



Função constituinte da jurisdição constitucional

Eitel Santiago de Brito Pereira

RA: 1200270

- **Dissertação para obtenção do título de Mestre do Curso de Mestrado em “Constituição e Sociedade” do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP).**
- **Professor Orientador: Doutor Paulo Gustavo Gonet Branco**

Brasília

Dezembro de 2013

Função constituinte da jurisdição constitucional

Eitel Santiago de Brito Pereira

RA: 1200270

– **Dissertação para obtenção do título de Mestre do Curso de Mestrado em “Constituição e Sociedade” do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).**

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Professor Doutor PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (IDP)

Membro: Professor Doutor GILMAR FERREIRA MENDES (IDP)

Membro: Professor Doutor LUCIANO MARIZ MAIA (UFPB)

PREITOS DE GRATIDÃO

Agradeço ao Professor Doutor PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, sempre solícito e gentil nos momentos em que precisei de sua preciosa orientação.

Agradeço, também, aos professores JÚLIA MAURMANN XIMENES, ALVARO LUIS DE A. S. CIARLINI, NEY DE BARROS BELLO FILHO, PAULO GUSTAVO GONET BRANCO e GILMAR FERREIRA MENDES, do Instituto Brasiliense de Direito Público, como também ao Professor lusitano JORGE MIRANDA, pelas lições que deles recebi durante as aulas das disciplinas do Curso de Mestrado Acadêmico em “Constituição e Sociedade” do Instituto Brasiliense de Direito Público. Os ensinamentos que deles recebi foram fundamentais para a elaboração da presente monografia.

Agradeço, também, a FÁTIMA, minha amada esposa, e aos meus queridos filhos LUCAS, GABRIEL, RODRIGO E MARÍLIA, pela compreensão que tiveram e pelo estímulo que me deram enquanto aprimorava os meus conhecimentos.

Agradeço, principalmente, a DEUS, que me deu saúde, paciência, força e sabedoria para enfrentar os desafios da pós-graduação.

RESUMO: A função constituinte da jurisdição constitucional é o tema da presente dissertação, que rebate os argumentos de quem censura a atuação do Supremo Tribunal Federal quando profere decisões alterando o tradicional sentido de algum texto da Constituição. Sustenta-se a legitimidade dessa função da Corte, que vem cumprindo o seu dever de defender a Carta Política e garantir que a República Federativa do Brasil não se afaste dos seus objetivos de realizar o bem comum, manter a paz, proteger os direitos humanos, promover o desenvolvimento, fortalecer os ideais democráticos e realizar a justiça.

Palavras chaves: Constituição. Jurisdição constitucional. Poder constituinte. Estado Democrático de Direito. Democracia. Justiça.

ABSTRACT: The constituent function of the constitutional jurisdiction is the theme of this dissertation, which rebuts the arguments of those who censure the procedure of the Federal Supreme Court when its decisions change the traditional meaning of the text of the Constitution. I support the legitimacy of this function of the Court, which has been fulfilling the duty to defend the Constitution and to guarantee that the Federative Republic of Brazil does not deviate from its aims of accomplishing the general welfare, maintaining the peace, protecting the human rights, promoting the development, strengthening the democratic ideals and achieving the justice.

KEY WORDS: Constitution. Constitutional jurisdiction. Constituent power. Democratic State of Law. Democracy. Justice.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	5
2 PODER CONSTITUINTE.....	9
2.1 Noção de poder	9
2.2 Poder legítimo e ilegítimo.....	11
2.3 Poder político.....	13
2.4 Soberania.....	14
2.5 Poder constituinte originário.....	23
2.6 Poder constituinte derivado.....	26
2.7 Limites e condicionamentos do poder constituinte derivado.....	27
3 CONSTITUIÇÃO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	33
3.1 Significados da Constituição.....	33
3.2 Supremacia constitucional.....	34
3.3 Jurisdição constitucional e suas funções.....	36
4 CONCEITO TRIDIMENSIONAL E INTERPRETATIVO DO DIREITO.....	41
4.1 Visões reducionistas.....	41
4.2 Concepções tridimensionais.....	43
4.3 Conceito tridimensional e interpretativo do Direito.....	46
4.4 Aplicação jurisprudencial.....	53
5 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	59
5.1 Do Estado moderno.....	59
5.2 Estado e liberalismo.....	61
5.3 Estado e socialismo.....	62
5.4 Crise dos modelos tradicionais.....	64
5.5 Estado Democrático de Direito.....	67
5.6 Aplicação jurisprudencial.....	69
6 DEMOCRACIA E JUSTIÇA COMO VALORES CONSTITUCIONAIS.....	79
6.1 Mito da neutralidade científica.....	79
6.2 Ideologia política.....	81
6.3 Ideologia democrática.....	82
6.4 Noção de justiça	91
6.5 Democracia e justiça como valores constitucionais. Aplicação jurisprudencial.....	98
CONCLUSÃO.....	100
BIBLIOGRAFIA.....	107

INTRODUÇÃO

A função constituinte da jurisdição constitucional é o tema desta dissertação, elaborada com o propósito de rebater os argumentos de quem censura a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), nas oportunidades em que profere decisões alterando o tradicional sentido de alguma norma da Constituição.

Duas indagações delimitam o problema que enfrento. Falta ao STF competência para modificar o significado das normas elaboradas pelo poder constituinte originário? Tem a mencionada Corte, cujos Ministros não foram eleitos, legitimidade para mudar o sentido dos textos normativos da Constituição?

Não, é como respondo à primeira. Sim, é a réplica que ofereço à segunda. Com efeito, se minhas respostas fossem diferentes, estaria concordando com a crítica feita em relação às deliberações do STF que modificam o significado de normas constitucionais sem alterar os respectivos textos. Todavia, não penso assim nem concordo com as verberações feitas, de modo apressado e sem maior reflexão, sobre a função constituinte reservada ao órgão de cúpula do Judiciário brasileiro.

O objetivo geral da dissertação é o de revisitar as lições sobre o poder constituinte, a Constituição e a jurisdição constitucional, o Direito, o Estado, a democracia e a justiça como valores constitucionais. Quanto aos objetivos específicos, são dois. O primeiro é provar a legitimidade das manifestações constituintes na jurisdição constitucional, e o segundo é demarcar o espaço em que se deve movimentar a Corte, quando decide mexer com os significados das normas constitucionais.

Insero-se o tema na linha de investigação sobre processo e jurisdição constitucional, que faz parte do programa do curso de Mestrado em “Constituição e Sociedade” do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Não se pode obscurecer o interesse que desperta nos meios acadêmicos e na sociedade, em face do fortalecimento da atuação do Supremo Tribunal Federal.

As bases teóricas da pesquisa fincam-se nas lições doutrinárias de autores nacionais e estrangeiros¹ que se dedicaram no passado e se dedicam no presente aos estudos da Ciência Política, do Direito Constitucional e da Teoria Geral do Direito.

Defendo que, no nosso País, como sucede noutros Estados Democráticos de Direito, tem o Judiciário legitimidade para inovar, se necessário for, na ordem jurídica no momento da interpretação/aplicação das normas constitucionais. É preciso apenas que decida sem afrontar os valores essenciais da organização política fundada pelo constituinte originário.

Valho-me das lições dos compêndios de Política e Direito Constitucional, enfocando na pesquisa as visões de doutrinas que surgiram após a Segunda Guerra e formam o constitucionalismo contemporâneo. Penso que o positivismo legalista não consegue desvendar completamente a experiência jurídica. Por isso, desenvolvo o trabalho em cima de lições filosóficas que superam aquele paradigma, destacando que também se elabora o Direito na oportunidade da composição das lides.

Ao aplicar a lei, o intérprete parte do texto e da realidade para encontrar a norma jurídica, prosseguindo até construir a norma de decisão que soluciona o litígio. É esse o processo de concretização em que o juiz tem ativa responsabilidade na produção do Direito, embora deva sempre atuar com prudência, sopesando os princípios que são aplicáveis às situações conflituosas e funcionam como balizas para a elucidação dos significados dos textos contidos nas leis e na própria Constituição.

Empreguei os tradicionais métodos da pesquisa jurídica, seguindo os raciocínios dedutivos, indutivos e hipotético-dedutivos² de estudiosos que meditaram sobre o poder constituinte e a jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito. No curso das pesquisas, consultei os livros e documentos indicados nas referências bibliográficas, examinando, igualmente, alguns acórdãos do Supremo

¹ Os nomes dos autores nacionais e estrangeiros consultados estão citados nas referências bibliográficas, insertas no final do presente escrito. Além disso, surgem logo nas notas de rodapé de cada uma das páginas da dissertação.

² Ensina Marina de Andrade MARCONI que “o método consiste em uma série de regras com a finalidade de resolver determinado problema ou explicar um fato por meio de hipóteses ou teorias que devem ser testadas experimentalmente e que podem ser comprovadas ou refutadas. Se a hipótese for aprovada nos testes, será considerada como uma justificativa adequada dos fatos e aceita ou adotada para fins práticos.” Noutro trecho, ela explica que “são vários os métodos utilizados para o estudo de um problema; entre eles podem ser citados: o indutivo, o dedutivo, o hipotético dedutivo, o dialético, o fenomenológico e outros.” (**Metodologia Científica – Para o curso de Direito**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 15-16).

Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, publicados pela União no Diário da Justiça eletrônico (DJe) e divulgados pela rede mundial de computadores.

Comento poucos julgamentos, entre os milhares que foram proferidos pelos dois Tribunais, nos últimos 25 (vinte e cinco) anos. Reconheço, por conseguinte, que a pesquisa experimental não envolve grande quantidade de casos. Apesar disso, adquire especial importância, porque as decisões escolhidas servem muito bem para comprovar a conjectura que apresento como resposta às questões formuladas.

Nesta introdução, falo dos objetivos do meu discurso, dos métodos que utilizei e dos conteúdos das partes que o formam.

No segundo capítulo, escrevo a respeito do poder constituinte. Diferencio a força legítima da ilegítima. Relembro a origem e a evolução do conceito de soberania. Distingo o poder constituinte originário do derivado e indico os limites e condicionamentos das funções constituintes derivadas entregues ao Legislativo, ao Judiciário e aos Estados-membros da Federação.

Discurso, na terceira porção do trabalho, sobre a Constituição e a sua supremacia na ordem jurídica interna. Digo, também, que toca à jurisdição constitucional a importante tarefa de interpretar/aplicar a Constituição, exercendo, quando se torna necessário, uma parcela da função constituinte instituída.

Na quarta parte da monografia, ocupo-me da noção do Direito prevalecente na modernidade. Começo fazendo uma explanação sobre as visões mais antigas e reducionistas a respeito do tema. Sublinho que estão ultrapassadas e explico as teorias que enfatizam a tridimensionalidade e a natureza interpretativa do Direito.

Justifica-se a incursão no tema da Filosofia, porque o Judiciário, no exercício de suas atividades, também cria normas jurídicas. Para compreender melhor a jurisdição, inclusive em sua função constituinte, é conveniente lembrar os embasamentos filosóficos que me autorizam a sustentar que o Direito não procede apenas das leis e dos atos normativos oriundos do Legislativo ou do Executivo.

No quinto capítulo, examino o evoluir do Estado moderno desde o seu aparecimento até os dias atuais, quando assume, a partir da segunda metade da derradeira centúria, os contornos organizacionais do que hoje se chama de Estado

Democrático de Direito. Refiro às características do aludido modelo, porque nele se desenha uma nova compreensão a respeito da separação dos poderes e da forma de governo adotada no País, com os reflexos na ampliação da capacidade normativa dos órgãos jurisdicionais.

