituição à interpretação legislativa, dizendo que a lei, um ato positivo do legislador, é incompatível com a Carta Constitucional. No segundo, o juiz apenas atua supletivamente, censurando não uma ação do legislador, mas uma omissão, ou melhor, talvez apenas desenvolvendo e efetivando a Constituição, independentemente do legislador e no âmbito de suas atribuições específicas, ou seja, no julgamento de casos concretos, sem que sequer cogite de uma censura a outro poder constituído. Se em um regime democrático são problemáticas decisões judiciais que invalidam decisões legislativas, menos problemáticas são decisões judiciais que suprem vazios legislativos.

Tanto no controle por ação como no controle por omissão, resta preservado o pluralismo político e as competências democráticas dos órgãos legislativos. Se o Judiciário invalida lei que reputa inconstitucional, o legislador pode editar novo ato normativo, oferecendo outro regramento para a mesma matéria, resguardadas as orientações contidas na decisão judicial. Se o Judiciário supre vazio legislativo, nada impede que o legislativo edite ato normativo sobre a mesma matéria, oferecendo regramento diverso daquele apresentado pelo Judiciário, embora também resguardadas as orientações contidas na decisão judicial.

Em verdade, o apego ao “dogma” da vedação ao suprimento judicial dos vazios legislativos não se reveste de racionalidade. Que existem limites ao desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais é coisa que não se discute. Entretanto, tão intrincado problema não pode ser resolvido mediante recurso a argumentos destituídos de maior substância.

5.3 DENSIDADE INSUFICIENTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Já se mencionou que não é comum encontrar nos textos constitucionais, por suas próprias características, regramentos minuciosos acerca das matérias por eles abarcadas. Revestem-se de elevada abstração e abertura, sendo amplas, por conseqüência, as possibilidades de desenvolvimento e efetivação.

É ampla, por conseguinte, a liberdade de conformação do legislador democrático, valendo aqui sua primazia no desenvolvimento e efetivação da Constituição.

A falta de densidade e a liberdade de conformação do legislador têm sido postas como obstáculos ao desenvolvimento e efetivação judicial da Constituição, principalmente em relação a princípios, programas ou a normas de direitos fundamentais a prestações materiais, os mais carecedores de regulamentação por normas infraconstitucionais¹⁰⁰.

Este obstáculo, contudo, só pode ser reputado intransponível caso os juízes não possam recorrer a elementos não-textuais para o preenchimento dos vazios deixados pelo texto constitucional.

É, aliás, o que faz o legislador quando pretende desenvolver e efetivar as normas constitucionais. O exíguo texto constitucional não lhe fornece todos os elementos necessários para o cumprimento de tal tarefa, sendo obrigado a recorrer a dados não-textuais. Direitos a prestação material, como o previsto no art. 7.º, II (seguro-desemprego), e mesmo direitos de outra natureza, como o de não ser submetido a sanções criminais não-proporcionais ao delito, que se extrai

¹⁰⁰ É oportuno citar Ingo SARLET, com a ressalva de que, para esse autor, a falta de densidade normativa não constitui obstáculo intransponível: "Assim, eventual decisão dos tribunais no sentido da não-aplicação de um ato, especialmente de natureza normativa, que afronte os direitos fundamentais prestacionais deve, necessariamente, levar em conta a maior liberdade de conformação do legislador nesta seara, de tal sorte que a não-aplicação da lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade não parece justificada para além daquele grau mínimo de concretização (determinação ou determinabilidade do conteúdo) inerente à norma constitucional erigida como parâmetro do controle. Por outro lado averbe-se a função dos tribunais no exercício do controle da inconstitucionalidade por omissão, que, por sua vez, se encontra em estreita relação com o grau de vinculação do próprio legislador aos direitos a prestações. Neste sentido, pode afirmar-se – consoante já referido alhures – que a sindicabilidade judicial da inconstitucionalidade por omissão é proporcional em relação ao grau de densidade normativa da

do inciso XLVI do art. 5.º, todos da Constituição brasileira, dependem, para seu desenvolvimento e efetivação, do recurso a elementos não-textuais.

Se os juizes pretenderem desenvolver e efetivar as normas constitucionais, também se verão obrigados a recorrer a elementos não-textuais para preencherem os espaços vazios por elas deixados.

Isso não ocorre somente no campo do Direito Constitucional. O julgador também se vê forçado a recorrer a elementos não-textuais para interpretar normas infraconstitucionais, principalmente aquelas que possuam conceitos jurídicos indeterminados. Tome-se como exemplo o art. 219 do Código Penal brasileiro, que descreve o crime de raptio libidinoso (“Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fins libidinosos”). Sem o recurso a elementos não-textuais, não se chegará à definição adequada do que vem a ser “mulher honesta”.

Portanto, a falta de densidade do texto constitucional pode ser superada mediante o recurso a elementos não-constantemente no texto. É de se reconhecer, entretanto, que, em comparação com o legislador, existe uma vinculação mais estreita do juiz com o texto. Afinal, ao legislador é atribuída competência para inovar a ordem jurídica, devendo apenas não violar as normas constitucionais. Nem sempre, portanto, está desenvolvendo e efetivando normas constitucionais. Já o juiz carece de legitimidade para inovar a ordem jurídica, sem que sua atividade possa ser compreendida como desenvolvimento e efetivação de norma constitucional. Os elementos não-textuais a que o juiz pode recorrer devem, de alguma forma, reportar-se ao texto constitucional, visando apenas preencher a sua vagueza.

O desenvolvimento e a efetivação judicial das normas constitucionais, por mais vagas que sejam, estarão legitimados caso o juiz logre demonstrar a consistência de sua atividade. Se assim fizer, não se coloca em questão o argumento democrático. Este exige apenas, conforme visto, a reserva de consistência.

norma impositiva ou programática e, portanto, ao grau de dependência que esta gera para o legislador.” (SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 332)

Não se duvida de que o grau de densidade das normas constitucionais influi na facilidade ou dificuldade de tal demonstração. Não constitui, porém, obstáculo intransponível para o desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais.

Tratando-se de controle judicial de ato legislativo, a sua invalidação demandará a demonstração, pelo juiz, de que este é incompatível com a Constituição. Se a norma violada for densa, será mais fácil a tarefa do juiz. Do contrário, apresentar-se-ão algumas dificuldades. Não se exclui, porém, a possibilidade de demonstração de que ato legislativo violou norma constitucional de elevada abstração, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana ou do Estado Democrático de Direito.

Tratando-se de desenvolvimento e efetivação judicial à margem de vazios legislativos, a reserva de consistência não exige a demonstração da incompatibilidade de ato legislativo com a Constituição, o que torna a tarefa aparentemente mais fácil. Obviamente, a falta de densidade das normas constitucionais que se pretende desenvolver e efetivar gerará dificuldades para o intérprete, obrigando-o a recorrer a elementos não-textuais que possam, de alguma forma, ser reportados aos elementos textuais. A dificuldade da tarefa não exclui a possibilidade de realizá-la.

Em suma, a falta de densidade normativa de alguns preceitos constitucionais, embora seja obstáculo para seu desenvolvimento e efetivação judicial, somente o é à medida que gera dificuldades adicionais para o julgador, sendo, portanto, transponível. Em verdade, compreendida dessa maneira, a falta de densidade normativa se insere no limite mais amplo da reserva de consistência.

5.4 “RESERVA DE CONSISTÊNCIA” DAS INTERPRETAÇÕES JUDICIAIS

Por força do argumento democrático, já se afirmou que as interpretações judiciais exigem uma “reserva de consistência” para se sobreporem às interpretações legislativas.

Em sede de controle de inconstitucionalidade por ação, tal reserva exige que o Judiciário apresente argumentos substanciais quanto à incompatibilidade do ato normativo impugnado em relação à Constituição.

Se o caso for de inconstitucionalidade por omissão, não há decisão legislativa à qual o Judiciário deve sobrepor-se. Não obstante, o desenvolvimento e efetivação da Constituição são sempre algo que requer cuidado, mesmo quando presente vazio legislativo, principalmente em virtude da carência de legitimidade democrática do Judiciário.

— Não podem ser desenvolvidas e efetivadas normas constitucionais sem que o Judiciário reúna argumentos e elementos suficientes para demonstrar o acerto do resultado que pretende alcançar.

Em se tratando, por exemplo, da já citada norma prevista no inciso VIII do art. 37 da Constituição Federal (“a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”), não lhe cabe fixar arbitrariamente um percentual, mas sim reunir os dados necessários, que deverá procurar principalmente em ciências não-jurídicas, valendo-se de peritos e dos estudos científicos que forem necessários, para conferir à referida norma o desenvolvimento e efetivação cabíveis. Aqui, o processo judicial deve ter a instrução necessária para ser tomada a decisão mais correta possível dentro do contexto em que se insere. Embora tal tarefa possa oferecer grandes dificuldades, principalmente diante do usual abarrotamento da agenda judicial, não é lícito ao juiz dela se descuidar, restando observar que as partes poderão fornecer o auxílio necessário para sua viabilização.

Consideração especial merecem as hipóteses em que não há completo vazio legislativo, mas nas quais ocorreu um “cumprimento imperfeito de um dever de legislar”, casos típicos de inconstitucionalidade por omissão legislativa parcial, segundo a doutrina¹⁰¹. Para identificar casos da espécie, mistos de inconstitucionalidade por ação e por omissão, basta suprimir mentalmente o ato impugnado. Se o estado de inconstitucionalidade agravar-se, estar-se-á diante de inconstitucionalidade por omissão parcial, que recebe na atual prática judicial o mesmo tratamento conferido à omissão total, ou seja, o julgador nada faz, pois

não estaria autorizado a supri-la, agindo como “legislador positivo”, o que é incorreto, conforme já demonstrado.

A reserva de consistência exige aqui que o juiz demonstre o desacerto do ato legislativo que pretendeu desenvolver e efetivar a Constituição, apontando solução que seja mais adequada.

Tome-se o exemplo da norma constitucional que prevê o salário mínimo como um direito fundamental dos trabalhadores, veiculando ordem ao legislador para que seu valor seja fixado segundo determinados parâmetros (art. 7.º, IV, da CF/88):

“Art. 7.º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

(...)”

Se o legislador fixar o valor do salário-mínimo em desconformidade com os parâmetros constitucionais, estar-se-á diante de inconstitucionalidade. Se a lei, entretanto, fosse apenas suprimida, agravar-se-ia o estado de inconstitucionalidade, pois onde antes existia um cumprimento imperfeito da Constituição agora existiria um total vazio normativo, muito mais grave.

Como se trata de caso de inconstitucionalidade por omissão, o Judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, tem-se limitado a reconhecê-la, sem contudo tomar qualquer providência efetiva para repará-la¹⁰².

De acordo com a concepção aqui defendida, o juiz poderia invocar tal dispositivo constitucional para a solução de caso concreto, pronunciando a inconstitucionalidade da lei imperfeita, o que o obrigaria a suprir sua falta. Estaria assim desenvolvendo e efetivando a Constituição, tendo para isto, conforme visto, a competência constitucional necessária. No entanto, a reserva de consistência exigiria a demonstração do desacerto da lei e a busca do valor compatível com o

¹⁰¹ CLÉVE, Clèmerson Merlin, *op. cit.*, 1995. p. 43.

¹⁰² ADIN n.º 1.458-7, Rel. Min. Celso de Mello, DJU I, de 20/09/96, p. 34.531.

comando constitucional, para o que o juiz deveria valer-se de amplos dados empíricos. Como o juiz não pode permanecer alheio às conseqüências de suas decisões, teria, inclusive, de verificar os reflexos de sua decisão para a economia do País. O desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais, principalmente as que envolvem direitos a prestações materiais, submetem-se à reserva do possível, de que adiante se tratará mais especificamente. O juiz precisa considerar essas repercussões à luz do que aconteceria caso sua decisão fosse estendida a todos os caso análogos, transcendendo aos limites da causa "sub judice".