Cumprido adiantar que a abordagem a respeito do Estado Democrático de Direito é oportuna, pois o referido padrão envolve importantes princípios, que orientam a interpretação do Direito pátrio e, simultaneamente, limitam a função constituinte da jurisdição constitucional.

Depois de fixados os conceitos de poder constituinte, Constituição, jurisdição constitucional, Direito e Estado, teço considerações sobre a democracia e a justiça como valores constitucionais, no sexto capítulo da dissertação.

Invoco as lições dos escritores que refletiram sobre as formas de governo, para sustentar que a democracia nunca foi uma realidade. Representa um ideal que deve ser perseguido. Jamais houve democracia pura. O que se encontra em toda parte são os governos mistos, isto é, aqueles que se consideram democráticos porque adotam princípios do mencionado regime, ou noutras palavras, aqueles que têm os seus órgãos executivos e legislativos formados com ampla participação popular; atuam em conformidade com a vontade da maioria; preservam os direitos fundamentais; enaltecem a liberdade e a igualdade; protegem as minorias, evitando que sejam aniquiladas e conservando desobstruídos os mecanismos que tornam possíveis mudanças.

No mesmo capítulo, analiso a luta do Direito em prol da realização da justiça, enquanto elevado valor da sociedade. Destaco que as dificuldades para se estabelecer um conceito sobre a justiça não impedem que se a reconheça como um ideal, que funciona como autêntico farol clareando os caminhos do intérprete na decifração do sentido das normas da Constituição.

Na conclusão, assevero a legitimidade da função constituinte da jurisdição constitucional. Penso que o Supremo Tribunal Federal vem se esforçando para defender a Carta Política e garantir que a República Federativa do Brasil não se afaste dos seus objetivos de realizar o bem comum e manter a paz, de proteger os direitos humanos e promover o desenvolvimento, de fortalecer os ideais democráticos e realizar a justiça.

2 PODER CONSTITUINTE

Forneço, com amparo em texto divulgado há algum tempo³, uma noção sobre o poder constituinte, pois devo começar minha dissertação tecendo algumas considerações a respeito do referido tema, antes de falar, no próximo capítulo, da Constituição e da jurisdição constitucional no Brasil.

2.1 *Noção de poder*

Depois de formadas, as coletividades tentam alcançar as metas que ensejaram a reunião de seus integrantes. É natural, portanto, que se esforcem para continuar funcionando. Todavia, comumente surgem conflitos, trazendo dificuldades para a preservação das relações sociais. As disputas precisam ser apaziguadas, sob pena de se transformarem em situações de luta aptas a dissolvê-las, especialmente se os confrontos se tornarem insuperáveis.

Embora a composição racional de discórdias seja imprescindível à sobrevivência de quaisquer agrupamentos, não se conciliam as desavenças sem se organizar a vida social. A desordem gera a indisciplina; põe termo à comunhão de vontades; dispersa as energias, que precisam permanecer conjugadas em prol dos objetivos da grei.

Desde as mais simples até as mais complexas, as coletividades organizam-se por meio da seleção das pessoas encarregadas de compor os litígios e adotar as deliberações de interesse geral. Visualiza-se esse fenômeno da dominação em qualquer grupo ou sociedade. Sempre há determinados indivíduos impondo normas de conduta, comandando ações e julgando controvérsias. São os dominadores, que governam seus semelhantes.

Que se entende por dominação? O economista Max WEBER retruca que “é um dos elementos mais importantes da ação social”. Tomada com o mesmo significado de poder, consiste na “possibilidade de impor ao comportamento de terceiros a vontade própria”.⁴ Mais adiante, lembrarei respostas fornecidas por outros estudiosos. Por ora,

³ PEREIRA, Eitel Santiago de Brito. **Política, Ética e Estado**. João Pessoa: Ideia, 2010, 246 p.

assinado que o fenômeno da dominação também se chama de poder e desponta nas interações pessoais desde os tempos mais remotos.

Em seu manual, Marcus Claudio ACQUAVIVA dessume que os estudos de Antropologia, Arqueologia e Etnologia provam que as coletividades, inclusive as mais selvagens, eram “dotadas de poder de mando rudimentar”. Desse modo, se nós recuarmos no tempo, até alcançarmos “os mais antigos vestígios deixados pelo homem, encontraremos, sempre, o elemento humano vivendo em sociedade e uma autoridade dirigindo o grupo”.⁵

Dalmo de Abreu DALLARI alenta a compreensão de que a sociedade e o poder são simultâneos e interdependentes. Não há documento algum, “mesmo relativo aos períodos pré-históricos, indicando a possibilidade de ter existido, em alguma época, a sociedade humana desprovida de poder.” Assim, os que duvidam dessa afirmação não conseguem apontar qualquer indício da ocorrência de um período anárquico na evolução da vida social.⁶

Celso Ribeiro BASTOS reforça as opiniões expostas, adicionando que se vê a presença, em qualquer organização humana, de “certa dose de autoridade para impor aqueles comportamentos que os fins sociais estejam a exigir”.⁷

Realmente, o poder manifesta-se em qualquer grupo ou sociedade, despertando a atenção de todas as ciências sociais. A História, a Geografia, a Economia, a Sociologia e o Direito compartilham noções semelhantes a respeito dessa energia que movimenta a vida da humanidade.

A respeito do assunto, trago à colação a palavra do sociólogo Ely CHINOY, confirmando que o poder consiste na capacidade “de controlar as ações alheias”, sendo um elemento característico “da maioria das estruturas sociais, se não de todas”.⁸

⁴ WEBER, Max. **Economia e Sociedade. Fundamentos da Sociologia compreensiva**. Volume 2. Tradução de Régis Barbosa e Karen Elisabe Barbosa. Revisão Técnica de Gabriel Cohn. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, 2009 (reimpressão), p. 187-188.

⁵ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 9.

⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 41-42.

⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins. Volume 1. São Paulo: Saraiva. 1988, p. 133.

⁸ CHINOY, Ely. **Sociedade. Uma Introdução à Sociologia**. 19ª edição. Introdução de Charles Page. Tradução de Octavio Mendes Cajado. Consultor da edição brasileira: Manoel T. Berlinck. São Paulo: Editora Cultrix, 1993, p. 254.

Memoro que a História e a Geografia valem-se das mencionadas definições. Assim, Iná Elias de CASTRO leciona que o poder é relacional e “incorpora a capacidade de estabelecer sanções”. Designa “uma capacidade de agir, direta ou indiretamente, sobre as coisas ou sobre as pessoas, sobre os objetos ou sobre as vontades”. Revela-se como “uma forma de impor uma vontade à parte mais fraca de uma relação, mediante a possibilidade de aplicar sanções”.⁹

Para Marcello CAETANO, o poder consiste na “possibilidade de eficazmente impor aos outros o respeito da própria conduta, ou de traçar a conduta alheia”. Explica, ainda, o professor lusitano que o fenômeno surge toda vez “que alguém tem a possibilidade de fazer acatar pelos outros sua própria vontade, afastando qualquer resistência exterior àquilo que quer fazer ou obrigando os outros a fazer o que ele queira”.¹⁰

Bem se vê que coincidem, no essencial, as noções sobre o poder expostas por especialistas de diversas ciências. Todos concordam que o domínio sobre outras pessoas, quer seja exercido por um sujeito, quer seja por um grupo, constitui traço elementar nas relações sociais de quaisquer coletividades. Sempre há algum ser humano, ou alguns, numa posição de dominação, criando regras, disciplinando comportamentos, comandando ações, fazendo julgamentos e solucionando dissídios. São os dominadores ou, noutros termos, os indivíduos que dispõem dos mecanismos de coerção, tendo, por conseguinte, a capacidade de obrigar os demais, até mediante o uso da força física, se necessário for.

2.2 Poder legítimo e ilegítimo

Fixada a noção sobre o poder, explico agora a distinção existente entre o poder legítimo e o ilegítimo.

A possibilidade do uso da força caracteriza o poder no âmbito de qualquer relação social. Algumas vezes, o respeito pela vontade de quem manda decorre apenas

⁹ CASTRO, Iná Elias de. **Geografia e Política. Território, escalas de ação e instituições**. 2ª edição. Rio de Janeiro/RJ: Bertrand Brasil, 2009, p. 97, 99 e 101.

¹⁰ CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Tomo I. Reimpressão. 6ª edição revista e ampliada por Miguel Galvão Teles. Coimbra: Livraria Almedina, 1989, p. 5.

do temor que os dominados sentem de sofrer as consequências resultantes da desobediência. Entretanto, na maior parte dos casos, a submissão se apóia na aquiescência dos que obedecem, pois estão persuadidos da legitimidade da ordem. Na obediência decorrente do consentimento, os súditos concordam com os conteúdos das respectivas determinações, ou, se delas discordam, acatam-nas espontaneamente por outro motivo: encontram-se convencidos de que procedem de um indivíduo ou de um grupo autorizado a impô-las.

Há, portanto, duas espécies de domínio: (a) o legítimo, fundado no consentimento, sendo respeitado por força da racional autoridade de quem o exerce de conformidade com a ordenação previamente estabelecida em benefício do grupo; e (b) o ilegítimo, assentado apenas na força física do dominador e cuja obediência resulta do temor do submisso.

Para que se entenda melhor a distinção, ofereço exemplos de um ato oriundo do domínio legítimo e de outro proveniente do ilegítimo. É manifestação de poder legítimo, porque autorizada pelo ordenamento jurídico vigente (Constituição da República: artigo 5º, inciso XXV), o ato da autoridade que usa, sem o prévio consentimento do dono, no caso de iminente perigo público, a propriedade particular. Nesta hipótese, restará ao proprietário o direito de pleitear uma indenização ulterior, se houver dano. Enquanto isso, o ato do bandido que toma o carro da vítima, mediante ameaça com uma arma, não passa de dominação ilegítima, porque se escora somente na força bruta e não encontra respaldo na ordem jurídica nem na aquiescência de quem se vê forçado a suportar a agressão.

Como se percebe dos exemplos, embora também suprima a vontade do destinatário de sua ordem, o domínio legítimo não coincide com o ilegítimo, ou de fato. Não coincide, porque se sustenta no sistema legal; não decorre apenas da força física; procede do acatamento espontâneo de quem se submete à potestade, ou, então, resulta da força racional da lei como expressão autêntica da vontade geral.

2.3 Poder político

Se a ordem emerge como pressuposto da vida social e reclama a situação de domínio de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos sobre outras pessoas, qual o critério para se qualificar como política uma espécie de dominação?

Político é qualquer poder referente ao funcionamento do Estado. Tanto é político o poder de uma Potência como o de qualquer outra comunidade autônoma (Estados-membros, províncias, cidades, municípios etc.) ou associação (agremiações partidárias, sindicatos, órgãos de classe, organizações internacionais etc.) que tenham capacidade de interferir na vida coletiva.

Se a legitimidade da força provém do ordenamento legal que autoriza o seu desencadeamento, a sua natureza política decorre do propósito que a gera e movimenta para organizar a vida na sociedade. Em suma, a natureza política do domínio exprime a dimensão cratológica do Estado, sendo condição essencial à sua existência, porque não há sociedade sem poder.