Não são pequenas as dificuldades que decisão da espécie ofereceria. O julgador teria que munir-se de amplos dados empíricos, a fim de proferir a decisão adequada, conferindo a devida abertura à instrução processual, eventualmente com a requisição de informações de diversas entidades públicas e privadas. Não obstante, apesar das dificuldades, não se trata de tarefa de impossível realização. Ademais, a mesma questão seria levada a diversos juízes, e, em seguida, às instâncias recursais, cada qual podendo oferecer sua contribuição ao enriquecimento do debate. Com o devido tempo, a racionalidade própria do sistema judicial, com erros e acertos, poderia conferir à questão o amadurecimento necessário, possibilitando o desenvolvimento e a efetivação adequadas para a referida norma constitucional.

Deve-se ressaltar que a necessidade do recurso a dados empíricos, eventualmente através de ciências não-jurídicas, pode ocorrer mesmo quando não se estejam discutindo casos tratados como de "inconstitucionalidade por omissão". Afinal, mesmo cabendo principalmente ao legislador o desenvolvimento e a efetivação da Constituição, não pode ele ser arbitrário no desempenho de tal atribuição. O resultado dos trabalhos legislativos também pode, por conseguinte, ser impugnado com base em dados empíricos ou trabalhos científicos, o que obrigaria o juiz a examiná-los da mesma forma que nos casos de vazios legislativos.

A Suprema Corte norte-americana, em não poucos julgados, recorreu a dados fornecidos por ciências não-jurídicas como subsídios para decisões proferidas no exercício da jurisdição constitucional.

No já aludido “*Brown v. Board of Education*”, de 1954, o “Chief Justice” WARREN serviu-se de estudos psicológicos modernos, todos citados na nota n.º 11 do julgado, para concluir que a segregação escolar impunha às crianças pertencentes à minoria negra sentimento de inferioridade que lhes trazia prejuízos irremediáveis, afetando, inclusive, seu rendimento escolar¹⁰³.

Em outro caso, também já citado, “*Roe v. Wade*”, de 1973, no qual a Suprema Corte invalidou leis estaduais que criminalizavam indiscriminadamente a prática do aborto, o Juiz HARRY BLACKMUN serviu-se de amplos trabalhos e estatísticas médicas em sua argumentação. É oportuno exame mais detido desta decisão, sem sombra de dúvida uma das polêmicas proferidas pela Corte citada.

Primeiramente, BLACKMUN entendeu que o direito de privacidade da mulher abrangia sua decisão de interromper ou não a própria gravidez. Porém, tal direito não era absoluto, podendo ser limitado por objetivos políticos válidos, que, entretanto, deveriam ser preponderantes:

“Tendo por base elementos como esses, os apelantes e alguns informantes da Corte alegaram que o direito da mulher é absoluto e que ela está autorizada a interromper sua gravidez em qualquer tempo, por qualquer meio ou por qualquer razão que ela sozinha escolha. Com isso nós não concordamos. As decisões das Cortes que reconheceram o direito de privacidade também estabeleceram que era apropriada alguma regulação estatal em áreas protegidas por esse direito. Algum Estado pode, de forma apropriada, reivindicar interesses importantes em resguardar a saúde, em manter procedimentos médicos padrões, e em proteger a vida em potencial. Em algum ponto na gravidez, esses interesses respectivos tornam-se preponderantes para sustentar a regulação dos fatores que governam a decisão acerca do aborto.”¹⁰⁴

¹⁰³ Do voto do Juiz WARREN, extrai-se o seguinte trecho: “Separá-los de outros de idade e qualificações similares só em virtude da raça gera um sentimento de inferioridade de seu ‘status’ na comunidade que deve afetar seus corações e mentes de um modo que provavelmente não possa ser desfeito. ... Qualquer que fosse a extensão dos conhecimentos psicológicos na época de ‘Plessy’, essa observação é amplamente amparada pelas autoridades modernas.” (“To separate them from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone. ...Whatever may have been the extent of psychological knowledge at the time of ‘Plessy’, this finding is amply supported by modern authority.”) (LOCKHART, William B. *et al.*, *op. cit.*, p. 1.173.)

¹⁰⁴ “On the basis of elements such as these, appellants and some amici argue that the woman’s right is absolute and that she is entitled to terminate her pregnancy at whatever time, in whatever way, and for whatever reason she alone chooses. With this we do not agree. [The] Court’s decisions recognizing a right of privacy also acknowledge that some state regulation in areas protected by that right is appropriate. [A] state may properly assert important interests in safeguarding health, in maintaining medical standards, and in protecting potential life. At some point in pregnancy, these respective interests become sufficiently compelling to sustain regulation of the factors that govern the abortion decision.” (LOCKHART, William B. *et al.*, *op. cit.*, p. 410.)

Fixados os interesses que poderiam sustentar leis restritivas ao aborto, BLACKMUN recorre a diversos dados empíricos para demonstrar quando eles se tornavam preponderantes em relação ao direito de privacidade da mulher.

O interesse estatal pela proteção da saúde da mulher tornava-se preponderante apenas ao final do terceiro trimestre de gravidez. Antes deste período, as estatísticas demonstravam que a mortalidade presente na prática abortiva era inferior à mortalidade decorrente de partos normais. Portanto, só a partir do primeiro trimestre o Estado poderia estabelecer exigências médicas especiais para a prática do aborto, mas apenas com o fim de proteção da saúde da mulher, exigindo, por exemplo, qualificações especiais para o profissional responsável pela operação médica.

No que se refere ao interesse pela proteção da vida em potencial, o “*compelling point*” ocorreria somente a partir de sua “viabilidade”, ou seja, após vinte e oito semanas, quando a vida do feto fora do útero da mãe torna-se viável. A partir deste ponto, seria lícito, inclusive, a proibição total da prática do aborto, salvo quando este fosse necessário para preservar a vida e a saúde da mãe.

Aqui não importam tanto as críticas que se fizeram e que ainda podem ser feitas a tais decisões, mas apenas a demonstração do papel que dados fornecidos por outras ciências podem ter para a jurisprudência constitucional¹⁰⁵.

O recurso a tais dados não é prática usual nos tribunais brasileiros, que, salvo talvez em hipóteses excepcionais, têm-se limitado a argumentos puramente semânticos, principalmente relativos a incompatibilidade textual entre normas constitucionais e infraconstitucionais.

O acerto das decisões judiciais a respeito de temas constitucionais relevantes não pode, porém, prescindir das mais amplas informações, vindas, se necessário, de ciências não-jurídicas. Se o legislador delas não prescinde quando do desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais no âmbito de sua função, não pode o julgador ignorá-las, submetido que está à reserva de consistência.

¹⁰⁵ Sobre este tema e, ainda, para relato de experiências da jurisprudência constitucional germânica a esse respeito, vide MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial*. In: _____, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998. p. 464-478.

Poderá, é certo, existir um limite para as respostas que podem ser fornecidas por outras ciências. Estas não eliminam os métodos tradicionais de interpretação da Constituição, nem a vinculação do intérprete aos princípios já mencionados. No entanto, no espaço que lhes cabe, poderão contribuir para que o Judiciário tome a decisão mais adequada, reduzindo, ainda mais, a possibilidade da ocorrência de arbítrio.

O recurso a dados extraídos de ciências não-jurídicas, quando necessário, é obrigatório se forem desejadas decisões “racionais” da jurisprudência constitucional. Isto se faz presente tanto quando o juiz controla a constitucionalidade de determinado ato do legislador, como quando é chamado a agir devido aos vazios deixados por este.

Portanto, em resumo, o julgador, no exercício do controle de constitucionalidade, poderá ver-se obrigado a ampliar a instrução probatória, recorrendo a dados extraídos de ciências não-jurídicas, para superar a barreira da “reserva de consistência”. Somente com a superação desta, estará autorizado a invalidar ato legislativo ou suprir vazio da mesma espécie, desenvolvendo e efetivando as normas constitucionais.

Cabe destacar, por último, que o limite da reserva de consistência impedirá o juiz de desenvolver e efetivar normas constitucionais que demandem a elaboração de políticas públicas de certa complexidade. Faltaria ao Judiciário, por exemplo, capacitação para elaboração de política habitacional ou que visasse à efetivação do objetivo previsto no inciso VIII do art. 170 da Constituição Federal (“busca do pleno emprego” como um dos princípios da ordem econômica)¹⁰⁶. Todavia, a extensão deste impedimento dependerá da prática judiciária. A criatividade desta poderá contribuir para o alargamento do controle judicial, na

¹⁰⁶ Isso não impede, porém, que o Judiciário invalide, por inconstitucionalidade, políticas públicas, ainda que decorrentes de omissão governamental, contrárias aos princípios previstos na Constituição Federal. Konder COMPARATO admite declaração de inconstitucionalidade de políticas públicas contrárias à Constituição (COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, v. 86, n. 737, p. 11-22, mar. 1997). Segundo esse autor, a política pública constitui conjunto de normas e atos unificado pela sua finalidade. A seu ver, o controle de constitucionalidade de políticas públicas demandaria reforma constitucional e deveria ser levado a cabo através de controle direto e concentrado do órgão de cúpula do sistema judiciário. Entretanto, acredita-se que o controle de constitucionalidade de políticas públicas já é possibilidade existente no atual quadro constitucional. Os atos, normativos ou materiais, que compõem determinada política pública podem ser atacados tanto em controle abstrato ou incidental (observadas, obviamente, as peculiaridades de cada modo de controle – por

medida em que forem encontrados caminhos para a elaboração de políticas públicas, mesmo complexas, através do Judiciário¹⁰⁷.

5.6 RESERVA DO POSSÍVEL

No que se refere ao desenvolvimento e efetivação de direitos fundamentais a prestações materiais, estatais ou privadas, o juiz deverá ter especial cuidado, uma vez que estes direitos se submetem à “reserva do possível”.

Em primeiro lugar, o juiz não pode desenvolver ou efetivar direitos sem que existam meios materiais disponíveis para tanto.¹

Por outro lado, mesmo que existam meios para viabilização de determinada prestação material especificamente estatal, não se pode olvidar que são escassos os recursos orçamentários. Viabilizar aqui pode inviabilizar acolá. Em outras palavras, o atendimento de determinada pretensão a prestações materiais pode esvaziar outras. Com base nesta constatação, pode-se defender o entendimento de que caberia exclusivamente ao legislador, em virtude do

exemplo, atos materiais não podem ser objeto de controle abstrato), neste último caso, preferivelmente, através de ações coletivas.

¹⁰⁷ Já se falou anteriormente do caso “*Brown*”. Observe-se que a Suprema Corte ordenou a realização de larga política pública de dessegregação racial das escolas norte-americanas. Afinal, não bastava franquear aos reclamantes o acesso a escolas reservadas aos brancos. Os reclamantes tinham direito de acesso a escolas dessegregadas, o que implicava alteração completa do quadro escolar. A Suprema Corte, apesar de reconhecer a inconstitucionalidade da segregação nas escolas, deixou às autoridades administrativas, principalmente às Juntas de Educação, a tarefa de implementar o julgado “with all deliberate speed” (com toda rapidez deliberada), sujeitas, contudo, ao controle judicial das Cortes Distritais, o que acarretou vários outros processos judiciais. Tão interessante quanto “*Brown*” é a implementação do resultado do julgado. Em um desses casos, “*Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*”, de 1971 (LOCKHART, William B. *et al.*, *op. cit.*, p. 1.202-1.205), a Suprema Corte manteve decisão do Juiz Federal MCMILLIAN que, dada a recalcitrância das autoridades administrativas em cumprir “*Brown*”, ordenou a implementação de plano de dessegregação elaborado por perito judicial. Do voto condutor do Juiz Warren BURGER, destaca-se o seguinte trecho: “Se as autoridades escolares falham em suas obrigações afirmativas (em eliminar das escolas públicas todos os vestígios da segregação imposta pelo Estado), a autoridade judicial pode ser invocada. Uma vez demonstrado um direito e a sua violação, é ampla a esfera de ação dos poderes de equidade da corte distrital para remediar os erros do passado; abertura e flexibilidade são inerentes aos remédios da equidade.” (“If school authorities fail in their affirmative obligations [to eliminate from the public schools all vestiges of state-imposed segregation] judicial authority may be invoked. Once a right and a violation have been shown, the scope of a district court’s equitable powers to remedy past wrongs is broad, for breadth and flexibility are inherent in equitable remedies.” - LOCKHART, William B. *et al.*, *op. cit.*, p. 1.202). Tal decisão ilustra a possibilidade de adoção de política pública de certa complexidade através do Judiciário, sempre que necessário para remediar situação incompatível com a Constituição.

argumento democrático e de sua especial competência orçamentária, definir como os recursos existentes serão utilizados.

“A reserva do possível constitui, portanto, severo obstáculo para o desenvolvimento e efetivação judicial dos direitos a prestações materiais, estatais ou privadas. Não se trata, contudo, de barreira intransponível. O Judiciário, por óbvio, não poderá tornar viável o inviável. No entanto, aqui é necessário apenas distinguir o viável do inviável, o que leva, em última análise, ao problema da reserva de consistência. Não sem dificuldades e mediante recursos a dados empíricos, é possível verificar quais prestações materiais, e em que grau, são de possível atendimento.

Quanto ao outro argumento, faça-se a ressalva de que a competência reservada ao legislador para elaboração da lei orçamentária não é absoluta, estando sujeita a normas constitucionais. Talvez o legislador disponha aqui de maior “liberdade” devido à falta de maior grau de determinação dos parâmetros constitucionais. Entretanto, esta “liberdade” é ainda vinculada, não podendo o legislador descuidar-se de suas tarefas constitucionais, o que torna possível o controle judicial.

Se o juiz entender, consistentemente, que a Constituição compreende determinado direito fundamental a prestação de cunho material, definindo, eventualmente, através de elementos não-textuais, o seu conteúdo (sem olvidar-se das possibilidades materiais existentes), a “liberdade” do legislador na definição da política orçamentária não poderá mais ser invocada como barreira, sob pena de ele sobrepor-se à Constituição.

De passagem, cumpre lembrar que o desenvolvimento e efetivação de outros direitos fundamentais, mesmo os de defesa ou os de não-sujeição, que não exigem, a princípio, prestações de cunho material, podem também interferir na competência orçamentária do legislador. A violação de um direito fundamental do contribuinte, como a não-observância de sua capacidade contributiva¹⁰⁸, pode acarretar a invalidação de lei tributária, afetando o orçamento público, sendo que

¹⁰⁸ O art. 145, §1.º, da Constituição brasileira veicula o princípio da capacidade contributiva, informador do sistema tributário nacional: “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”

a reserva de competência do legislador para a elaboração deste não é comumente colocada como barreira para o reconhecimento de direitos fundamentais da espécie. É de se concluir, por conseguinte, que a reserva de competência do legislador na elaboração do orçamento e na alocação dos recursos existentes não constitui barreira suficiente para obstaculizar, por si só, o desenvolvimento e efetivação judicial de normas constitucionais¹⁰⁹.

Outrossim, recaído na obviedade, vale ressaltar que a decisão quanto à alocação dos recursos estatais existentes é das mais importantes nos Estados contemporâneos. Não parece coerente deixá-la imune a qualquer controle judicial

De todo modo, a complexidade da tarefa de determinação da reserva do possível e a especial habilitação do legislador na elaboração da lei orçamentária recomendam que o juiz atue com redobrada cautela no desenvolvimento e efetivação de direitos fundamentais a prestações materiais, com especial ênfase para a reserva de consistência. Aliás, a reserva do possível constitui apenas uma faceta do limite mais abrangente da reserva de consistência, merecendo aqui tratamento em separado apenas para fins didáticos.

¹⁰⁹ALEXY, defendendo o desenvolvimento e efetivação judicial de direitos sociais mínimos, rechaça que a reserva de competência do legislador para elaboração do orçamento constitua limite intransponível: "También los derechos fundamentales sociales mínimos tienen considerables efectos financieros cuando son muchos quienes los hacen valer. Sin embargo, esto solo no justifica inferir la no existencia de estos derechos. La fuerza del principio de la competencia presupuestaria del legislador no es ilimitada. No es un principio absoluto. Derechos individuales pueden tener más peso que las razones de política financiera." (ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 495.)

6 DESENVOLVIMENTO E EFETIVAÇÃO JUDICIAL DE NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL DE ACORDO COM SUA CLASSIFICAÇÃO

6.1 CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL

A estrutura e o conteúdo diferenciados das normas constitucionais têm importantes reflexos para seu desenvolvimento e efetivação.

Tratando agora apenas das normas de direito fundamental, deve-se reconhecer que, apesar dos pontos em comum, existem sensíveis diferenças entre as atividades necessárias para desenvolver e efetivar direito de defesa e aquelas necessárias para desenvolver e efetivar direito a prestação estatal, sendo que já foi visto, inclusive, que este último se submete à reserva do possível, barreira não presente no primeiro caso.

Como a tarefa específica do Judiciário é desenvolver e efetivar direitos, é da máxima importância para este trabalho a classificação dos direitos fundamentais.

É conhecida a classificação de tais direitos de acordo com a ordem cronológica de sua incorporação nas Declarações de Direitos ou nas Constituições dos mais diversos países.

Com as revoluções americana e francesa do final do século XVIII, surgiram os direitos de primeira geração, consistentes nas liberdades e no direito de propriedade.

Com o surgimento da “questão social” no século seguinte, iniciou-se a luta pelo reconhecimento dos denominados direitos sociais, ditos de segunda geração, que visavam, principalmente, assegurar condições de existência material digna para os trabalhadores. A Constituição mexicana de 1917, seguida pela Constituição da República de Weimar de 1919, foram as pioneiras na incorporação de direitos dessa natureza.

Posteriormente, iniciaram-se os reclamos por uma nova geração de direitos, estes pertencentes não ao indivíduo, mas à coletividade, como o direito à paz, ao desenvolvimento e ao meio ambiente, vários dos quais já incorporados a

diversos textos constitucionais, como é o caso do direito ao meio ambiente na Constituição brasileira de 1988 (art. 225).

Há quem já fale, como Paulo BONAVIDES, em uma quarta geração de direitos fundamentais, entre estes o direito à democracia, à informação e ao pluralismo político¹¹⁰.

Embora seja essa a classificação mais conhecida, não é a que interessa para os fins deste trabalho.

Robert ALEXY argumenta que as normas de direito fundamental atribuem ao indivíduo três posições jurídicas subjetivas básicas: a) direitos a algo; b) liberdades; c) competências¹¹¹.

Os direitos a algo englobam tanto direitos a ações negativas como a ações positivas do Estado (abstraindo aqui a eficácia das normas de direito fundamental contra particulares). Os direitos a ações negativas, os clássicos direitos de defesa, abrangem: a) direitos a que o Estado não impeça ou obstaculize determinadas ações do titular do direito; b) direitos a que o Estado não afete determinadas propriedades ou situações do titular do direito; c) direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito. Os direitos a ações positivas se dividem em dois grupos: direitos a prestações fáticas, que aqui se prefere denominar de prestações materiais, e direitos a prestações normativas.

As liberdades jurídicas consistem em posições jurídicas subjetivas, pelas quais o indivíduo se encontra habilitado juridicamente tanto a agir como a não agir de determinada maneira, no sentido de não existirem proibições ou ordens de atuação. Têm por objeto, portanto, uma alternativa de ação. Esclarece-se, ainda, que a proteção constitucional às liberdades pode ir além da mera atribuição de uma posição livre ao indivíduo. A norma constitucional que estabelece liberdade pode ainda compreender: direito a uma ação negativa de que o Estado não obstaculize a fruição da liberdade; competência para reparar violações à liberdade; direito a uma ação positiva do Estado para que terceiros não obstaculizem a fruição da liberdade; e, por fim, direito a prestações fáticas, tais

¹¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 525

¹¹¹ ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 186 e seguintes.

como subvenções, que assegurem condições materiais para a fruição da liberdade.

As competências criam a possibilidade de atos jurídicos e, com isso, a capacidade de modificar situações jurídicas, como celebrar contratos e testamentos ou contrair matrimônio. As competências conferem ao seu titular capacidades que este não possui por sua própria natureza. A norma que atribui competência cria, em contrapartida, uma posição de sujeição para aquele em face do qual a competência será exercida, bem como uma posição de não-sujeição fora do âmbito da competência concedida. Assim, de normas constitucionais que atribuem competências ao Estado, ou fixam limites a estas, podem ser extraídos direitos fundamentais de não-sujeição para os particulares.

É de se destacar que de um mesmo dispositivo da Constituição podem ser extraídas diversas normas de direito fundamental, demandando estas, é certo, argumentação adequada, que atribuam posições jurídicas subjetivas diferenciadas ao seu titular. Do disposto no “caput” do art. 5.º da Constituição brasileira, que garante aos brasileiros e estrangeiros o direito à vida, pode-se, em princípio, extrair: a) norma que veda a pena de morte (vedação, aliás, reiterada na alínea “a” do inciso XLVII do mesmo artigo), nítido direito a ação negativa; b) norma que atribui ao particular direito a ação positiva do Estado para obstaculizar que terceiros lhe ameacem a vida; c) norma que atribui ao particular direito a ação negativa do Estado para não privá-lo dos meios necessários para sua subsistência; d) norma que atribui ao particular direito a ação positiva do Estado que lhe assegure a sobrevivência, como direito a tratamento médico gratuito, quando não dispuser dos meios materiais para arcar com a despesas necessárias.

VIEIRA DE ANDRADE ressalta esta complexidade estrutural dos direitos fundamentais, cuja representação mais adequada seria a de *“um feixe de faculdades ou poderes de tipo diferente e diverso alcance, apontados em direcções distintas”*¹¹².

Esse autor, aliás, prefere classificar os direitos fundamentais em três espécies (direitos de defesa, direitos de participação e direitos a prestação), que

¹¹² ANDRADE, José Carlos Vieira de, op. cit., p. 189.

levariam em conta, segundo ele, o conteúdo e o modo de proteção dos direitos fundamentais¹¹³.

Não cabe aqui, tendo em vista serem outros os objetivos deste trabalho, aprofundamento no tema, que, aliás, não se encontra isento de controvérsias.

Dada a sua relativa simplicidade, basta, para o que aqui se pretende (destacar as diferenças no desenvolvimento e efetivação dos diversos tipos de direitos fundamentais), a classificação apresentada por ALEXY para as posições jurídicas subjetivas básicas.

Desde logo, evidencia-se que o desenvolvimento e a efetivação judicial das normas de direito fundamental enfrentam obstáculos diferenciados, de acordo com a específica natureza de cada uma. Essas diferenças, aliadas ao tratamento jurídico outorgado aos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, constituem os fatores determinantes para a aplicabilidade e eficácia das normas em questão, o que se examinará no tópico seguinte.

6.2 LIBERDADES E DIREITOS A AÇÕES NEGATIVAS

O desenvolvimento e a efetivação das normas de direito fundamental que atribuam posições jurídicas subjetivas de liberdade ou direitos a ações negativas para os indivíduos não oferecem dificuldades especiais, além daquelas próprias de qualquer argumentação jurídica. A única barreira é a da reserva de consistência, não incluída nesta a faceta da reserva do possível.