Precisa o poder político ser legítimo para integrar, como elemento, a estrutura de um arquétipo de comunidade denominado de Estado Democrático de Direito. O poder político ilegítimo, conquistado sem amparo na lei e mantido pela violência ou pela intimidação que obstam a resistência dos governados, só surge em Estados despóticos, cujas aparições contrariam os ideais de organização consentida da sociedade. O legítimo, pelo contrário, congrega estrategicamente em torno do bem comum os interesses parciais dos membros da coletividade, que se emancipa em torno da realização dos ideais de democracia e justiça.

Não é legítimo o poder que se funda num ordenamento dissociado da ética, nem há legitimidade numa dominação amparada em normas contrárias à moral. Como bem adverte Jürgen HABERMAS, “para ser legítimo, o direito de uma comunidade jurídica concreta, normatizado politicamente, tem que estar, ao menos, em sintonia com princípios morais que pretendem validade geral, ultrapassando a própria comunidade jurídica.”¹¹

¹¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – entre faticidade e validade**. Volume 1. 2ª edição revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 350.

2.4 Soberania

A soberania diferencia o poder político dos outros tipos de situação de domínio. Representa a força da nação¹² politicamente organizada. É um atributo que esteve fora das cogitações dos pensadores da antiguidade. Faltava, no tempo, uma condição indispensável para se tomar consciência dele: a oposição das potestades de outros agrupamentos humanos.¹³

O conceito de autarquia, que Aristóteles difundiu ao discorrer sobre a pólis, não guardava similitude com o de soberania. A palavra “autarquia” correspondia à autossuficiência de um tipo de sociedade para satisfação das necessidades de seus membros, sem qualquer preocupação com a eventual supremacia dessa capacidade em relação a outras. Enquanto isso, a soberania designa a superioridade inerente ao poder do Estado frente a outras situações de domínio verificáveis no mesmo território de sua atuação.¹⁴

O termo “soberania” carrega o significado de superior. Com tal sentido incorporou-se ao vocabulário político. No entanto, a significação entrou em uso durante a Idade Média, período que vai da queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.) até a tomada de Constantinopla pelos turcos (1473 d.C.).

¹² Povo e nação são termos usados como se fossem sinônimos desde a Revolução Francesa, embora seja possível distingui-los. Aliás, noutra ocasião, assinalei que: “Arrosta uma tarefa penosa quem distingue entre as duas palavras, até porque a nação envolve inegavelmente o povo em sua dimensão ativa de sujeito de direitos e obrigações, e, ao mesmo tempo, titular do poder constituinte. Apesar disso, muitos o fazem, sem que a similitude entre as duas locuções embote o brilho de suas teses.” PEREIRA, Eitel Santiago de Brito. **Obra citada**, p. 101.

¹³ - “El que la Antigüedad no haya llegado a un conocimiento del concepto de soberanía tiene un fundamento histórico de importancia, a saber: que faltaba al mundo antiguo lo que únicamente podía traer a la conciencia el concepto de la soberanía: la oposición del poder del Estado a otros poderes.” JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Tradução e prólogo de Fernando de los Rios. México: Fondo de Cultura Económica, 2000 (primera edición em español), 2004 (segunda reimpressão), p. 405.

¹⁴ - “La nota característica del Estado, y que lo diferencia de todas las demás comunidades humanas, la constituye, según Aristóteles, la autarquía. Este concepto antiguo no tiene parentesco alguno con el moderno de soberanía. La autosuficiencia significa, para la antigua doctrina del Estado, aquella propiedad mediante la cual los esfuerzos de los hombres, por completarse unos a otros, habían de hallar en él una satisfacción plena. El Estado necesitaba, pues, estar constituido de tal suerte, que por su propia naturaleza no tuviera necesidad de ninguna otra comunidad que lo completarse; non contradice, pues, de ningún modo su esencia, el encontrarse respecto de otra comunidad en una situación real de dependencia, en este o en aquel orden de relaciones...” JELLINEK, Georg. **Obra citada**, p. 401.

Naquela época, vários reinos e repúblicas tinham conquistado a independência na Europa ocidental. A Igreja católica, por sua vez, adquirira grandes glebas e também ganhara considerável poder, o que lhe permitia influenciar nas decisões e sistemas normativos de muitos países. A nobreza era, outrossim, proprietária de enormes porções de terras, colocando-se num patamar de dominação no cenário da vida social. Os duques, marqueses, condes e barões impunham suas leis; submetiam as demais pessoas (servos e aldeões), que viviam em seus feudos e estavam a eles ligados por laços de vassalagem.

No Medievo, existiam efetivamente diversos centros de emissão de decisões no mesmo território, o que gerava conflitos, provocando a comparação entre a potestade da comunidade política e as forças daquelas outras coletividades religiosas (igrejas, dioceses e paróquias) ou leigas (ducados, marquesados, condados e baronatos), que atuavam simultaneamente, no mesmo espaço geográfico. A capacidade de dominação, em maior ou menor grau, levou os referidos agrupamentos humanos a enfrentamentos. O conceito de soberania surgiu, destarte, no contexto das lutas históricas travadas, a partir da Idade Média, em prol da afirmação da unidade e supremacia dos Estados, concebidos como instituições predestinadas ao exercício do poder, quer estivessem organizados como reinos ou repúblicas.¹⁵

Jean BODIN é o autor de um importante estudo a respeito da soberania. As suas conjecturas sobre o assunto constam da famosa obra “Os seis livros da República”, que veio a lume na Modernidade (1576). Ao observar a situação de seu próprio país, o jurista francês indicou a elevada posição e os superiores privilégios de qualquer indivíduo ou grupo que governa. Definiu, então, a soberania como o poder absoluto e perpétuo de um Estado.¹⁶ Absoluto, porque se manifesta sem se submeter a qualquer condição imposta por uma ordem jurídica anterior. Perpétuo, porque inaugura a ordem jurídica e funda a sociedade política, mas não se extingue, permanecendo em estado de latência e manifestando-se a qualquer tempo, se o seu titular resolver remodelar as instituições.

¹⁵ - “(...) la soberanía sólo puede comprenderse mediante las luchas históricas de los Estados para afirmar su existencia...” JELLINEK, Georg. **Obra citada**, p. 416.

¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Obra citada**, p. 76-77.

Quando BODIN elaborou a doutrina da soberania, as formas monárquicas de governo prevaleciam. Os reis personificavam as potestades dos Estados. Por isso, BODIN enalteceu o absolutismo, apregoando a supremacia do poder dos monarcas. Georg JELLINEK apercebe-se da circunstância, anotando que o pensador francês, ao criar a doutrina da soberania, foi simultaneamente o primeiro defensor do Estado absoluto.¹⁷

Em 1651, no livro “Leviatã”, Thomas HOBBS dissertou sobre a soberania, defendendo o absolutismo preconizado por BODIN. Para o filósofo inglês, a comunidade política organizou-se para proteger as pessoas, sendo, em linguagem figurativa, “um homem artificial, de maior estatura e força do que o homem natural”. A soberania, na metáfora hobbesiana, é a alma artificial, pois “dá vida e movimento a todo o corpo” desse ente, que se faz representar por um indivíduo ou um grupo de indivíduos encarregado de exercer um poder dominante no espaço geográfico de sua atuação.¹⁸

As teses de BODIN e HOBBS preconizam a supremacia da potestade do ente estatal, transmitindo tal qualidade às próprias pessoas encarregadas de exercer o governo. JELLINEK assinala isso, acrescentando que eles concebem o Estado como uma comunidade dirigida por uma pessoa ou por um grupo soberano.¹⁹

Na forma exposta por BODIN e HOBBS, a doutrina da soberania ensejou o fortalecimento do absolutismo. Em contraposição a tais ideias despóticas, o inglês John LOCKE, no “Segundo Tratado sobre o Governo Civil” (1689), e o francês Charles-Louis de SECONDAT (Barão de la Brède e de MONTESQUIEU), no livro “Do Espírito das Leis” (1748), recomendaram a repartição do poder do Estado.

¹⁷ - “El poder del Estado considerábase como poder independiente, únicamente con la condición de que el príncipe no se viera ligado en el derecho público, absolutamente por nada, esto es, con la condición de que todo el orden del Estado le fuera ofrecido incondicionalmente. De este modo, la doctrina de la soberanía se transforma en absolutismo. El creador de la doctrina científica de la soberanía es al propio tiempo el primer defensor de la necesidad jurídica y política del Estado absoluto...” JELLINEK, Georg. **Obra citada**, p. 416-417.

¹⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo/SP: Editora Martin Claret, 2001, p. 15 e 131.

¹⁹ - “En las luchas por la independencia del Estado y de su poder en la Edad Media, la monarquía es en general la que representa la idea de Estado, por esto aparece el pensamiento político en los momentos de la lucha por el Estado, como si se tratase de una lucha entre el soberano temporal y el papa, entre el rey y el emperador, entre el gran señor y los señores feudales o ciudades. De aquí que se refiera la soberanía, en un principio, al monarca. El Estado es, pues, una comunidad en cuya cima está un señor soberano...” JELLINEK, Georg. **Obra citada**, p. 416.

LOCKE e MONTESQUIEU combateram os regimes absolutistas, aconselhando a divisão da soberania. Foram os principais corifeus dos ideais liberais responsáveis pela deflagração de revoluções destinadas a limitar o poder.

Tempos após a divulgação das citadas obras, o tema da soberania voltou a ser examinado no livro “O Contrato Social – Princípios do Direito Político”, publicado em 1762. O seu autor, Jean-Jacques ROUSSEAU, estudou a matéria, transferindo a titularidade da soberania do governante para o povo. Empenhou-se na luta contra o absolutismo. Contudo, não aceitou a tese da quebra da soberania. A sua compreensão era outra, consoante se apanha do trecho adiante transcrito:

Pela mesma razão por que é inalienável, a soberania é indivisível, visto que a vontade ou é geral ou não o é; ou é a do corpo, ou unicamente de uma parte. No primeiro caso, essa vontade declarada é um ato de soberania e faz lei; no segundo, não passa de uma vontade particular ou de um ato de magistratura; é, quando muito, um decreto.

Mas, não podendo dividir a soberania em seu princípio, nossos políticos a dividem em seu objeto; eles a dividem em força e vontade, em poder legislativo e poder executivo, em direitos de impostos, de justiça e de guerra, em administração interior e em poder de negociar com o estrangeiro; ora confundem todas essas partes, ora as separam. Fazem do soberano um ser fantástico, formado de diversas peças entremeadas, tal como se formassem o homem de vários corpos, um dos quais tivesse olhos, outro braços, outro pés, e nada mais.²⁰

ROUSSEAU critica a doutrina da separação dos poderes, pois avalia a divisão como um erro decorrente da falta de “noções exatas a respeito da autoridade soberana”. Do seu ponto de vista, quem separa a soberania toma “como parte dessa autoridade o que não passa de emanção dela”. O Estado é uma pessoa jurídica que vive da união de seus órgãos, tendo como objetivo essencial a sua própria conservação. Somente alcança seus propósitos, se possuir uma força compulsiva, com capacidade para movimentar cada uma de suas partes de acordo com as próprias conveniências. Da mesma forma que a natureza concede a qualquer pessoa natural a faculdade de dispor dos membros do seu corpo, também “o pacto social dá ao corpo político um poder

²⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social – Princípios de Direito Político**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. Revisão de Edison Darci Heldt. São Paulo: 1999, p. 34-35.

absoluto sobre todos os seus, e é esse mesmo poder que, dirigido pela vontade geral, recebe, como ficou dito, o nome de soberania”.²¹

Na acepção do mestre suíço, a soberania coincide com o poder do corpo político e serve ao exercício da vontade geral. Aliás, a expressão “vontade geral” tem um sentido extremamente importante para limitar a atuação da autoridade pública. Não se confunde com a vontade de todos, porque se refere “ao interesse comum, enquanto a outra diz respeito ao interesse privado, nada mais sendo que uma soma de vontades particulares.” A vontade geral congrega o maior número de opiniões sobre os interesses coletivos²²; comanda as forças do Estado, “em conformidade com o objetivo de sua instituição, que é o bem comum.” Assim, o acordo entre interesses particulares torna possível a fundação do Estado, uma vez que o vínculo social forma-se com base no que existe de comum entre os membros da comunidade.