O juiz, mesmo que falte lei regulamentadora, pode tornar realidade liberdades ou direitos a ação negativa previstos no texto constitucional, seja qual for a densidade dos dispositivos respectivos, uma vez que, para tanto, não se exige, em princípio, qualquer ato positivo por parte do Estado, mas apenas a sua abstenção. Cabe destacar que o Judiciário reúne o instrumental necessário para coibir, até mesmo preventivamente, comportamentos contrários a esta espécie de direitos.

Formas mais complexas de proteção de liberdades podem, contudo, oferecer dificuldades adicionais. Já se mencionou que de dispositivo que

¹¹³ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *op. cit.*, p. 192.

estabelece liberdade constitucional se pode extrair, desde que com a devida fundamentação, direito a uma ação positiva do Estado para que terceiros não obstaculizem a fruição da liberdade, ou mesmo direito a prestações fáticas, tais como subvenções, que assegurem condições materiais para a fruição da liberdade. Para essas posições jurídicas subjetivas, já se colocam outras barreiras, mais complexas, como a da reserva do possível.

6.3 COMPETÊNCIAS E ZONAS DE NÃO-SUJEIÇÃO

Normas de direito fundamental que atribuam competências para os indivíduos também são passíveis de desenvolvimento e efetivação judicial. Não oferecerão dificuldades adicionais, desde que já exista a estrutura material necessária para o exercício da competência atribuída pela norma constitucional.

Por exemplo, o direito à criação de partidos políticos ou à filiação a estes, ou, ainda, o de contrair casamento (art. 14, art. 17 e art. 226, § 1.º, respectivamente, da Constituição brasileira), que já contam com estrutura material suficiente, podem ser desenvolvidos e efetivados judicialmente¹¹⁴.

Se isso não ocorrer, ou seja, caso não haja estrutura material suficiente que permita o exercício de competência conferida pelas normas constitucionais, o julgador deverá levar em conta o limite da reserva do possível. Não é o caso de se excluir a total possibilidade de desenvolvimento e efetivação desses direitos no caso de falta de estrutura. Será, porém, necessária a criação judicial de tal estrutura ou de mecanismos substitutivos, o que poderá ser inviável em alguns casos.

Conforme anteriormente mencionado, a atribuição de competência ao Estado gera concomitantemente a sujeição do indivíduo aos atos exarados no exercício dessa competência. A atribuição de competência já gera os seus próprios limites, o que resulta em posição de não-sujeição do indivíduo aos atos exarados fora dos limites da competência atribuída. Os atos praticados além do limite da competência atribuída são inválidos, devendo ser desconstituídos os

eventuais efeitos deles decorrentes. Também aqui o desenvolvimento e a efetivação judicial das normas de direito fundamental não oferecem maiores obstáculos, além da reserva de consistência.

6.4 DIREITOS A AÇÕES POSITIVAS

Segundo lição de ALEXY, os direitos a ações positivas dividem-se em dois grupos: direitos a prestações normativas e direitos a prestações materiais.

6.4.1 Direitos a Prestações Normativas

Os direitos a prestações normativas são direitos a atos estatais de imposição de normas. Direitos à proteção, que basicamente impõem ao Estado o dever de proteger determinados bens pessoais do titular contra agressões de terceiros, podem compreender posições jurídicas desta espécie, como o direito a que o Estado edite norma jurídica penal que tipifique a conduta agressora. Tome-se o exemplo de ALEXY relativamente ao direito de proteção do nascituro. Se se admitir que o nascituro é titular de direitos fundamentais, entre estes pode-se encontrar o direito à proteção de sua vida mediante a edição de normas de Direito Penal¹¹⁵. Por outro lado, os direitos à organização e ao procedimento, compreendidos estes como direitos a determinados sistemas de regras e princípios para obtenção de um resultado, também podem compreender direitos a prestações normativas, especificamente à edição de atos normativos que estruturem o sistema organizacional e procedimental exigido pela Constituição. Há larga polémica a respeito do enquadramento dos direitos à organização e ao procedimento na classe dos direitos a prestações ou em classe própria¹¹⁶. Como já alertado, não cabe aqui aprofundamento no tema, sendo de se ressaltar, contudo, que mais importante do que o enquadramento em uma classe ou outra é a identificação das posições jurídicas subjetivas, concedidas pela norma de direito

¹¹⁴ Não está excluída, por existir estrutura material suficiente, a extensão judicial, desde que com a devida fundamentação, da competência para contrair casamento a grupos não contemplados pela lei, como, por exemplo, os homossexuais.

¹¹⁵ ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 437.

fundamental. Basta, para os fins deste trabalho, a constatação de que direitos de organização e de procedimento podem compreender posição jurídica subjetiva de direito a prestação normativa.

No tocante ao direito a prestações normativas, não poderá o Judiciário substituir o legislador, pois somente este pode editar normas jurídicas de caráter geral e abstrato, o que é especificamente reclamado por esta espécie de direito. Não se exclui, porém, a possibilidade de algum desenvolvimento e efetivação judicial de normas que compreendam direito a prestações normativas, quando for possível, de alguma forma, atividade substitutiva. Tomem-se como exemplo os direitos de proteção. Obviamente, o Judiciário não poderá editar normas penais para desenvolver e efetivar tais direitos. No entanto, tem condições de coibir, mesmo preventivamente, agressões concretas de terceiros contra bens juridicamente protegidos, através, por exemplo, da expedição de ordens judiciais.

6.4.2 Direitos a Prestações Materiais

Os direitos a prestações fáticas ou materiais, também denominados de direitos a prestações em sentido estrito, costumam ser identificados com os direitos sociais. Essa identidade não se encontra de todo correta, pois mesmo os direitos sociais podem compreender posições jurídicas subjetivas, não coincidentes com os direitos a prestações, como o direito de greve.

Esta espécie de direito visa principalmente assegurar a possibilidade real do livre desenvolvimento da personalidade humana, mediante a outorga de prestações de caráter material que exigem comportamento ativo por parte de seus destinatários, o Estado ou os particulares. Já se disse que as liberdades nada significam se não se encontram presentes as condições materiais necessárias para sua fruição.

É valioso o tratamento dos direitos a prestações em cotejo com as liberdades, para que, desde logo, fique claro que não se trata de optar entre aqueles e essas. Não se querem direitos a prestações de cunho social sem liberdade, assim como esta não é possível, para todos, sem aqueles. De um

¹¹⁶ A esse respeito, vide SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 163-164 e 176-178.

modo ou de outro, restaria comprometido o livre desenvolvimento da personalidade humana e o princípio da dignidade humana.

Conforme já adiantado, o desenvolvimento e a efetivação judicial dos direitos a prestações materiais esbarram em limites específicos.

Além da mencionada usual falta de densidade normativa das normas pertinentes, dificuldade transponível desde que superada a barreira da reserva de consistência, submetem-se à reserva do possível.

Dependem, portanto, da existência de condições materiais para sua viabilização, que o Judiciário não pode criar, sendo que o Legislativo, quando se tratar de prestações estatais, encontra-se especialmente legitimado para desenvolvê-los e efetivá-los, devido a sua competência para a elaboração do orçamento público.

Não se trata, porém, de limite intransponível, conforme visto amplamente no tópico 5.6. Não sem dificuldades, pode o Judiciário verificar quais prestações materiais são de possível atendimento, dando ao direito fundamental o adequado nível de desenvolvimento e efetivação. Afinal, embora seja ampla a liberdade do legislador na elaboração do orçamento, este não deve descuidar-se das exigências constitucionais.

Mesmo sendo transponível o limite da reserva do possível, é necessário reconhecer que constitui severo empecilho ao desenvolvimento e efetivação judicial dos direitos fundamentais a prestações materiais, implicando a necessidade de o juiz esmerar-se em tal tarefa, buscando argumentos convincentes de que chegou a um resultado adequado. Sendo a reserva do possível faceta da reserva de consistência, aumenta a carga de argumentação necessária para o desenvolvimento e efetivação judicial dos direitos a prestação material. Caso o juiz não supere tal obstáculo, deverá reconhecer que o direito fundamental carece de regulamentação legislativa para aplicação ao mundo dos fatos.

Julgamento da espécie não é, todavia, aceitável para determinada categoria de direitos a prestação material ou para determinado nível de desenvolvimento e efetivação destes. Esse é o caso dos direitos sociais mínimos.

ALEXY argumenta que o desenvolvimento e a efetivação judicial dos direitos a prestações materiais dependem necessariamente da ponderação entre

princípios contrapostos. De um lado, encontrar-se-ia, principalmente, o princípio da liberdade fática (possibilidade real do exercício das liberdades pelos indivíduos); de outro, o argumento democrático e, eventualmente, outros direitos fundamentais que poderiam sofrer restrições no caso de desenvolvimento e efetivação de direitos a prestações materiais (como a liberdade da atividade econômica quando concretizado direito ao salário mínimo). A ponderação restaria favorável aos direitos a prestações materiais no caso dos direitos sociais mínimos, como a um mínimo vital, a uma moradia simples, à educação escolar, à formação profissional e a um nível mínimo de assistência médica.¹¹⁷

Às ponderações do constitucionalista germânico cumpriria acrescentar a especial legitimidade do Judiciário para assegurar às pessoas pobres as condições materiais necessárias para sua inclusão no processo político-democrático, conforme visto no tópico 3.7. Afinal, dada a necessidade de conciliação entre a jurisdição constitucional e a democracia, o Judiciário tem a obrigação incisiva de garantir as liberdades básicas, sem as quais não há processo democrático, e, para as pessoas pobres, isso o obriga a desenvolver e efetivar direitos a prestações materiais mínimas, sem os quais inexistem possibilidade do exercício das liberdades.

Portanto, não há barreira suficiente para impedir o Judiciário de desenvolver e efetivar direitos a prestações mínimas. As respostas do Judiciário ainda devem ser consistentes, mas devem, obrigatoriamente, ser dadas, sejam quais forem as dificuldades encontradas, não sendo lícito, nestes casos, julgamento que aponte para inviabilidade do direito por falta ou deficiência de legislação regulamentadora.

6.5 SÍNTESE DESTE CAPÍTULO

Viu-se que o julgador deve assumir posturas diferenciadas no tocante ao desenvolvimento e à efetivação das normas de direito fundamental, dadas as características das posições jurídicas subjetivas por elas conferidas.

¹¹⁷ ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 494-495.

Os pontos em comum são: a) para todas elas, vale o princípio da efetividade, orientador da interpretação da Constituição; b) para todas elas, vale o limite da reserva de consistência.

Liberdades, direitos de defesa, estados de não-sujeição e, em geral, competências não se submetem à reserva do possível. Aqui basta ao Judiciário argumentação suficiente, visando à superação da reserva de consistência, para desenvolver e efetivar as normas constitucionais pertinentes.

Não será viável, no caso de vazio legislativo, desenvolvimento e efetivação judicial de direitos a prestações normativas, salvo quando cabível alguma espécie de atividade substitutiva para casos concretos.

O limite da reserva do possível deve ser observado apenas para direitos a prestações materiais e para competências cujo exercício dependa de estrutura material ainda inexistente. Esse específico limite não é intransponível, exigindo, porém, argumentação de elevada consistência. Quando esta não for atingida, deverá o julgador reconhecer que o direito demanda legislação reguladora.

Direitos a prestações materiais mínimas, por sua vinculação às liberdades e à democracia, devem ser desenvolvidos e efetivados pelos juizes mesmo quando ausente ou deficiente a legislação reguladora. O limite da reserva do possível ainda existe, mas aqui há a obrigatoriedade de o juiz tornar realidade o direito em questão.

Faça-se, ainda, a necessária ressalva de que os direitos arrolados no art. 5.º da Constituição brasileira, qualquer que seja sua estrutura ou conteúdo, são imediatamente aplicáveis, por força do §1.º do referido dispositivo. Os limites continuam existentes, conforme a posição jurídica subjetiva envolvida, mas devem ser superados da melhor forma possível.

7 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

7.1 ALGUMAS CONCEPÇÕES ACERCA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Não pode haver dúvida acerca do papel central ocupado pelo princípio da igualdade em Estado Democrático de Direito. Tal princípio, ao lado das liberdades e dos direitos de defesa fundamentais, constitui o fundamento desse modelo de Estado.

Sem um mínimo de igualdade inexistiria a democracia. Os mais fracos sucumbiriam ante a vontade dos mais fortes. Outrossim, é o princípio da igualdade que fornece a garantia de que as políticas públicas perseguirão o benefício de toda a comunidade.

Igualdade, porém, é termo que se reveste de elevada indeterminação. Tomando-se de empréstimo as palavras de BOBBIO, é necessário responder a duas perguntas básicas: a) igualdade entre quem?; b) igualdade em quê?¹¹⁸.

A ampla possibilidade de respostas a essas questões revela que existem diversos critérios que podem orientar o princípio da igualdade. O tratamento igual ou desigual depende, portanto, do critério adotado, entre os muitos existentes. PERELMAN, embora tratando de concepções de justiça, elenca vários critérios que podem muito bem servir para o princípio da igualdade. Os critérios seriam: a) a cada qual a mesma coisa; b) a cada qual segundo seus méritos; c) a cada qual segundo suas obras; d) a cada qual segundo suas necessidades; e) a cada qual segundo sua posição; f) a cada qual segundo o que a lei lhe atribui¹¹⁹.

John RAWLS, por sua vez, apresenta a seguinte concepção geral acerca da justiça, envolvendo o princípio da igualdade: "Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da auto-estima –

¹¹⁸ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p.12.

¹¹⁹ PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 9-14

devem ser distribuídos igualitariamente, a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos.”¹²⁰

O operador jurídico não pode permanecer alheio às diversas concepções populares ou filosóficas sobre o princípio da igualdade. Afinal, esse princípio é tratado com elevada abstração pelo texto constitucional, neste, usualmente, não se encontrando respostas sobre as questões há pouco mencionadas: a) igualdade entre quem?; b) igualdade em quê?

Não se pode, certamente, deixar tais respostas unicamente ao legislador, sob pena de cometer certa inversão. O princípio da igualdade valeria de acordo com as concepções do legislador, sendo que o propósito do constituinte foi que as concepções do legislador valessem somente quando conformes ao princípio da igualdade.

De todo modo, as questões também não ficam inteiramente dependentes de discussões filosóficas ou de concepções populares. O operador jurídico pode e deve servir-se da pauta de valores constante na própria Constituição, que, embora não lhe forneça respostas determinadas ou definitivas, constitui um bom começo.

Examinando a Constituição, constata-se a existência, logo no “caput” do art. 5.º, de um princípio geral de igualdade, através da conhecida fórmula da “igualdade perante a lei”. Não há dúvida de que tal princípio abrange a igualdade tanto na aplicação da lei quanto na formulação da lei. Afinal, caso não abrangesse a segunda concepção, confundir-se-ia com o princípio da legalidade, não se dirigindo ao legislador, o que seria contraditório, uma vez que é este o principal destinatário das normas constitucionais.

Ao lado do princípio geral, encontram-se várias normas específicas que podem ser reportadas ao princípio da igualdade (v. g.: art. 3.º, III, art. 5.º, I, art. 7.º, XXX). É interessante notar que a Carta Constitucional contempla até mesmo normas constitucionais que, para compensar desigualdade de fato, impõem desigualdade de tratamento jurídico, ou seja, verdadeira ação afirmativa¹²¹. Entre essas normas, citam-se o art. 7.º, XX, o art. 37, VIII, e o art. 170, IX. Além dessas

¹²⁰ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 66.

¹²¹ Sobre ação afirmativa, recomenda-se a leitura de ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Direito Administrativo aplicado*, v. 3, n. 10, p. 649-664, 1996.

normas específicas, é lícito ao legislador instituir outras, no âmbito de sua competência e liberdade de conformação, seguindo os parâmetros constitucionais (entre esses parâmetros, à luz das normas que contemplam ações afirmativas, poderia o legislador estabelecer desigualdades de tratamento jurídico desde que direcionadas a compensar os não-favorecidos pela natureza ou pelo sistema social).

Com base no princípio geral ou nas regras específicas sobre o princípio da igualdade e valendo-se das concepções existentes na comunidade, inclusive daquelas resultantes de discussões filosóficas, pode o operador jurídico reunir material suficiente para responder às questões ora apresentadas, não sem a fundamentação devida e não sem esquecer que o direito é ciência prática, sujeita a erros e acertos, definindo quem são os iguais e quem são os desiguais, e qual tratamento igual ou desigual é devido.

7.2 AS MÁXIMAS DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Em feliz síntese, Robert ALEXY, após relacionar o princípio da igualdade com a proibição de tratamento arbitrário, ou seja, a Constituição não estabeleceria vedação ao tratamento desigual ou igual, mas ao tratamento desigual ou igual arbitrários¹²², formulou duas máximas, denominadas “mandato do tratamento igual” e “mandato do tratamento desigual”, que orientariam o intérprete na aplicação do referido princípio¹²³:

¹²² O que, segundo o mesmo autor, estaria de acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, conforme princípio por este enunciado: “La máxima de la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal o para el tratamiento legal igual no es posible encontrar una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna otra forma, sea concretamente comprensible, es decir, cuando la disposición tiene que ser calificada de arbitraria.” (ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 391) É de se ressaltar que a vinculação entre igualdade e razoabilidade obriga o juiz a examinar a finalidade do tratamento legal desigual para verificar se há ou não violação ao princípio da igualdade, em técnica bem ilustrada no voto do juiz D. Francisco Rubio Llorente em decisão do Tribunal Constitucional Espanhol citada por Enrique ALONSO GARCIA: “(...) El juicio sobre la adecuación de un precepto cualquiera al principio de igualdad exige analizar las razones por las que el legislador ha creído necesario singularizar una determinada situación, para contrastar a continuación tales razones con las finalidades constitucionalmente legítimas en las que pueden ampararse y resolver en último término sobre la proporcionalidad que guarda el fin perseguido con la diferenciación establecida (...).” (ALONSO GARCIA, Enrique, *op. cit.*, p. 209)

¹²³ ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 396-397.

- a) se não há nenhuma razão suficiente que permita um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual;
- b) se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual.

Há diferença sutil entre as duas máximas. Para que prevaleça a orientação em favor da igualdade, ALEXY exige menor carga de argumentação para se demonstrar que está ordenado um tratamento igual do que para se demonstrar que está ordenado um tratamento desigual. A regra, portanto, é que deve prevalecer o tratamento igual. O tratamento desigual funciona como exceção, exigindo argumentação suficiente por parte do operador jurídico.

Nessas circunstâncias, existe relação próxima entre o princípio da igualdade e o da razoabilidade, o que, aliás, já era destacado há longa data em nosso Direito por San Tiago Dantas: “Em todo caso, é certo que as duas cláusulas convizinham, e não raro se confundem. Uma lei que cria arbitrariamente para determinada pessoa ou grupo de pessoas tratamento mais rigoroso que o adotado para a comunidade, não será ‘due process of law’ e também infringirá a cláusula de igualdade.”¹²⁴

Para os fins deste trabalho, não interessa tanto o exame aprofundado dos critérios que podem definir se tratamento jurídico igual ou desigual é ou não arbitrário¹²⁵. Para o tema em foco, desenvolvimento e efetivação das normas

¹²⁴ DANTAS, San Tiago. Igualdade perante a lei e ‘due process of law’: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. *Revista Forense*, v. 116, p. 25, 1948.

¹²⁵ Além do princípio da igualdade jurídica, cumpre destacar que o princípio da igualdade de fato pode apresentar relevante papel para o controle judicial da constitucionalidade. Para a igualdade jurídica, importa o mero exame do ato jurídico. Para a igualdade de fato, devem ser examinados os efeitos práticos do ato jurídico. Em outras palavras, o ato jurídico pode tratar igualmente, no plano normativo, os entes a que se dirige, com o que passaria pelo crivo do princípio da igualdade jurídica, mas possuir efeitos práticos discriminatórios, como quando se exige taxa de certa magnitude para acesso a determinados serviços públicos, o que traz dificuldades para pessoas de baixa renda. Questão que se coloca é se o Estado está obrigado a criar igualdade de fato. Na esteira de ALEXY, cabe reconhecer que tal obrigação depende da ponderação à vista de princípios contrários, submetendo-se ao mandato do tratamento desigual, ou seja, exige-se razão suficiente que ordene o tratamento desigual. Tal seria o caso, segundo ALEXY, quando se pretende garantir direitos sociais mínimos (ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 414). Pode-se acrescentar que este também pode ser o caso quando estão em jogo outros direitos de especial relevância. Existiria nessa hipótese obrigação de o Estado assegurar a fruição real desses direitos, considerando, quando necessário, as desigualdades de fato existentes. Caso, por exemplo, exigisse taxa para o exercício do direito de voto ou para fruição de serviços públicos essenciais, seria obrigado a isentar as pessoas de certos recursos econômicos, sob pena de vedar-lhes o acesso a tais direitos ou serviços, mesmo que isto, portanto, implicasse imposição de tratamento desigual do ponto de vista meramente normativo.

constitucionais, interessa saber a postura que deve ser adotada pelos tribunais quando identificada violação ao princípio da isonomia.

7.3 INVALIDAÇÃO DE PRIVILÉGIOS ARBITRÁRIOS

O princípio da igualdade deve orientar a política pública de modo a favorecer toda a comunidade. Não obstante, nas democracias contemporâneas, a estrutura estatal, inclusive do Estado Social, passou a servir mais adequadamente aos grupos e interesses mais organizados, em detrimento das categorias mais carentes, que não dispõem de voz ativa no processo político.

Identificada a concessão de benefício que não se justifique à luz do princípio da isonomia, ou seja, que possa ser considerada arbitrária, impõe-se a sua invalidação.

Em outro trabalho¹²⁶, já se defendeu que a outorga de tratamento jurídico mais favorável a categorias de grande influência junto ao órgão legislativo deve ser submetida a severo exame judicial, exigindo-se carga de argumentação significativa para demonstrar que ela não é arbitrária. Obviamente, a identificação de tais grupos não se faz sem dificuldades, sendo necessário recurso a dados extra-jurídicos. De todo modo, a concessão de benefícios extraordinários (qualquer tratamento jurídico mais benéfico e estranho ao geral) a grupo social específico, que pareça pouco justificável à vista do que, segundo o senso comum, seria o esperado, constitui relevante indício de que se está diante de caso da espécie.

As dificuldades consistem propriamente em identificar norma que concede privilégio contrário ao princípio da isonomia. Realizada a identificação, não se encontra, segundo o atual desenvolvimento da jurisprudência, óbice para sua invalidação.

↵

¹²⁶MORO, Sérgio Fernando. *Legislação suspeita?: afastamento da presunção de constitucionalidade da lei*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 73-77.

7.4 DIREITOS DERIVADOS DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Outro é o caso quando se está diante de direitos derivados do princípio da isonomia ou dos denominados casos de “exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia”.

Nesta hipótese, a lei veicula benefício que, por si só, não é inconstitucional, sendo, em alguns casos, até mesmo resultado de desenvolvimento e efetivação legislativa de alguma norma constitucional. O que é contrário à Constituição é a não-contemplação legislativa de grupos que, por força do princípio da isonomia, também seriam mercedores do benefício em questão.

Como exemplo, tome-se o inciso VIII do art. 37 da Constituição brasileira (“a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”). Suponha-se que o legislador, com base em tal norma, edite lei, reservando percentual de cargos públicos aos portadores de deficiência auditiva. Tal benefício não seria, por si só, incompatível com a Constituição. No entanto, haveria inconstitucionalidade por não terem sido contemplados outros deficientes, como os portadores de deficiência visual.