Aliás, sem um ponto de concordância entre interesses antagônicos, “nenhuma sociedade poderia existir.” Somente o interesse compartilhado justifica a submissão da sociedade ao governo.²³ As leis são, dessa forma, os “atos da vontade geral”, os frutos das manifestações da soberania, nos momentos posteriores à fundação do Estado. Nelas se colocam as normas indispensáveis para a harmonia social e a conservação de uma Potência. Na linguagem rousseuniana, a vida do corpo político procede do pacto social, sendo imprescindível “dar-lhe o movimento e a vontade pela legislação”. Há de ser assim, porque “o ato primitivo pelo qual esse corpo se forma e se une nada determina ainda daquilo que lhe cumpre fazer para conservar-se”.²⁴

O engenhoso raciocínio levou o mestre genebrês a concluir que a vontade geral prevalece, na medida em que as opiniões se aproximam da unanimidade. Para rebater o argumento de não existe tema algum em que se possa obter um juízo comum a todos os integrantes do corpo político, Rousseau sublinha que somente o contrato social decorre do consentimento uníssono dos que decidem formar a comunidade política. No momento daquele ajuste, “o cidadão consente com todas as leis, mesmo as que são aprovadas contra a sua vontade, e mesmo as que o punem, quando ousa violar alguma

²¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Obra citada**, p. 35 e 39.

²² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Obra citada**, p. 37.

²³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Obra citada**, p. 33.

²⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Obra citada**, p. 45 e 47.

delas.” Manifesta a concordância, aceitando submeter-se ao poder soberano e, por isso, permanece residindo no território do Estado constituído pelo contrato social. Os oponentes não se incluem no pacto, são “estrangeiros entre os cidadãos”. Depois de fundado o agrupamento político, “a residência implica o consentimento; habitar o território é submeter-se à soberania”. Desse modo, excluída a hipótese do primeiro ajuste, “o voto da maioria obriga sempre os demais”; e o princípio majoritário rege as deliberações da comunidade, permitindo que se conheça qual é a vontade geral.²⁵

Quem compara os pensamentos dos autores citados vê que BODIN e HOBBS encaram a soberania como uma força indivisível e absoluta, dirigida pela vontade do próprio governante, que a recebe sem qualquer restrição. Já ROUSSEAU, apesar de admitir a unidade da soberania, deles se afasta, porque marca os limites ao exercício do poder. O genebrês não trilha o mesmo caminho percorrido por LOCKE e MONTESQUIEU, que preconizam a separação funcional da soberania, como forma de garantir a contenção da potestade. Na sua perspectiva, a divisão não é necessária. Há limitações naturais e decorrentes de outras circunstâncias, eis que:

(...) além da pessoa pública, temos de considerar as pessoas privadas que a compõem e cuja vida e liberdade são naturalmente independentes dela. Trata-se, pois, de distinguir entre os respectivos direitos dos cidadãos e do soberano, e os deveres que os primeiros devem cumprir na qualidade de súditos, e o direito natural que devem gozar na qualidade de homens.

No tocante a tudo quanto cada um aliena, pelo pacto social, de seu poder, de seus bens e de sua liberdade, convém-se que representa somente a parte de tudo aquilo cujo uso interessa à comunidade, mas é preciso convir também que só o soberano pode julgar desse interesse.

Todos os serviços que um cidadão pode prestar ao Estado passam a ser um dever tão logo o soberano os solicite; mas o soberano, de sua parte, não pode onerar os súditos com nenhuma pena inútil à comunidade; não pode sequer desejá-lo, pois, sob a lei da razão, não menos que sob a da natureza, nada se faz sem causa.

Os compromissos que nos ligam ao corpo social só são obrigatórios por serem mútuos, e sua natureza é tal que, ao cumpri-los, não se pode trabalhar para outrem sem trabalhar também para si mesmo.²⁶

Embora diferente da esposada por LOCKE e MONTESQUIEU, a visão de ROUSSEAU também confere conteúdo democrático à doutrina da soberania. Com

²⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Obra citada**, p. 128-131

²⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Obra citada**, p. 39-40.

efeito, ele sustenta que a soberania corresponde à vontade geral, e esta, além de ser livre na origem e invariavelmente reta, destina-se a atender à utilidade pública, propendendo naturalmente para o reconhecimento da igualdade de todos os membros da sociedade pactuada.²⁷

Se a doutrina da soberania propalada por BODIN e HOBBS encoraja o absolutismo como regime de governo fundado na superioridade dos dirigentes, as concepções de LOCKE, MONTESQUIEU e ROUSSEAU animam a luta pela democracia, como sistema assentado nas ideias de liberdade, igualdade e respeito aos direitos fundamentais dos seres humanos.

Na compreensão de BODIN e HOBBS, a soberania é absoluta e ilimitada, identificando-se com a vontade do dirigente. A pessoa ou órgão colegiado é encarregado por Deus ou por outras divindades de exercer o poder (tese teocrática de BODIN), ou recebe a incumbência de governar em face do pacto social, que não passa de uma estipulação feita por todos em favor de um terceiro: o governante (contratualismo de HOBBS).

No entendimento de LOCKE, MONTESQUIEU e ROUSSEAU, o poder soberano fica contido em certos limites. É orientado pela vontade geral do povo. LOCKE e MONTESQUIEU sugerem a divisão da soberania em órgãos autônomos e incumbidos de exercer as diferentes funções (legislativa, executiva e jurisdicional), como mecanismo eficiente de contenção do poder. ROUSSEAU deles discorda. Imagina que a vontade geral é capaz de limitar a soberania sem necessidade de se fazer sua divisão funcional. Por isso, anota que “o poder soberano, por mais absoluto, sagrado e inviolável que seja, não ultrapassa nem pode ultrapassar os limites das convenções gerais.” E, firmando sua ideologia democrática, enaltece a liberdade civil e a igualdade, garantindo que “qualquer homem pode dispor plenamente do que lhe foi deixado, por essas convenções, de seus bens e de sua liberdade”. E adverte que o soberano perde sua autoridade se “onerar mais a um súdito do que a outro”.²⁸

Com os aprimoramentos resultantes da evolução do pensamento político, atualmente predomina a compreensão democrática. O titular da soberania é o povo. A

²⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Obra citada**, p. 34 e 37.

²⁸ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Obra citada**, p. 42.

sua atuação encontra limites no ordenamento jurídico internacional, que consagra os valores, princípios e direitos fundamentais que devem ser preservados pelas Potências.

Construída a partir das ideias liberais de LOCKE, MONTESQUIEU e ROUSSEAU, entre outros, a doutrina democrática da soberania é a mais aceita. Vem sendo propagada desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que proclama:

6. É a lei a expressão da vontade geral e, para sua formação, todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente, ou por meio de representantes. Ela deve ser a mesma para todos, quando protege, ou quando pune. Por serem iguais perante a lei, todos os cidadãos são igualmente admissíveis a todas as dignidades, posições e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção qualquer, a não ser a resultante de suas virtudes e de suas aptidões.

Feitos os comentários sobre a origem e a evolução do conceito de soberania, surge uma pergunta: coincide a soberania com o poder político em geral, ou é apenas um atributo da potestade do Estado?

Respondo a indagação dizendo que o poder do Estado, como o de qualquer comunidade autônoma ou associação influente na vida pública, consiste numa relação bilateral de comando e obediência. Firma-se com o propósito de organizar a vida social. Exprime o domínio de um homem ou de um grupo de homens no seio da coletividade.

Porém, as semelhanças desnudadas não me impedem de diferenciar a potestade do ente estatal das outras forças políticas que se agitam no território submetido à sua jurisdição. No poder do Estado sobressai um traço singular que o distingue de outros poderes políticos: a soberania.

Nesse panorama, a soberania é apenas um atributo de certo tipo de potestade. Não se confunde com o poder político em geral, sendo uma qualidade da força do Estado. Marcello CAETANO defende a mesma posição, anotando que:

(...) poder político e soberania não são a mesma coisa. A soberania é uma forma do poder político, correspondendo à sua plenitude: é um poder político supremo e independente. Se uma comunidade tem liberdade plena de escolher a sua Constituição e pode orientar-se no sentido que bem lhe

parecer, elaborando as leis que julgue convenientes, essa coletividade forma um Estado soberano. Mas nem sempre os Estados são soberanos. Há casos em que a coletividade tem autoridade própria para exercer o poder político, constituindo um Estado, e, todavia, esse exercício do poder político está condicionado por um poder diferente e superior: é o que se passa com os Estados federados e com os Estados protegidos.²⁹

Vê-se, de tudo o que foi exposto, que o poder do Estado, em face de sua preponderância, distingue-se das demais situações de mando visíveis noutras coletividades. A hegemonia o qualifica, dando-lhe supremacia, inclusive em relação a outros poderes políticos. É por isso que a força de dominação do ente estatal recebe o nome de poder político soberano ou simplesmente soberania.

Para esclarecer ainda mais o assunto, revelo que se costuma diferenciar a soberania interna da externa. A interna é a qualidade que põe o poder do Estado em situação de superioridade, de não subordinação a nenhuma outra força presente noutras relações sociais, associativas ou comunitárias, que se processam no território da sociedade organizada. Enquanto isso, a externa significa supremacia, consistindo apenas na capacidade de um povo de se emancipar politicamente, mantendo-se independente e numa situação de igualdade em relação a outras Potências atuantes no cenário internacional.

Embora limitada pelo Direito Internacional, especialmente pelas regras que reconhecem os direitos e garantias fundamentais, a potestade do Estado considera-se soberana justamente porque nenhuma força, na ordem interna, possui competências superiores às suas. No âmbito externo, ensina REZEK que a soberania

(...) não é apenas uma idéia doutrinária fundada na observação da realidade internacional existente desde quando os governos monárquicos da Europa, pelo século XVI, escaparam ao controle centralizante do Papa e do Sacro Império romano-germânico. Ela é hoje uma afirmação do Direito Internacional positivo, no mais alto nível de seus textos convencionais. A Carta da ONU diz, em seu art. 2º, § 1º, que a organização 'é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros'. A Carta da OEA estatui, no art. 3º, f, que 'a ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados'. De seu lado, toda a jurisprudência internacional, aí compreendida a da Corte de

²⁹ CAETANO, Marcello. **Obra citada**, p. 132.

Haia, é carregada de afirmações relativas à soberania dos Estados e à igualdade soberana que rege sua convivência.³⁰

2.5 Poder constituinte originário

A distinção entre leis fundamentais e ordinárias remonta à Antiguidade, encontrando-se presente também nas ideias de politólogos do Medievo. Apesar disso, a doutrina do poder constituinte somente se desenvolveu no início da Modernidade. O principal responsável por sua sistematização foi Emmanuel Joseph SIEYÈS, no livro publicado às vésperas da Revolução Francesa e cujo título é uma indagação: “Que é o Terceiro Estado?”