Poder-se-ia argumentar que a inconstitucionalidade decorreria do imperfeito cumprimento da referida norma constitucional, e não da violação do princípio da isonomia.

No entanto, podem existir casos de inconstitucionalidade, por simples violação do princípio da isonomia, sem que se faça referência a qualquer outra norma constitucional. O legislador pode, por exemplo, conceder incentivos fiscais para que empresas de determinada atividade econômica se estabeleçam ou permaneçam em determinada localidade, fomentando o desenvolvimento econômico. Empresas de outros ramos de atividade podem reclamar o mesmo incentivo, desde que demonstrem que contribuem de forma equivalente para o desenvolvimento econômico, sendo a distinção realizada contrária ao princípio da isonomia. Aqui se têm casos de direitos derivados unicamente do princípio da isonomia, uma vez que a Constituição não impõe, em princípio, a concessão de incentivos à atividade econômica.

Em um e outro caso, ambos de “exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia”, têm prevalecido nos tribunais brasileiros a posição de abstenção. Eles, mesmo identificando violação ao princípio da isonomia, negam-se a tomar as providências necessárias para remediá-la, principalmente com base no dogma da “vedação da atuação judicial como legislador positivo”.

Cumprir destacar que, em raras ocasiões, é possível deparar com decisões judiciais que estenderam benefícios legais a grupos não-contemplados pela lei.

Em um desses casos, o STJ estendeu o benefício da progressão de regime prisional a condenados por crimes hediondos, o que era vedado por lei (Lei n.º 8.072/90), com base na concessão de benefício da espécie para o crime de tortura pela Lei n.º 9.455/97, sob o fundamento de que a Constituição impunha tratamento jurídico igual para os referidos crimes¹²⁷. É interessante notar que não houve debate a respeito do dogma da vedação da atuação judicial como legislador positivo.

Em outro caso interessante, o Tribunal Regional Federal da 4.ª Região estendeu aos servidores estaduais e municipais benefício legal restrito aos servidores federais. Trata-se do benefício previsto no art. 1.º da Lei n.º 9.536/97, que assegura ao servidor federal removido por necessidade do serviço o direito de transferir seus estudos para instituição de ensino existente no local de destino, independentemente de vaga e em qualquer época do ano¹²⁸. Como o referido

¹²⁷“CONSTITUCIONAL. PENAL. EXECUÇÃO PENAL. REGIME PRISIONAL. PROGRESSÃO DE REGIME. CRIMES HEDIONDOS. LEI N.º 8.072/90, ART. 1.º, § 2.º, LEI N.º 9.455/97, ART. 1.º, § 7.º. LEX MITIOR. INCIDÊNCIA. – É dogma fundamental em Direito Penal a incidência retroativa da lex mitior, encontrando-se hoje entronizado em nossa Carta Magna, ao dispor que a ‘lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu’ (art. 5.º, XL). – Se a Lei n.º 9.455/97 admitiu a progressão do regime prisional para os crimes de tortura, conferindo tratamento mais benigno à matéria regulada pela Lei n.º 8.072/90, é de rigor a sua incidência no processo de individualização da pena dos demais delitos mencionados no art. 5.º, XLIII, da Constituição, em face do tratamento unitário que lhe conferiu o Constituinte de 1988. – Habeas Corpus concedido.” (HC n.º 7.249/RJ – Rel.: Min. Vicente Leal – 6.ª T. do STJ – por maioria - j. em 17/09/98 – DJU I de 09/11/98, p. 171.)

¹²⁸Ementa: “ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. INCONSTITUCIONALIDADE COM REDUÇÃO DE TEXTO. CONTROLE DIFUSO. POSSIBILIDADE. DEVER DO MAGISTRADO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. OFENSA À ISONOMIA. - Na aplicação de lei ao caso concreto o Magistrado deve atender precipuamente aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, procedendo ao controle ‘incidenter tantum’ da constitucionalidade de lei, inclusive com redução de texto. A declaração da inconstitucionalidade, apesar de não gerar efeitos vinculantes, permite nortear decisões de outros magistrados, podendo gerar súmula e possibilitando, por exemplo, a negativa de seguimento a recursos - pelo relator - que sejam manifestamente contrários à questão sobre a qual já foi declarada a inconstitucionalidade. - A garantia constitucional da isonomia exige, mais do que a igualdade formal, a igualdade material, devendo a lei - e o Juiz na aplicação desta -, mais do que evitar a

dispositivo serve-se da expressão “servidor federal” para a concessão do benefício, o tribunal logrou estender sua abrangência aos demais servidores através da invalidação do termo “federal”, que servia como “cláusula de exclusão”, com o que deu ao caso, de “exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia”, típico de inconstitucionalidade por omissão parcial, tratamento de inconstitucionalidade por ação¹²⁹.

Em caso de ampla notoriedade, o STF não se deteve diante do mencionado dogma e, à vista do que considerou violação do princípio da isonomia, tomou as medidas necessárias para repará-la, estendendo a grupos não-contemplados benefícios dirigidos especificamente a outros.

Trata-se do julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 22.307-7/DF. O caso poderia ser assim resumido: as Leis n.º 8.622/93 e 8.627/93 concederam reajustes diferenciados a diversos servidores públicos, sendo o mais elevado dirigido a grupo específico de servidores militares; a corte entendeu que, como se estava diante de “revisão geral de vencimentos”, restava configurada violação ao princípio da isonomia, uma vez que todos os servidores deveriam ter sido contemplados com o mesmo percentual. Em decisão polêmica¹³⁰, o Supremo deixou de aplicar o entendimento veiculado em sua própria Súmula n.º 339 (“Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”), estendendo o benefício aos servidores não legalmente contemplados.

criação de desigualdades, promover igualações. - A expressão “federal” no texto do art. 1.º da Lei n.º 9.536/97, em flagrante ofensa à isonomia, deve ser suprimida do texto legal, por manifesta inconstitucionalidade. - Inconstitucionalidade da expressão reconhecida para reduzir o texto legal.” (Arguição de Inconstitucionalidade na AC n.º 97.04.24474-6/RS – Rel. para o ac.: Juiz Edgard LIPPMANN JR. – Plenário do TRF da 4.ª R. – por maioria - j. 30/09/98 – DJU II de 18/11/98, p. 525)

¹²⁹Tal decisão, bastante louvável, revela a irracionalidade do dogma da vedação da atuação dos tribunais como legislador positivo, que faz depender da técnica de positividade adotada pelo legislador a reparabilidade da violação do princípio da isonomia. Se a cláusula de exclusão estiver expressa no texto legal, é possível a extensão do benefício aos grupos arbitrariamente excluídos, mediante a invalidação daquela. Se, entretanto, a cláusula não estiver expressa, então os tribunais nada podem fazer, pois não poderiam agir como “legislador positivo”. Restaria, porém, aos defensores do dogma e de conclusões da espécie demonstrar em que se diferenciaríamos quanto às conseqüências uma e outra decisão.

¹³⁰Ementa: “(...) REVISÃO DE VENCIMENTOS – ISONOMIA. ‘A revisão geral de remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data’ – inciso X – sendo irredutíveis, sob o ângulo não simplesmente da forma (valor nominal), mas real (poder aquisitivo) os vencimentos dos servidores públicos civis e militares – inciso XV, ambos do art. 37 da Constituição Federal.” (Recurso

No voto vencedor, do Min. MARCO AURÉLIO, é feita alusão à presença de inconstitucionalidade por omissão:

“Senhor Presidente; sob pena de caminhar-se para verdadeiro paradoxo, fulminando-se princípio tão caro às sociedades que se dizem democráticas, como é o da isonomia, não vejo como adotar óptica diversa em relação ao pessoal civil do Executivo Federal, já que o militar foi contemplado. As premissas assentadas por esta Corte quando da deliberação administrativa continuam de pé e mostram-se adequadas no caso vertente. Houve revisão geral de vencimentos, deixando-se de fora os servidores civis. Apanhada esta deficiência em face da auto-aplicabilidade do preceito constitucional, Legislativo, Judiciário e Ministério Público determinaram a inclusão do reajuste nas folhas de pagamento, tendo como data-base janeiro de 1993. Nisso, deram fidedigna observância ao preceito constitucional que prevê revisão a ser feita na mesma data sem distinção entre civis e militares. Assim, ato omissivo exsurge contrário à ordem jurídico-constitucional em vigor, valendo notar que de duas uma: ou Judiciário, Legislativo e Ministério Público agiram em homenagem à Carta da República, e então procede a irresignação dos recorrentes, ou a vulneraram. Excluo esta última conclusão pelas razões acima lançadas.”

A caracterização do caso como de inconstitucionalidade por omissão parcial é, aliás, realizada, em pormenores, no voto vencido do Min. Celso de Mello.

Poder-se-ia argumentar que tal decisão teve por base o entendimento de que a norma prevista no art. 37, X, da CF/88 seria auto-aplicável, constituindo, por si só, fundamento bastante para justificar a extensão judicial do benefício, sem empecilho do dogma da vedação da atuação judicial como legislador positivo.

Isto, porém, não é convincente. Afinal, o dispositivo carece da densidade normativa que tem sido normalmente exigida para atribuir à norma constitucional a referida característica. Observe-se que ficam entregues à legislação infraconstitucional vários dos aspectos necessários a sua aplicação ao mundo dos fatos (como o percentual devido a título de revisão geral, bem como a data de sua realização).

Ainda que assim não fosse, poder-se-ia argumentar que todo caso de “não-extensão de benefício incompatível com o princípio da isonomia” poderia ser resolvido pelo Judiciário, pois a densidade normativa de tal dispositivo não difere substancialmente da densidade do princípio geral da isonomia (art. 5.º,

“*caput*”, da Constituição brasileira), ou, pelo menos, de grande parte de outras normas específicas acerca do referido princípio (v. g.: art. 5.º, I; art. 7.º, XX; e art. 194, II, todos da Constituição brasileira).

Sem embargo desta crítica, acredita-se que a decisão em foco foi correta, principalmente no que se refere ao resultado. Quanto à fundamentação, melhor seria o reconhecimento explícito de que o Judiciário pode suprir inconstitucionalidade por omissão legislativa parcial em alguns casos concretos, com a definição de parâmetros para tanto.

Abstraindo, agora, esses julgados isolados, quer-se defender o entendimento de que a reparação judicial de casos de “não-extensão de benefício incompatível com o princípio da isonomia” constitui uma possibilidade em nosso sistema.

Conforme visto, o dogma da vedação da atuação do juiz como legislador positivo não se sustenta quando presente violação da Constituição. O Judiciário, no exercício do controle de constitucionalidade, sempre interfere na atividade legislativa, seja quando supre a falta de lei, seja quando invalida lei inconstitucional, não se diferenciando, em substância, essas duas formas de controle.

Não obstante, existem limites ao controle judicial da constitucionalidade da lei, atuantes tanto no controle por ação como no controle por omissão. O limite da “reserva de consistência” e o da “reserva do possível” podem impedir decisão judicial que logre afastar de todo o estado de inconstitucionalidade.

O limite da “reserva de consistência” vale para o desenvolvimento e a efetivação judicial de todas as normas constitucionais, mesmo aquelas que atribuem ao indivíduo posições jurídicas subjetivas de liberdades, estados de não-sujeição ou direito a ação negativa.

Este limite específico impõe ao juiz a rigorosa obrigação de verificar se houve efetivamente violação do princípio da isonomia, devendo para tanto servir-se do princípio da razoabilidade. A tarefa do julgador diante desse limite em pouco se diferencia, porém, do que deve fazer caso se trate de violação da Constituição por ação, ou seja, caso se trate de outorga de privilégio contrário ao princípio da igualdade. Saliente-se que, se identificado caso de “exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia”, não é tarefa das mais

díficeis a elaboração da norma faltante, que afastaria o estado de inconstitucionalidade: basta estender o benefício ao grupo arbitrariamente excluído.