SIEYÈS observou que todo Estado possui uma Constituição elaborada por um poder especial pertencente à nação. Dessa forma, essa capacidade de elaborar a Constituição não se confunde com as capacidades que a lei constitucional concede a outros entes e órgãos. Estas são prerrogativas criadas pela Constituição anteriormente feita por um poder preexistente: o poder constituinte originário. Conseqüência desse raciocínio é o argumento do mencionado abade inferindo que o poder criador da Constituição antecede e é superior aos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) criados pela lei constitucional.

Atualmente, pacificou-se o entendimento de que o poder político soberano é o constituinte originário, que corresponde à capacidade de organizar o Estado independente. Não são soberanos os demais poderes políticos, aí incluídos os entregues pela Constituição aos entes federados e aos órgãos do Estado.

O poder constituinte originário não é apenas um fato. Tem a natureza de um direito coletivo, como bem o revela o ordenamento comum a todos os povos.³¹ Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO defende este ponto de vista, memorando que há “um direito natural, anterior ao direito do Estado e superior a este.” Dele decorre “a liberdade de o homem estabelecer as instituições por que há de ser governado.” De sorte que a

³⁰ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 10ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 224-225.

³¹ **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, divulgada na França, em 1789.

possibilidade de uma comunidade se emancipar, fundando uma Potência, através de uma Constituição, “é um poder de direito”.³²

Luís Roberto BARROSO concorda com a opinião exposta. Admite que o força social constituinte não se sujeita à legislação preexistente, mas reconhece que se trata, de toda forma, de um poder limitado e condicionado, cujo exercício e obra “são pautados tanto pela realidade fática como pelo direito, âmbito no qual a dogmática pós-positivista situa os valores civilizatórios, os direitos humanos e a justiça”.³³

Consolidou-se a tese de que pertence ao povo a prerrogativa de organizar juridicamente a sociedade, declarando os direitos e garantias fundamentais; definindo o tipo de Estado, a forma e o sistema de governo; regulando os modos de aquisição e de desempenho do poder; limitando a atuação dos órgãos criados para fazer as leis, executá-las e aplicá-las nas oportunidades em que emergem os conflitos nas relações sociais.³⁴

Chama-se de poder constituinte originário à força jurídica soberana que a nação tem para fundar inicialmente o Estado, criando suas instituições e fixando-lhes as competências e atribuições funcionais, anunciando os princípios ideológicos de atuação da comunidade nas dimensões política, econômica e social.

O poder constituinte originário possui algumas características. É inicial, não se apoiando numa lei positiva preexistente, como acontece com os demais poderes políticos. É ilimitado, não se submetendo à ordem constitucional vigente no espaço territorial em que se manifesta, embora deva observar as regras internacionais assecuratórias da coexistência pacífica dos povos e do usufruto dos direitos humanos fundamentais. É incondicionado, não tendo fórmula prefixada nem modo preestabelecido para se manifestar. É perpétuo, porque não se extingue após a organização do Estado, mas permanece oculto, em estado de latência, e com capacidade de se exprimir, se for necessário reformar a comunidade política e suas instituições.

³² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 36ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 49.

³³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 133.

³⁴ O parágrafo único do artigo 1º da Constituição dispõe: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos desta Constituição.”

Aliás, a Constituição reconhece a soberania popular, prevenindo, no parágrafo único do artigo 1º, que: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos desta Constituição.”

É na dimensão humana da comunidade que se encontra depositado o direito de revolução, ou, noutras palavras, a regalia soberana de criar ou recriar o Estado. Esta concepção sedimentou-se pela divulgação dos princípios do liberalismo. John LOCKE a afiança, argumentando que a comunidade, após a sua fundação, permanece com a potestade suprema; conserva a capacidade de se proteger dos “maus propósitos e atentados de quem quer que seja, até dos legisladores”, se eles se revelam “levianos ou maldosos para tramar contra a liberdade e propriedade dos cidadãos.” Segundo o eminente filósofo, “nenhum homem ou sociedade tem o poder de renunciar à própria preservação”. Justamente por isso, se o órgão governante tentar reduzir os governados à condição de escravos, eles “terão o direito de preservar aquilo que não tinham o poder de alienar, e de livrar-se dos que violam a lei fundamental, sagrada e inalterável da própria preservação, que os motivou a entrar em sociedade”.³⁵

Embora possa o poder constituinte originário refundar qualquer organização política já existente, não se deve olvidar a admoestação de FERREIRA FILHO:

O direito de revolução, como o de resistência, é o derradeiro recurso da liberdade, que só ela o pode justificar como emprego da força contra a lei positiva. É ele sempre a última *ratio*, que só se deve usar em casos extremos, mormente nos Estados modernos de índole pluralista. Estes, na verdade, estão abertos à oposição de ideias, deixando o poder em disputa entre os grupos que as incorporam, desde que estes respeitem os demais e não se proponham a mudar as regras do jogo. Neles, assim, uma ideia de direito pode vir a se impor sem necessidade de recorrerem seus adeptos à força bruta.

O recurso à força, porém, subsiste sempre. Todavia, antes que o grupo apele para as armas, para que o faça de modo sensato, é mister que não haja possibilidade razoável de fazer a ideia de direito triunfar por meio mais econômico; que haja bem alicerçada garantia de êxito (para que a tentativa não se esgote em inútil e cruenta luta); que daí não derive irremediável cisão entre o povo, fonte de contínuas discórdias; enfim, que haja sólida e fundada esperança de se obter a adesão dos indiferentes, da maioria. De fato, a revolução é sempre feita por uma minoria, mas só se legitima pela adesão da maioria.³⁶

³⁵ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Tradução de Alex Marins. São Paulo/SP: Editora Martin Claret, 2002, p. 109.

³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Obra citada**, p. 52.

O poder constituinte originário funda a sociedade política, mas não se esgota quando termina sua tarefa. A sua força soberana se propaga nos entes federados autônomos e nos órgãos (legislativos, executivos e judiciários) criados para assegurar o funcionamento do Estado na busca da realização de seus objetivos. Assim, fica inoculada uma parcela da soberania originária nos entes federados e nos órgãos instituídos pela Constituição.

Ao se manifestar para organizar politicamente a comunidade, o poder constituinte originário deve respeitar os direitos humanos. Depois de formado o Estado, o sistema de mecanismos constitucionais destinados a garantir aquelas prerrogativas sai fortalecido. A impossibilidade de os órgãos legislativos, executivos e judiciários instituídos atuarem fora dos limites traçados na própria lei constitucional é a maior prova do citado fortalecimento.

2.6 Poder constituinte derivado

A Constituição reflete os anseios do povo num determinado momento. Porém, o constituinte originário sabe que as aspirações mudam com o passar dos tempos, surgindo necessidade de atualizar a Carta. Por isso, disciplina o procedimento de revisão dos textos da lei constitucional, consolidando o poder constituinte derivado.

Com efeito, a Constituição confere aos Estados-membros da Federação a prerrogativa de elaborarem suas próprias Constituições, mas concede também ao Legislativo a autorização para emendar a Carta e ainda permite ao Judiciário fazer a mutação de uma norma constitucional, modificando o seu significado sem alteração do respectivo texto.³⁷

Quando se refere ao poder constituinte derivado, BARROSO frisa que, “no fundo, a terminologia empregada pode ser enganosa”, porque a prerrogativa de reformar a Constituição situa-se “no âmbito do poder constituído ou instituído”.³⁸ Não cabe contestá-lo. Todos os poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário) têm suas atribuições delineadas na própria Constituição, dela recebendo autorização para

³⁷ Artigos 25, 60, 97 e 102 da CF.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Obra citada**, p. 67.

atuar. O mesmo acontece com o poder de alterar as normas constitucionais, que também fica abaixo do poder constituinte originário e soberano. Assim, o poder constituinte derivado se caracteriza como poder constituído.

Além de envolver a possibilidade de reforma³⁹ da Constituição, consistente na atribuição entregue ao Legislativo de aprovar emendas à Carta Magna, o poder constituinte derivado engloba, igualmente, uma segunda capacidade difusa que o Judiciário tem de alterar o significado de normas constitucionais, quando chamado a interpretá-las e aplicá-las no exercício de sua atividade de solução dos conflitos.

A terceira dimensão do poder constituinte derivado coincide com o poder de autoorganização política, administrativa e financeira deferido aos Estados-membros, nos limites traçados pela Carta Política (arts. 25 a 28 da CF).

2.7 Limites e condicionamentos do poder constituinte derivado

O poder constituinte derivado, em qualquer de suas modalidades, provém de autorizações contidas na Constituição Federal (CF). É, portanto, limitado. Não se lhe permite suprimir ou aniquilar o núcleo essencial de certos princípios e institutos consagrados na Carta Magna. Além disso, é também um poder condicionado, somente se manifestando nas condições estabelecidas em normas constitucionais.

Pertence ao Legislativo federal o poder de reforma. Assim, cabe ao Congresso Nacional alterar os textos da Constituição mediante a aprovação de emendas propostas por um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ou pelo Presidente da República, ou por mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação. Nesta última hipótese, é necessário que cada uma das Assembleias se manifeste pela maioria relativa de seus parlamentares (art. 60, I/III, da CF).

A proposta de mudança constitucional se discute e vota em dois turnos, tanto na Câmara dos Deputados como no Senado Federal. Só se considera aprovada, se obtiver em todas as ocasiões três quintos dos votos dos membros de cada uma daquelas

³⁹ A doutrina diferencia o sentido das palavras reforma, revisão e emenda. A reforma seria o gênero, envolvendo tanto as mudanças pontuais decorrentes de emendas, como as mais extensas provenientes de revisões.

Casas (§ 2º, do art. 60 da CF). Em caso de aprovação, a emenda recebe numeração e é levada à promulgação pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (§ 3º do art. 60 da CF).

Não se admite emenda à Constituição, quando existem restrições à autonomia dos Estados-membros da Federação ou aos direitos e garantias fundamentais (§ 1º do art. 60 da CF). Por conta dos potenciais riscos à livre manifestação das Casas do Congresso Nacional, proíbe-se expressamente a aprovação de emendas na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de sítio (arts. 34, 36, e 136 a 139 da CF).

No § 5º do artigo 60 da Constituição, encontra-se o princípio da irrepetibilidade, obstando que a emenda rejeitada ou prejudicada seja reapresentada na mesma sessão legislativa, que corresponde a um ano de cada legislatura e compreende dois períodos: o primeiro vai de 02 de fevereiro a 17 de julho, e o segundo, de 1º de agosto a 22 de dezembro de cada ano, salvo se não houver interrupção por causa da falta de aprovação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias (§ 2º do art. 57 da CF).

Não é possível abolir, por meio de emendas, o núcleo essencial de nossa organização política, que corresponde aos princípios previstos nos incisos I a IV do § 4º do artigo 60 da Constituição. Também denominados de cláusulas pétreas, tais princípios limitam o poder constituinte derivado e se referem à forma federativa do Estado, ao voto direto, secreto, universal e periódico, à separação das funções do poder e aos direitos e garantias individuais.

Para alguns doutrinadores, as cláusulas pétreas não limitam o poder de emenda, porque o Legislativo federal é composto por representantes do povo. Outros pregam que a limitação existe, mas é apenas relativa, já que as mencionadas cláusulas não estão imunes a alterações, podendo, num primeiro momento, ser revogadas pelo Congresso Nacional, que ficaria, então, autorizado a suprimir, numa segunda revisão, qualquer dos princípios nelas consagrados. Todavia, não prevalecem, no Brasil, as teorias que não admitem os limites impostos ao poder constituinte derivado.

Na verdade, entre nós prevalece a compreensão de que o poder constituinte derivado, em todas as suas modalidades, não pode afetar as cláusulas pétreas. É que o

poder de revisão não se confunde com o de criar uma nova Constituição. Valem, destarte, as advertências feitas por Paulo Gustavo Gonet BRANCO:

Se o poder de revisão se liberta totalmente da Constituição teremos uma Constituição nova, o poder de revisão ter-se-á arrogado, então, a condição de poder constituinte originário. Na faculdade de reformar a Constituição não se inclui a de dar uma nova Constituição ao Estado. Em nenhum caso, já registrava Carl Schmitt, a reforma pode afetar a continuidade e a identidade da Constituição.

Raciocina-se, ainda, contra a tese da dupla revisão, que só faz sentido declarar imutáveis certas normas se a própria declaração de imutabilidade também o for. Do contrário, frustrar-se-ia a intenção do constituinte originário.

As cláusulas pétreas, portanto, além de assegurarem a imutabilidade de certos valores, além de preservarem a identidade do projeto constituinte originário, participam, elas próprias, como tais, também da essência inalterável desse projeto. Eliminar a cláusula pétrea já é enfraquecer os princípios básicos do projeto constituinte originário garantidos por ela.⁴⁰

Além dos limites impostos pelos princípios expressos nos já citados preceitos constitucionais (incisos I a IV do § 4º do art. 60), o poder constituinte derivado também não tem autorização para aprovar emendas que deixem desprotegidos outros direitos fundamentais e suas garantias, ou que afrontem cláusulas pétreas implícitas. Assim, os direitos humanos de natureza social e de terceira geração, como também outras prerrogativas fundamentais reconhecidas em tratados internacionais aprovados nos termos do § 2º do artigo 5º da Constituição, impedem a manifestação da função constituinte derivada.

Poder-se-ia, ainda, lembrar que também são intangíveis, não podendo ser suprimidos pelo poder constituinte derivado, a forma republicana, o sistema representativo, o regime democrático, os direitos humanos, a autonomia municipal e a prestação de contas da administração pública (alíneas “a” a “e” do inciso VII do art. 34 da CF). Esses e muitos outros espalhados no texto constitucional, como, por exemplo, a norma que consagra a proeminência da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º da CF), funcionam como limites inibitórios à manifestação da função constituinte derivada.

⁴⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Obra citada**, p. 133.

Assegura BRANCO que o princípio implícito na “identidade básica da Constituição ideada pelo poder constituinte originário deve ser tido como limitação ao poder de emenda, mesmo que não haja sido explicitado no dispositivo.” Aliás, o ilustre professor do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) invoca o magistério de Nélson de Souza SAMPAIO, para destacar que são igualmente intocáveis pela função constituinte revisora as normas concernentes ao titular do poder constituinte originário e derivado e, ainda, as que regulamentam o processo legislativo de reforma.⁴¹

Merece ser lembrado que o Supremo Tribunal Federal normalmente faz a contenção da atuação exorbitante do Congresso Nacional no exercício do poder constituinte instituído. A exorbitância se configura quando o Legislativo aprova emendas sem respeitar as exigências formais (artigo 60, incisos I/III e §§ 1º a 3º, da CF), ou infringindo cláusulas pétreas expressas (artigo 60, § 4º, da CF) ou implícitas. É o que ensina Gilmar Ferreira MENDES, registrando que isso é frequente na Corte e aconteceu em muitas ações diretas de inconstitucionalidade.⁴²

Entre os exemplos citados pelo professor e Ministro do STF, estão os seguintes: (a) ADI 913 (Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 23/8/1994, p. 16457), atacando dispositivos da EC nº 393, que instituiu a ação declaratória de constitucionalidade; (b) ADI 939 (Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 18/3/1994, p. 5165), enfrentando preceitos de EC que instituiu o imposto provisório sobre movimentações financeiras (IPMF); (c) ADI-MC 1497/DF (Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 13/12/2002), combatendo regras da EC 12/96 as quais outorgavam competência à União para instituir contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira; (d) ADI’s 1946/DF (Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 14/9/2001), impugnando a EC nº 20/98, que modificava o sistema de previdência social em tema de proteção à gestante; (e) ADI 3105/DF e 3128/DF (Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 18/2/2005), atacando dispositivos da EC nº 41/2003, que tratava da seguridade social; (f) ADI 3367/DF (Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 17/3/2006), atacando dispositivos da EC nº 45/2004, que fez a reforma do Judiciário; e (g) ADI 3685/DF (Rel. Min. Ellen Gracie, julgada em 23/6/2006), atacando dispositivos da EC nº 52/2006, em tema de coligações eleitorais.

⁴¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Obra citada**, p. 133.

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. **Obra citada**, p. 1.120.

O poder constituinte derivado, representado pela capacidade de organização constitucional, administrativa e financeira entregue aos Estados-membros da Federação e do próprio Distrito Federal (art. 25 da CF), também se submete a limitações de conteúdo e forma, podendo, na hipótese de transgressão, ser corrigido pelo Supremo Tribunal Federal.

Lembra Paulo Gustavo Gonet BRANCO que “o padrão da tripartição de poderes tornou-se matriz das mais invocadas” nos processos de controle de constitucionalidade instaurados para invalidar leis constitucionais e infraconstitucionais dos Estados-membros. Cita muitas decisões da Excelsa Corte fulminando regras estaduais que não guardavam simetria com os padrões previstos na Constituição Federal.

Entre os casos apontados pelo professor e Subprocurador-Geral da República, convém lembrar, a título exemplificativo, os seguintes: (a) ADI-MC 1.905 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 5/11/2004), que considerou inconstitucional a criação de órgão vinculado ao Executivo, para avaliar o funcionamento da Justiça; (b) ADI 676-2 (Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 29/11/96), que pronunciou a nulidade de regras parlamentaristas afrontosas ao sistema presidencial; e (c) ADI 687 (Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 10/2/2006), que reconheceu a inconstitucionalidade de preceito da Carta do Estado, que submetia o Prefeito à Câmara de Vereadores, por entender que a determinação de comparecimento obrigatório ao Legislativo afrontava a autonomia municipal e, principalmente, o modelo de separação de poderes traçado na Constituição da República.⁴³

O princípio da simetria limita a autonomia dos Estados-membros na regulação de matérias relacionadas com o funcionamento dos poderes constituídos, inclusive quanto ao processo legislativo (ADI 97/RO – RTJ 151/664). Porém, nem todos os preceitos que cuidam desses temas são impostos às unidades federadas. Entre as exceções, merecem menção as regras da Carta que conferem imunidade ao titular da Presidência da República, impedindo sua custódia cautelar por crime não relacionado

⁴³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Obra citada**, p. 792-797.

com as atividades funcionais, ou impedindo o curso da ação penal naquelas hipóteses (art. 86, §§ 3º e 4º).⁴⁴

A compreensão do STF firmou-se na ADI 978-8/PB, em que o Ministro Celso de Mello se tornou o relator para o acórdão. A declaração de inconstitucionalidade protegeu, sem dúvida, o princípio republicano e o sistema federativo.

A decisão parece correta. Numa federação presidencialista, não dispõem os Estados-membros de soberania. Gozam apenas de autonomia. Soberana é a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (art. 1º da CF).

O Presidente da República representa a soberania no cenário internacional. Por isso, desfruta das mencionadas imunidades, que não podem, evidentemente, ser estendidas aos governadores, que somente representam entes autônomos da Federação.

Quanto ao poder constituinte derivado que o Supremo Tribunal Federal exerce em algumas ocasiões, quando interpreta/aplica o texto constitucional para compor as lides submetidas ao seu julgamento, também é derivado da Constituição e sujeita-se, portanto, às cláusulas pétreas que a Carta considera imodificáveis (incisos I a IV do § 4º do artigo 60).

É evidente, outrossim, que o Tribunal Constitucional deve, no exercício de sua função constituinte derivada, respeitar outros princípios implícitos naquelas cláusulas e que integram a essência do Estado Democrático de Direito.

Voltarei a cuidar desse tema no próximo capítulo, quando estiver dissertando sobre os significados da Constituição, a supremacia das normas constitucionais e as funções da jurisdição constitucional.

⁴⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Obra citada**, p. 793-796.

3 CONSTITUIÇÃO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Apresento, doravante, vários significados da Constituição, declinando os motivos que levam os doutrinadores a proclamar sua supremacia em relação às leis e aos atos normativos produzidos pelos poderes constituídos.

Além disso, demarco o sentido da locução “jurisdição constitucional”, esclarecendo que a guarda da Carta Magna, mediante a decifração de seus textos na oportunidade dos julgamentos dos processos submetidos à sua apreciação, não é o único encargo proeminente do Judiciário brasileiro. Quando se torna necessário, o STF modifica o tradicional sentido ou o alcance de dispositivos, para adaptar a Lei Maior a novas realidades. Nesses julgamentos, que provocam a mutação do significado ou da abrangência de alguma norma da Constituição, desponta a função constituinte da jurisdição constitucional.

3.1 *Significados da Constituição*

A Constituição tem diferentes significados. Pode ser encarada como sistema de regras e princípios que informam as linhas básicas da organização política de uma coletividade, ou vista como um símbolo, pois representa o ato de fundação do Estado, exprimindo a existência de sua singularidade soberana na sociedade internacional.

Decisão de um povo que se arrumou como comunidade livre e independente, de acordo com os objetivos e valores que aspira realizar e proteger, a Constituição condensa um conjunto de princípios e regras, que formam uma parte da ordem jurídica denominada de Direito Constitucional.

O objetivo do Estado, como a de qualquer outra associação política, “é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem.”⁴⁵ Por causa disso, a Constituição corresponde a uma declaração da existência daqueles direitos, embora também concretize um estatuto de regulação dos aspectos mais importantes da vida coletiva e do funcionamento do Estado.

⁴⁵ Ver artigo 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada na França, em 1789.

São os dispositivos da Constituição que fixam os limites de contenção das ações dos governantes, modelando a forma, o sistema e o regime de governo do Estado. São eles que fornecem os mecanismos ou instrumentos de controle dos órgãos encarregados de exercer, separada e harmoniosamente, as diferentes funções do poder.

3.2 Supremacia constitucional

A dignidade dos temas tratados no seu texto já seria suficiente para revelar a superioridade da Constituição em relação às demais espécies normativas previstas no processo legislativo (arts. 59 a 69 da CF). No entanto, a sua superioridade estriba-se principalmente noutra circunstância lógica. A lei constitucional é fruto da vontade geral, obra resultante do labor dos representantes do povo, no exercício do poder constituinte originário. Não provém, evidentemente, da vontade dos órgãos que a Constituição criou para fazer outras normas (Legislativo), executar os preceitos do ordenamento (Executivo) e aplicar tais preceitos nas composições dos conflitos surgidos na ambiência social (Judiciário).

Quer sejam oriundas do processo legislativo (incisos I a VII do art. 59 da CF), quer provenham do Executivo (inciso IV, parte final, do art. 84 da CF), as demais espécies normativas situam-se numa posição de inferioridade em relação às normas constitucionais. Desse modo, afirma-se que a elaboração de emendas, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções deve observar as regras do processo legislativo constitucional. Além disso, assim como os decretos e regulamentos expedidos pela Presidência da República, afirma-se também que as mencionadas espécies normativas precisam ser compatíveis com o conteúdo da Carta Política. Se esses pressupostos não se concretizam, há inconstitucionalidade, sendo ineficazes e inválidos os atos produzidos pelos poderes constituídos.