Desde que vencido esse limite, nada impede que o juiz estenda aos grupos excluídos posições jurídicas como liberdades, direitos a ação negativa ou estados de não-sujeição.

Tratando-se de direitos de outra natureza, como direito a prestações materiais, o julgador tem também que considerar o limite da reserva do possível. Este, conforme visto, também não é intransponível, mas exigirá carga de argumentação maior por parte do julgador, que deve realizar ponderação entre o referido limite e os princípios que o obrigam a afastar o estado de inconstitucionalidade.

Defende-se, aqui, que o limite não prevalecerá nas seguintes situações:

- a) quando estiver envolvido direito a prestações materiais mínimas;
- b) quando o tratamento diferenciado se fizer em detrimento de grupo que mereça especial proteção em regime democrático, existindo aqui relevante razão para postura mais incisiva do Judiciário;
- c) quando se estiver diante de violação “clara e insuportável” do princípio da isonomia.

Tendo em visto o exposto nos tópicos anteriores, principalmente no 6.4.2, não há necessidade de novas considerações sobre as propostas contidas nas letras “a” e “b”.

Quanto à hipótese descrita em “c”, restará ela caracterizada quando for evidente a arbitrariedade do tratamento jurídico desigual (como quando se confere “reajuste geral” a maior para servidores militares em detrimento dos civis) e quando for “insuportável” a violação do princípio da isonomia, o que ocorrerá quando forem significativas as diferenças de tratamento entre o grupo dos “excluídos” e dos “incluídos” (retomando o exemplo anterior, uma coisa é a concessão de reajustes em percentuais diferenciados, mas não distantes entre si, outra é a concessão de reajustes em percentuais bastante díspares).

Em outras palavras, a reparabilidade judicial da inconstitucionalidade, nesta hipótese, dependerá do grau de violação do princípio da isonomia. Se a violação for “clara e insuportável”, existirão razões suficientes para ação do Judiciário,

que superarão as razões contrárias (entre as quais o limite da reserva do possível), sob pena de se admitir que o legislador pode infringir abertamente a Constituição, sem qualquer controle judicial. Os limites ao desenvolvimento e à efetivação judicial da Constituição não devem servir como manto protetor de atos manifestamente inconstitucionais¹³¹.

¹³¹Em sentença de sua autoria, proferida, em 03/06/98, no processo n.º 97.0013635-3, durante o exercício da jurisdição na Vara Federal Previdenciária de Curitiba, o autor deste trabalho entendeu que estava diante de caso de “exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia”, no qual o Judiciário estaria autorizado a tomar as medidas necessárias para afastar o estado de inconstitucionalidade. A decisão foi assim ementada: “PREVIDENCIÁRIO. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. SUPRIMENTO JUDICIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO LEGISLATIVA PARCIAL. POSSIBILIDADE. 1. A previdência social constitui exemplo nítido de sistema de cooperação social, no qual recursos recolhidos de toda sociedade são utilizados para amparar os segurados e seus dependentes em situação de infortúnio ou após preenchimento de determinado tempo de serviço. 2. Os recursos devem ser distribuídos de forma eqüitativa, segundo critérios razoáveis, como, por exemplo, o tempo de contribuição ou de serviço do segurado antes do infortúnio. 3. Os segurados não podem receber tratamento diferenciado só em virtude do momento de aquisição do direito ao benefício. Tal critério temporal os submete às arbitrariedades da natureza, não podendo a ordem jurídica refletir as desigualdades desta decorrentes. 4. Por imperativo do princípio da isonomia, a lei previdenciária mais benéfica deve retroagir atingindo os benefícios pendentes quando inexistir diferença significativa entre os titulares destes e os que adquirirão seus direitos a partir de então, principalmente em relação ao regime contributivo. 5. Quando a lei, nessas circunstâncias, não contempla os benefícios pendentes, se está diante de inconstitucionalidade por omissão legislativa parcial, em virtude de “exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade”. 6. O juiz está autorizado a suprir omissões legislativas parciais, quando estiverem presentes razões suficientes para tanto, que sejam superiores às razões contrárias, o que é o caso quando se está diante de violação clara e insuportável do princípio da isonomia. 7. No caso que se examinou, a principal razão autorizadora do suprimento é a significativa disparidade entre o regime jurídico inaugurado pela lei nova e o pretérito, pois a primeira passou a assegurar a correção monetária dos salários-de-contribuição utilizados no cálculo do benefício, o que não ocorria para a pensão por morte no regime da Lei n.º 3.807/60. 8. O suprimento pode ser realizado em ação ordinária, em controle incidental de inconstitucionalidade por omissão, o que já fez o STF no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 22.307-7/DF. 9. As garantias do ato jurídico perfeito e do direito adquirido não constituem óbice à retroatividade da lei mais benéfica por não serem titularizadas por entidades estatais.” A decisão foi publicada na íntegra na *Revista de Direito Processual Civil*, da Editora Genesis, n. 9, p. 647-656, 1998. Ainda sobre o tema nela aventado, vide MORO, Sergio Fernando. Aplicação retroativa da lei previdenciária mais benéfica. *Revista de Previdência Social*, n. 215, p. 821-828, out. 1998.

8 O SISTEMA JUDICIAL DE CONTROLE

8.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Segundo o até agora exposto, o Judiciário pode invocar todas as normas constitucionais para decisão de casos que lhe cheguem às mãos. Cumpre-lhe, outrossim, por força do princípio da efetividade, que decorre do princípio da supremacia da Constituição, a obrigação de desenvolver e efetivar otimamente as normas constitucionais. Existem, para essa atividade, limites que não podem ser olvidados, mas que não são intransponíveis.

Pretende-se agora tecer breves comentários sobre o sistema judicial de controle previsto na Constituição brasileira.

8.2 CONTROLE DIFUSO E INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle judicial difuso e incidental de constitucionalidade encontra base no já referido caso “Marbury v. Madison”, de 1803.

No Brasil, desde o advento da República, já a partir da Constituição provisória de 1890 (Decreto n.º 510, de 22/06/1890), foi outorgado ao Judiciário tal competência. Em 16/08/1893, o STF proferiu a primeira decisão relativa ao tema, reputando inconstitucional o Código Penal da Armada de 07/03/1891 e concedendo “*habeas corpus*” a Mário Aurélio da Silveira, imediato do “Júpiter”, civil preso por ordem do Marechal Floriano Peixoto¹³².

O sistema de controle difuso e incidental foi mantido nas Constituições posteriores, inclusive, na atual.

Em suma, como no julgamento de casos concretos cabe ao juiz definir a regra de Direito aplicável, ele pode encontrar-se na contingência de examinar se

¹³² RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: 1891-1898 - defesa das liberdades civis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, [19--]. t. 1, p. 37 e 161-162.

determinado ato normativo infraconstitucional é ou não compatível com a Constituição.

Como os juízes têm acesso direto à Constituição, cabendo-lhes, conjuntamente com o órgão legislativo, desenvolver e efetivar as normas constitucionais, podem também ver-se na contingência de extrair diretamente do texto constitucional a regra que regulará o caso, em virtude de vazio legislativo.

Saliente-se que a Constituição brasileira vigente dispõe apenas indiretamente sobre o controle difuso e incidental de constitucionalidade. Inexiste norma constitucional que outorgue expressa e claramente ao Judiciário tal competência. O controle difuso e incidental pode, porém, ser deduzido da regra de inafastabilidade do controle judicial (art. 5.º, XXXV) e da regulação das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário (art. 102, III):

“(...)

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.”

Enquanto as alíneas “b” e “c” podem referir-se tão-somente a casos de inconstitucionalidade por ação, salvo talvez casos de “exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade”, a alínea “a” é adequada para abranger também casos de inconstitucionalidade por omissão.

O texto constitucional positivo não exclui, portanto, a possibilidade de controle incidental e difuso de inconstitucionalidade por omissão, sendo, conjuntamente com o de inconstitucionalidade por ação, previsto implicitamente pela Constituição.

Sendo assim, o Judiciário deveria, por força do princípio da supremacia da Constituição e do princípio da efetividade (decorrente do anterior), admitir a existência de controle difuso e incidental de inconstitucionalidade por omissão, passando a exercê-lo, com a observância dos limites ao desenvolvimento e efetivação judicial da Constituição anteriormente vistos.

Poder-se-ia argumentar que a Constituição previu meio específico para impugnação da inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), o que excluiria o controle difuso e incidental.

Apesar de existirem várias concepções acerca da finalidade de tal ação especial¹³³, existe consenso de que o mandado de injunção é proposto em vista de casos concretos, não sendo ação pertinente ao controle abstrato.

De acordo com a Constituição, os casos mais relevantes de mandado de injunção devem ser julgados pelo STF (art. 102, I, “q”), como quando a falta de lei regulamentadora de direito fundamental for imputável ao Congresso Nacional.

Tal concentração dos casos relevantes no STF tem sido prejudicial à efetividade desse instrumento processual, uma vez que esta Corte adotou posicionamento exageradamente restritivo acerca de seu propósito e eficácia (cf. nota de n.º 4, retro).

É de todo recomendável, portanto, interpretação da Constituição que retire do STF o monopólio no julgamento de casos da espécie.

Quer-se defender que a previsão de ação especial para tratamento de hipóteses de falta de norma regulamentadora de dispositivo constitucional não exclui as vias ordinárias, com o que restaria possibilitado o controle difuso e incidental. Pode-se aqui utilizar a mesma interpretação outorgada a outra ação constitucional especial, o mandado de segurança, cabível quando da violação de direito líquido e certo. Este, na visão da doutrina e da jurisprudência, significa apenas direito amparado em provas documentais, pré-existentes à propositura da ação. Ora, é pacífico que a previsão de tal ação especial não exclui a possibilidade de utilização das vias ordinárias. Em outras palavras, mesmo que se disponha de direito líquido e certo pode-se ingressar com ação ordinária, ao invés de mandado de segurança.

Da mesma forma, o prejudicado por falta de norma regulamentadora de direito fundamental pode optar entre impetrar mandado de injunção, a ser julgado originariamente pelo STF, se a norma faltante for da responsabilidade do Congresso Nacional, ou propor ação ordinária, na qual o juiz decidirá incidentalmente sobre tal questão.

Tal concepção acerca do papel do mandado de injunção não é excluída pelo texto constitucional positivo, tratando-se de possibilidade implícita em nosso sistema. É certo que não corresponde, provavelmente, aos desígnios do

¹³³ Para um relato, vide PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo:

constituente. No entanto, conforme já mencionado, a interpretação tributária da “*mens legislatoris*” não tem prestígio entre nós. Outrossim, tal concepção, ao possibilitar controle difuso e incidental de inconstitucionalidade por omissão, é a que melhor contribui para o acesso à justiça e à efetividade da Constituição, sendo, ademais, absolutamente valiosa para se tentar romper o bloqueio à efetividade da Constituição, resultante da posição restritiva adotada pelo Supremo em relação à eficácia do mandado de injunção.

Ainda relativamente a este tema, é relevante destacar que o Supremo Tribunal Federal, quando estendeu aos servidores civis o percentual de reajuste concedido aos militares, no caso anteriormente citado, o fez em julgamento de recurso ordinário interposto em mandado de segurança, o que, pelo menos, parece autorizar provimentos judiciais da espécie, ou seja, que remediem inconstitucionalidades por omissão em controle difuso e incidental (ainda que não tenha sido essa a vontade daquela Corte).

8.3 CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

Coexistem no sistema constitucional brasileiro o controle difuso e incidental e o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, este último presente na ordem jurídica brasileira desde a Emenda Constitucional n.º 16 à Constituição Federal de 1946.