Todos os fatores expostos se somam, conferindo à Constituição o atributo da supremacia na ordem jurídica interna. A teoria do poder constituinte formulada por Emmanuel Joseph SIEYÈS lançou as bases da tese, que se consolidou primeiro nos Estados Unidos da América. Bem por isso, Lawrence Meir FRIEDMAN acentua que,

“em nossa sociedade, não há cavalo sem rédeas.” Ninguém desfruta de supremacia absoluta. “Somente a lei é suprema”.⁴⁶

Noutra passagem, FRIEDMAN complementa o seu raciocínio, explicitando que a superioridade é da Constituição, cujas palavras expressam a vontade geral do povo, não podendo ser colocadas de lado pelo Presidente, nem pelo Congresso, nem pelos Tribunais. A guarda da Constituição compete ao Judiciário, que possui, por força do famoso poder de revisão judicial, a faculdade de anular as ações dos outros poderes, retirando-lhes os efeitos, na hipótese de ocorrência de inconstitucionalidade.⁴⁷

A ordem jurídica, no plano interno, funciona de forma hierarquizada. A Constituição fornece os fundamentos de validade das demais regras do ordenamento que inaugura. Qualquer ato legislativo, ou normativo, só pode validamente ingressar na ordem jurídica e nela permanecer, se for feito nos limites da autorização constitucional e se tiver conteúdo compatível com o texto da Carta. Fora dessas hipóteses, não se considera válido nem eficaz. Noutros termos, os atos provenientes dos poderes constituídos precisam ostentar compatibilidade formal, no primeiro caso, e material, no segundo, com a Constituição.

Em face da hierarquização da ordem jurídica no plano interno. A Constituição escora todo o sistema, servindo de fundamento de validade para outras leis, que devem ser feitas nos limites formais e materiais delineados no seu texto.

Atribui-se a KELSEN a ideia da ordem jurídica hierarquizada, segundo a qual a Constituição é o fundamento de outros atos normativos, que regem o comportamento das pessoas da comunidade e disciplinam as atividades do Estado.⁴⁸ A Constituição tem, portanto, superioridade, sendo essa supremacia um princípio basilar da ordem jurídica interna. Todas as situações jurídicas precisam se amoldar aos

⁴⁶ - “In our society, there is no horse without a bridle. Nobody – not the mayor of Memphis, not the governor of New York, not the president, not the Supreme Court itself – is supposed to be truly, absolutely supreme. Only the law is supreme.” FRIEDMAN, Lawrence Meir. **American Law**. New York/NY: W. W. Norton & Company, 1984, p. 13.

⁴⁷ (...) “The constitution is the supreme law of the land. It is the highest authority. No person, and no branch of the government - not the President, not the Congress, certainly not the corner policeman - has the right to set the Constitution aside, its words and its rules are law. The courts are guardians of the Constitution. They have the right to check unconstitutional actions - to declare them null and void.

This is the famous power of judicial review...” – FRIEDMAN, Lawrence Meir. **Obra citada**, p. 13.

⁴⁸ KELSEN, Hans. **Obra citada**, p. 131.

comandos da Carta Política. Em caso de incompatibilidade, haverá a inconstitucionalidade do ato oriundo de qualquer dos poderes constituídos, configurando-se o vício que implica na respectiva nulidade.

Atento ao tema, Gilmar Ferreira MENDES acentua que a falta de uma punição esvaziaria “o conteúdo obrigatório da Constituição, convertendo o conceito de inconstitucionalidade em simples manifestação de censura ou crítica.” Por isso, a pena qualificada de nulidade compõe o conceito de inconstitucionalidade, tornando indispensável uma jurisdição especial para deliberar no procedimento de anulação do ato contaminado por aquele defeito. Garante o Ministro do Supremo Tribunal Federal que o conceito de inconstitucionalidade refere-se a “atos ou omissões dos Poderes Públicos”, não envolvendo a violação da ordem constitucional praticada por entes privados.⁴⁹

Cabe, ainda, sublinhar que a inconstitucionalidade não se concretiza apenas quanto a condutas positivas e contrárias à Constituição do agente político ou do administrador. Verifica-se, ainda, nas hipóteses em que eles se omitem, deixando de praticar os atos necessários a tornar as normas constitucionais aplicáveis. Numa ou noutra hipótese, o comportamento é considerado inconstitucional, gerando, no primeiro caso, a nulidade dos atos normativos e das leis dele resultantes, e, no segundo, um mandamento judicial para que sejam adotadas as providências necessárias à efetivação do preceito constitucional.

3.3 Jurisdição constitucional e suas funções

O controle da constitucionalidade dos atos dos poderes públicos exerce-se no âmbito da jurisdição constitucional, que também é responsável pela proteção dos direitos humanos. São essas as mais expressivas atribuições do Supremo Tribunal Federal.

As ações e os recursos destinados aos referidos propósitos, previstos na própria Constituição, de maneira explícita ou implícita, integram o conceito da locução

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Obra citada**, p. 1.054.

‘jurisdição constitucional’, para a qual o Ministro Luiz Fux confere o amplo sentido de “aplicação, pelo Judiciário, das normas constitucionais.”⁵⁰

André Ramos TAVARES, por seu turno, compreende a jurisdição constitucional como uma parcela da “atividade pela qual se realiza jurisdicionalmente, vale dizer, consoante método jurídico processual, a proteção da Constituição em todas as suas dimensões”.⁵¹

As duas conceituações são adequadas. No nosso País, adotou-se o sistema de controle judicial de constitucionalidade, reservando-se aos órgãos do Judiciário a fiscalização da compatibilidade das leis e atos normativos com a Constituição da República.

No exercício da competência de suas competências constitucionais (arts. 102 a 103-A da CF), o STF interpreta o texto da Constituição. Algumas vezes, quebra paradigmas, muda a interpretação de dispositivos e até lhes dá sentido diverso daquele originariamente imaginado pela Assembleia Constituinte. Quando acontece uma transformação importante, o órgão jurisdicional recebe censuras. Não lhe caberia sugerir mudanças nem modificar textos da Carta Política. Somente o Legislativo, nos limites estabelecidos, poderia alterar a Constituição, aprovando as emendas propostas por quem tem legitimação para tanto.

A crítica não procede. Decorre de uma açodada avaliação a respeito da importância da jurisdição constitucional. Em qualquer nação democrática, as funções do poder do Estado são exercidas por órgãos diferentes. Quem faz a lei não deve ser o responsável por sua aplicação. Assim, tradicionalmente se entrega ao Judiciário a tarefa de aplicar a legislação, solucionando lides submetidas ao seu julgamento e restaurando a paz entre os contendores. No cumprimento dessa missão, o juiz ou o tribunal interpreta os textos legais. Ora, o ato de interpretar não se restringe, evidentemente, a compreender o sentido do enunciado contido na Carta da República. Na maior parte das vezes envolve a formulação de um significado novo, diferente do que vinha prevalecendo. Nada há de extraordinário nisso.

⁵⁰ FUX, Luiz. **Jurisdição constitucional: democracia e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 29.

⁵¹ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 144.

A Constituição não é um documento imutável, pois ela mesma prevê a possibilidade de sua alteração através de emendas (art. 60, “caput” e §§ 1º a 5º, da CF). Também é possível modificá-la por intermédio de interpretação que implique em mutação constitucional. BRANCO esclarece que o fenômeno ocorre quando evolui a “situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade”. Nesses casos, modifica-se o significado do texto, sem alterar as palavras nele contidas. “Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto”, caracterizando-se o fenômeno.⁵²

Realmente, por força das transformações ocorridas na ambiência social, transmudam-se os valores e as compreensões a respeito de muitos assuntos. Nem sempre o Legislativo se dispõe a elaborar as emendas necessárias à adaptação dos textos da Constituição às novas situações da realidade. Nesses casos, quando provocado, o STF passa a ser o agente de transformação do sentido e alcance de normas constitucionais, notadamente se for necessário para proteger os direitos e garantias fundamentais. Essa atuação, que se viabiliza por causa do sentido plurívoco dos textos contidos na Lei Maior, é representativa da função constituinte da jurisdição constitucional.

Os críticos da ampliação da jurisdição constitucional argumentam que o STF, em tais hipóteses, usurpa função inerente ao Legislativo. Porém, a censura não tem consistência, uma vez que o poder do Estado é uno e as suas três funções estão presentes, em maior ou menor grau, nos poderes constituídos.

Aliás, convém lembrar que o Estado sempre atua de duas maneiras. Em alguns momentos, cria o Direito, elaborando normas e inovando na ordem jurídica. Noutros, executa-o, aplicando as normas em situações consensuais no exercício de suas ações administrativas, ou em situações de conflito no desempenho da jurisdição. Assinala Hans KELSEN, num texto originalmente publicado em francês, na “Revue de Droit Publique et Science Politique”, em 1928, que essas atuações configuram:

⁵² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Poder Constituinte**. Capítulo 2 do livro **Curso de Direito Constitucional**/Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 8ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 134.

(...) duas etapas hierarquizadas do processo de criação do direito, e duas etapas intermediárias. Porque esse processo não se limita apenas à legislação, mas, começando na esfera da ordem jurídica internacional, superior a todas as ordens estatais, continua na Constituição, para chegar enfim, através das etapas sucessivas constituídas pela lei, pelo regulamento, e em seguida pela sentença e pelo ato administrativo, aos atos de execução material destes últimos. Essa enumeração, de que só consideramos aqui as fases intra-estatais, pretende apenas indicar de forma esquemática as etapas principais desse processo, no decorrer do qual o direito regula sua própria criação e o Estado se cria e recria sem cessar com o direito. Constituição, lei, regulamento, ato administrativo e sentença, ato de execução, são simplesmente as etapas típicas da formação da vontade coletiva no Estado moderno.⁵³

Gilmar Ferreira MENDES, em harmonia com a lição kelseniana, chama a atenção para a profunda transformação ocorrida na doutrina da separação das funções do poder, em face do desenvolvimento das técnicas de controle de constitucionalidade das leis, a cargo do Judiciário, na maioria dos países do mundo ocidental. Na sua compreensão, onde existem mecanismos de proteção da Constituição, notadamente os de controle concentrado, adquiriu a jurisdição constitucional bem maior importância, inaugurando “uma nova divisão de poderes com a instituição de uma Corte com nítido poder normativo e cujas decisões têm o atributo da definitividade”.⁵⁴

Naturalmente, compete ao Judiciário interpretar e aplicar as leis, solucionando os litígios. O Supremo Tribunal Federal é o intérprete mais autorizado da Constituição, porque tem a responsabilidade de protegê-la (art. 102 da CF). Assim, nada há de excepcional na mutação constitucional, uma vez que a Ciência Constitucional consagra a compreensão de que a norma surge da interpretação do texto.

Eros Roberto GRAU, inspirado nas lições de juristas alemães⁵⁵, ressalta que “interpretação e aplicação não se realizam autonomamente.” A exegese do Direito “consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação”, sendo certo que os magistrados sempre decidem “dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social do seu tempo, considerando o Direito todo, e não apenas um determinado texto normativo”.⁵⁶

⁵³ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução do francês feita por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 124-126.