O modelo de controle abstrato foi recentemente modificado através da Emenda Constitucional n.º 3 à CF/88, de 17/03/93, que introduziu a ação declaratória de constitucionalidade, com efeito “*erga omnes*” e vinculante, no sistema judicial brasileiro.

O controle abstrato é concentrado na cúpula do Judiciário, especificamente no STF, quando tem por objeto ato normativo federal ou estadual e por parâmetro de controle a Constituição Federal, e nos Tribunais de Justiça estaduais quando tem por objeto ato normativo estadual e municipal e por parâmetro de controle a respectiva Constituição Estadual.

O controle se faz abstratamente, ou seja, não tem em vista casos concretos. Isso não significa que o controle se resume à verificação de mera

incompatibilidade entre o texto constitucional e o texto legal. Como a interpretação da Constituição não prescinde da realidade à qual ela se dirige, a Corte também não pode dela prescindir.

Não é, contudo, propósito desse trabalho examinar tal modelo de controle, mas, sim, analisar seu papel no desenvolvimento e na efetivação judicial das normas constitucionais.

As considerações anteriormente feitas sobre este tema (desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais) não têm reflexos especiais para a ação direta de inconstitucionalidade e para a ação declaratória de constitucionalidade.

Consideração especial merece, entretanto, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2.º, da CF/88), que, em realidade, não é terceira espécie de ação nesse modelo de controle, mas, apenas, espécie de ação direta de inconstitucionalidade, só que direcionada contra omissão, e não contra ato inconstitucional.

A letra expressa do referido § 2.º (“Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”) parece não autorizar ato judicial supletivo da omissão inconstitucional, que, aliás, teria eficácia “*erga omnes*”. Não é, porém, de se excluir a viabilidade de ato da espécie, pelo menos, após a concessão, para o poder faltante, de prazo de 30 dias, se órgão administrativo, ou de prazo razoável, se tratar-se de órgão legislativo. Entretanto, teria que ser modificada a forma como é atualmente concebido o controle abstrato, ampliando-se a instrução nos processos pertinentes¹³⁴, a fim de habilitar o Supremo Tribunal Federal a proferir decisões adequadas em casos de inconstitucionalidade por omissão.

¹³⁴ Caminho, aliás, percorrido pelo Projeto de Lei n.º 2.960/97, que modifica o processo de controle abstrato de constitucionalidade. Este propicia a abertura necessária para melhor instrução das ações pertinentes e aproximação da jurisdição constitucional abstrata à realidade, conforme disposto em seu art. 9.º, § 1.º: “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

É de se admitir que atividade da espécie talvez demande modificação do texto constitucional, pela falta de sua autorização por este e pela previsão de eficácia específica do provimento judicial proferido em ação direta de inconstitucionalidade por omissão (notificação do poder faltante).

Interpretação mais criativa poderia, contudo, levar a resultado diferente, o que contribuiria ainda mais para o desenvolvimento e a efetivação judicial das normas constitucionais.

9 CONCLUSÃO

Foram várias as idéias expostas no decorrer deste trabalho, razão pela qual o espaço usualmente reservado à conclusão é insuficiente para enumerar todas. Toma-se, então, a liberdade, de sintetizar o quanto possível apenas a principal conclusão deste trabalho.

Todas as normas constitucionais (princípios, programas ou regras) podem ser invocadas pelo Judiciário, em qualquer ação ordinária, para solução de casos concretos, delas se extraindo a regra de direito que determinará o resultado do julgamento.

Cabe tanto ao Judiciário quanto ao Legislativo, paralela e conjuntamente, desenvolver e efetivar a Constituição. Por força do argumento democrático, a interpretação da Constituição realizada pelo Legislativo assume primazia, impondo-se ao Judiciário o ônus de, através de argumentação convincente, demonstrar que aquela está equivocada, para, só assim, proferir juízo de censura sobre ato legislativo em sentido diverso. Em casos de vazio legislativo, está o Judiciário autorizado a agir, desenvolvendo e efetivando independentemente a Constituição, exigindo-se, contudo, mesmo nessa hipótese, para evitar arbítrio judicial, demonstração suficiente de que o ato judicial guarda compatibilidade com a Constituição.

Existem, é certo, limites ao desenvolvimento e à efetivação judicial da Constituição, que podem excepcionalmente impedir essa atividade. Todavia, nenhum deles é intransponível, dependendo apenas de carga de argumentação necessária.

A principal consequência desse entendimento é o abandono da classificação abstrata das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade, tarefa, aliás, no mais das vezes complexa.

Tal classificação culmina por cindir a Constituição em duas partes: uma imediatamente aplicável, no sentido de pode ser imposta coercitivamente pelo Judiciário, outra que permanece inerte, a depender de regulação legislativa, que, muitas vezes, nunca virá.

Não por coincidência, na parte aplicável geralmente se encontram as normas que veiculam os direitos fundamentais do Estado Liberal, enquanto que na outra, com algumas exceções, se encontram os direitos sociais, principalmente os direitos a prestações materiais.

Isso é extremamente grave, à medida que impossibilita a aplicação coercitiva das normas constitucionais de conteúdo social. Se as Cortes desejam ter algum papel na construção do Estado Social (e, mesmo em tempos neoliberais, não é anacrônico falar em justiça social e igualdade, necessárias à manutenção e aperfeiçoamento da democracia), então elas devem assumir postura ativa no desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais de conteúdo social.

Isso é particularmente importante em países como o Brasil, nos quais a pobreza e a desigualdade na distribuição de renda assumem proporções assustadoras, impedindo a sua qualificação como verdadeira democracia.

E não se diga que melhores indicadores sociais dependem de políticas públicas da competência exclusiva do Legislativo ou Executivo. Normas constitucionais dirigidas a todos os poderes constituídos, inclusive ao Judiciário, já impõem a tomada de políticas públicas que visem à eliminação da pobreza e das desigualdades sociais (especialmente art. 3.º da Constituição brasileira).

Que Legislativo e Executivo não cumpram a contento tais tarefas constitucionais é algo até compreensível. Afinal, a pobreza e a desigualdade provocam distorções da formação da vontade política, o que impediu até hoje que a sua erradicação fosse efetivamente tratada como prioridade na pauta governamental.

Não é, entretanto, admissível inércia do Judiciário em relação a essas tarefas, tendo em vista que ele se encontra mais protegido de pressões do poder político e deve estar comprometido unicamente com o desenvolvimento e a efetivação da Constituição.

Não se pretende, obviamente, que o Judiciário construa por si só o Estado Social. No entanto, decisões comprometidas com a justiça social podem, além de amenizar os problemas citados, ter efeito pedagógico para os demais poderes constituídos e mesmo para a população, que, ciente das exigências constitucionais, poderia cobrar postura equivalente por parte de seus representantes eleitos.

Se o Judiciário brasileiro deseja desempenhar papel relevante na condução da vida política, como o desempenhado pelo seu congênere norte-americano durante a Corte de WARREN, então deve comprometer-se com o desenvolvimento e a efetivação de toda a Constituição, inclusive das normas de conteúdo social, para o que se espera que este trabalho possa apresentar alguma contribuição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALDISERT, Ruggero J. *The judicial process: text, materials and cases*. 2. ed. St. Paul, Minn.: West Pub., 1996
- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- _____. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997.
- ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Madrid: Civitas, 1985.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BARROSO, Luis Roberto Barroso. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- _____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. *Igualdade e liberdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos - o direitos à emanção de normas jurídicas e à protecção judicial contra as omissões normativas. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- _____. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1992.
- _____. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1995.
- _____. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da Filosofia Constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 737, p. 11-22, mar.1997.
- CORWIN, Edward S. *A Constituição norte-americana e seu significado atual*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1986.
- DANTAS, San Tiago. Igualdade perante a lei e “due process of law”: contribuição ao estudo da limitação constitucional do poder legislativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 116, p. 21-31, abr., 1948.
- DIMENSTEIN, Gilberto. *Democracia em pedaços: direitos humanos no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

- DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- _____. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1995.
- _____. *Freedom's Law: the moral reading of the american Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- _____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 11. imp. Cambridge: Harvard University Press, 1995.
- FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem "versus" a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Fabris, 1996.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direito humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FREYER, Tony. Hugo L. Black and the Warren Court in retrospect. In: TUSHNET, Mark (Ed.). *The Warren Court in historical and political perspective*. Charlottesville: University Press of Virginia, 1995. p. 86-105.
- GALBRAITH, John Kenneth. O engajamento social hoje. *Folha de São Paulo*, 20 dez. 98. Caderno Mais. p. 5.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1991.
- GEBRAN NETO, João Pedro. *Aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória*. Curitiba, 1989. Monografia (para disciplina Direito Constitucional Positivo do Curso de Mestrado em Direito). Pós-graduação em Direito na Universidade Federal do Paraná.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- HART, Herbert L. H. *O conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

- _____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- HORWITZ, Morton F. *The Warren Court and the pursuit of Justice*. New York: Hill and Wang, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- _____. *Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 1995.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.
- LEITE, Evandro Gueiros. Ativismo judicial. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. Segundo tratado sobre o governo. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- LOCKHART, William B.; KAMISAR, Yale; CHOPER, Jesse H.; SHIFFRIN, Steven H.; FALLON JR., Richard H. *Constitutional law: cases-comments-questions*. 18. ed. St. Paul, Minn.: West Pub., 1996.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. In: _____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998. p. 453-478.
- MORO, Sérgio Fernando. *Legislação suspeita? Afastamento da presunção de constitucionalidade da lei*. Curitiba: Juruá, 1998.
- _____. Aplicação retroativa da lei previdenciária mais benéfica. *Revista de Previdência Social*, São Paulo, n. 215, p. 821-828, out. 1998.

- _____. Afastamento da presunção de constitucionalidade da lei. *Revista CEJ*, Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, n.º 7, p. 127-131, abr. 1999.
- MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem, violência: elementos de uma teoria constitucional*, I. Porto Alegre: Fabris, 1995.
- _____. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- MURPHY, Walter F. A arte da interpretação constitucional. In: HARMON, M. Judd (Ed.). *Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1978.
- NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: RT, 1994.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1988.
- PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- _____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- POPPER, Karl R. Sobre la teoría de la democracia. In: _____. *La responsabilidad de vivir: escritos sobre política, historia y conocimiento*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1995, p. 175-182.
- PRITCHETT, C. Herman. *La Constitución Americana*. Buenos Aires: TEA - Tipografía Editora Argentina, 1965.
- _____. A supremacia judicial de Marshall a Burger. In: HARMON, M. Judd (Ed.). *Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.
- RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, v. 3, n. 10, p. 649-664, 1996.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

_____. *História do Supremo Tribunal Federal: 1891-1898 – defesa das liberdades civis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, [19--]. t. 1.

_____. *Direito e política: Os direitos humanos no Brasil e nos Estados Unidos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

SCHWARTZ, Bernard. *Os grandes direitos da humanidade: "The Bill of Rights"*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979.

_____. *A book of legal lists: the best and worst in American law*. New York: Oxford University Press, 1997.

SHAPIRO, Martin M. A Constituição e os direitos econômicos. In: HARMON, M. Judd (Ed.). *Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1978.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

TOURAINE, Alain. *O que é democracia?* Petropolis: Vozes, 1996.

TRIBE, Lawrence H. *Constitutional choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

_____; DORF, Michael C. *On reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1.^a REGIÃO. Gabinete da Revista. *A Constituição na visão dos Tribunais: interpretação e julgados artigo por artigo*. São Paulo: Saraiva, 1997.

TUSHNET, Mark (Ed.). *The Warren Court in historical and political perspective*. Charlottesville: University Press of Virginia, 1995.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

WOODWARD, Bob; ARMSTRONG, Scott. *Por detrás da Suprema Corte*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997.