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – Comentários à Lei n. 9.868/99**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 21.

⁵⁵ Friedrich MÜLLER, Hans Georg GADAMER e Konrad HESSE.

Dessa forma, o ato judicial (sentença ou acórdão) não é meramente declaratório, mas “tem caráter constitutivo”. O intérprete inova “a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão.” Quem interpreta concretiza o Direito, incluindo-o na vida, por meio da “mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular”.⁵⁷

Nada há de ilegítimo, portanto, na função constituinte da jurisdição constitucional. O STF defende e interpreta a Constituição, exercendo função que recebeu dos constituintes.⁵⁸ Se o Direito Constitucional, como os demais ramos da Ciência Jurídica, ostenta dimensão tridimensional e exegética, o Judiciário, no desempenho de suas atribuições, muitas vezes, decide modificando a norma da Lei Maior.

⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 27.

⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. **Obra citada**, p. 59.

⁵⁸ CF: artigos 97 e 102

4 CONCEITO TRIDIMENSIONAL E INTERPRETATIVO DO DIREITO

Por ser um Estado moderno, a República Federativa do Brasil figura no cenário das nações livres como uma comunidade política submetida ao Direito. É uma Potência soberana. Respeita a Ordem Internacional e funciona de conformidade com o Direito Constitucional, que criou com a finalidade de preservar-se e assegurar a convivência harmoniosa entre brasileiros e estrangeiros residentes em seu território e submetidos ao seu Poder.

Que é o Direito? Eis a questão que examino neste capítulo, com o objetivo de realçar a natureza exegética da experiência jurídica. Faço a digressão por causa de sua utilidade para apoiar mais adiante minha assertiva sobre a função constituinte na jurisdição constitucional. Não é difícil demonstrar a capacidade de o Pretório Excelso mudar a Constituição, demonstrando primeiro que a lei constitucional, como qualquer outra, deriva de sua interpretação autêntica produzida pelos órgãos jurisdicionais.

Kelsen ensina que a interpretação do Judiciário “é sempre autêntica” e cria Direito, ainda que apenas para o caso concreto examinado. Porém, pode até mesmo produzir Direito novo, elaborando “uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.” Desta exegese, especialmente se provém do STF, “distingue-se toda e qualquer outra interpretação pelo fato de não ser autêntica, isto é, pelo fato de não criar Direito”.⁵⁹

4.1 Visões reducionistas

São reducionistas as concepções mais antigas sobre o Direito. Priorizam apenas um dos aspectos da experiência jurídica. De acordo com a formação científica do pesquisador, ora explanam o Direito como fato social, ora como fenômeno normativo, ora como valor.

O sociologismo – realismo no dizer de alguns autores – pensa o Direito como fato social. Examina a experiência jurídica à luz dos nexos de causalidade que

⁵⁹ KELSSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 385.

ordenam os eventos do mundo físico, detendo-se sobre a realidade social disciplinada no ordenamento e desdenhando outros possíveis enfoques. Para os seguidores desta vertente do pensamento, o que mais interessa “não é a regra jurídica como imperativo e comando, nem tampouco o valor que ela visa a realizar, mas sim os fatos sociais surpreendidos em seus nexos de causalidade expressos em regras de caráter técnico.”⁶⁰

Outra visão exclusivista é a do normativismo lógico, que apreende o Direito numa dimensão de legalidade abstrata. Realça a imputabilidade da norma e demora-se na apreciação de sua vigência. Não considera importante indagar a respeito do sentido ético da ordem jurídica para justificar sua coercibilidade e eficácia social. Não dedica maior atenção ao fato externo e sensorialmente percebido como parte da natureza, nem se incomoda muito com a eventual falta de harmonia entre o Direito e a Moral. Importa-se apenas com a significação concedida por uma norma ao fato. O preceito jurídico contém um esquema de interpretação e insere-se num sistema escalonado de normas, cujo fundamento é a Constituição, na ordem interna, ou o Tratado ou a Convenção, no plano internacional.

Desenvolveu-se o normativismo lógico na teoria pura de KELSEN, que fala expressamente do relativismo dos valores e aparta o Direito da Moral. Na visão kelseniana, independe a validade da norma positiva de sua correspondência com a Ética, até porque “pode ser considerada como válida ainda que contrarie a ordem moral.”⁶¹ Mas, devo lembrar uma importante circunstância. Embora aceite a antinomia entre a norma jurídica e a moral, não chancela KELSEN a possibilidade de um ordenamento absolutamente imoral ou injusto, completamente desgarrado do conceito de bom. Não é essa a sua tese, conforme se verifica de suas próprias palavras:

(...) Uma teoria dos valores relativista não significa – como muitas vezes erroneamente se entende – que não haja qualquer valor e, especialmente, que não haja qualquer Justiça. Significa, sim, que não há valores absolutos, mas apenas valores relativos, que não existe uma Justiça absoluta, mas apenas uma Justiça relativa, que os valores que nós constituímos através dos nossos atos produtores de normas e pomos na base dos nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos.⁶²

⁶⁰ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 2º Volume. 7ª edição revista. São Paulo: Saraiva SA livradores editores, 1975, p. 385.

⁶¹ KELSEN, Hans. **Obra citada**, p. 77.

⁶² KELSEN, Hans. **Obra citada**, p. 76.

Feita a explanação necessária para não simplificar demais o conteúdo da teoria pura, que ainda abriga em seu parapeito muitos juristas nos dias atuais, adianto que os normativistas ficam resignados com a tarefa de conhecer e descrever o ordenamento jurídico, sem tentar justificá-lo através da Moral. Aceitam a existência simultânea de vários sistemas éticos e, muitas vezes, antagônicos. Apregoam, por conta disso, a separação entre o Direito e a Moral, ou, noutros termos, entre o Direito e a Justiça. Na visão deles, a validade de uma ordem jurídica não resulta de sua conformação com a justiça. O pluralismo de ordenamentos permite que um conjunto de normas imposto aos membros da comunidade contrarie determinada regulação ética e continue válido por sua compatibilidade com outro sistema.

Há, ainda, um terceiro modo de ver o Direito denominado de moralismo. Os moralistas apanham e engrandecem o conteúdo ou, noutras palavras, o sentido axiológico do Direito. Sustentam que existem princípios universais e obrigatórios de natureza moral que fundamentam o fenômeno jurídico. A norma jurídica tem uma função diretiva: a realização da Justiça. Há um vínculo que liga o Direito à Moral, e o reconhecimento desse liame afasta o moralismo da teoria kelseniana. Para os moralistas, a objetividade do Direito “resulta da força de seus comandos, haurida em princípios superiores às contingências de lugar e de tempo, e capaz de conquistar a adesão das consciências”.⁶³

Expostas as três concepções que enfatizam apenas um dos elementos constitutivos do fenômeno jurídico, proclamo a predominância, na atualidade, das conceituações tridimensionais que realçam a inteireza da experiência jurídica. Vou apresentá-las na próxima seção, através das lições de RADBRUCH e REALE.

4.2 Concepções tridimensionais

As teorias mais modernas superam as visões reducionistas. Quando partem para uma definição, apreciam todas as dimensões da experiência jurídica. Sabem seus corifeus que o Direito precisa ser inquirido como um conjunto de normas lastreado na aspiração de Justiça presente na tessitura social.

⁶³ REALE, Miguel. **Obra citada**, p. 423-424.

Gustav RADBRUCH e Miguel REALE são expoentes do tridimensionalismo. Identificam no Direito três elementos interdependentes: o fato, o valor e a norma.⁶⁴

Sustenta RADBRUCH a completude do Direito, reconhecendo sua dimensão de realidade ordenada. Em sua definição, ele agrega a justiça aos dois outros traços do fenômeno jurídico. A regulação corresponde ao fato e à norma, podendo-se dela “predicar aquele caráter particular de realidade, isto é, positividade e, ao mesmo tempo, normatividade.” A essência da ordem jurídica encontra-se na sua “natureza positiva, mas, simultaneamente, normativa, social e geral.” Nesta nuance, o Direito é visualizado “como o conjunto das regulações gerais para a vida humana em comum.” Entretanto, somente se alcança o Direito em toda sua inteireza partindo-se da virtude que o informa: a justiça.⁶⁵

Integram a justiça muitos princípios fundamentais, que se revelam quando se encontram, na composição dos litígios, os “preceitos de Direito justo”. Assim, reside na justiça “o princípio específico do Direito, que nos dá pauta para a sua determinação conceptual.” Com esse raciocínio, o mestre alemão nos fornece uma definição que realça o aspecto moral e teleológico do objeto de nossos estudos: “o Direito é a realidade cujo sentido é servir à justiça”.⁶⁶

No tridimensionalismo proposto por RADBRUCH, o Direito corresponde à justiça e não se distingue da equidade. As duas virtudes funcionam como caminhos diversos que levam ao Direito. Estabelece-se, por conseguinte, a sinonímia. A justiça “vê o caso singular do ponto de vista da norma geral”, enquanto a equidade “busca no caso singular a sua própria lei”, que também precisa de uma generalização. Existe, dessa forma, mera diferença metodológica “entre uma evolução dedutiva do Direito justo a partir de princípios fundamentais universais, e um conhecimento indutivo do Direito justo, segundo a natureza da coisa”. Em resumo, para o professor europeu, “a equidade

⁶⁴ REALE sustenta um tridimensionalismo específico, que confere unidade à experiência jurídica. Além disso, relaciona RADBRUCH entre os defensores do tridimensionalismo abstrato ou genérico. Ver obra citada, p. 456-460.

⁶⁵ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução Marlene Holzhausen. Revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 47-53.

⁶⁶ RADBRUCH, Gustav. **Obra citada**, p. 47-53.

é a justiça do caso singular” e a sua consideração não obriga a alterar a fórmula já apresentada.⁶⁷

Detenho-me, doravante, na conceituação do filósofo brasileiro. De acordo com REALE, o Direito pertence ao mundo da cultura, e quem o observa percebe suas três dimensões. É preciso preservar a unidade do Direito e analisar, de maneira integrada, os seus elementos constitutivos. Não basta descrever a dimensão normativa da experiência jurídica, pois qualquer preceito “envolve, na realidade, um fato que, iluminado por valores, dá lugar a uma atitude humana e a uma decisão”.⁶⁸ O fenômeno jurídico é, na compreensão de nosso compatriota, uma “realidade ordenada de forma bilateral atributiva segundo valores de convivência”.⁶⁹ Há, portanto, inteireza na experiência jurídica, devendo o Direito de qualquer povo “ser considerado pleno, sem lacunas, não estaticamente, entendamo-nos, mas em ato, em processo, como ordenamento”.⁷⁰ A plenitude do Direito significa que os conflitos humanos podem ser resolvidos de acordo com as regras e os princípios superiores de organização da sociedade política onde eclodem.

Bem se vê que RADBRUCH e REALE vinculam o Direito a valores da Ética e da Política, apoiando a tese de uma correspondência fortuita e parcial entre os sistemas normativos.

Para RADBRUCH, “a Moral, por um lado, é o fim do Direito e, por outro, exatamente por isso, é fundamento de sua validade obrigatória.”⁷¹ Essa assertiva faz lembrar a lição de JHERING, pregando “a luta pelo direito categoricamente como um dever da auto-afirmação moral”.⁷² A luta pelo Direito pode ser desenvolvida de maneira contraditória, elevando-se “até uma luta pura pela personalidade moral sem levar em consideração o próprio interesse, até chegar ao auto-aniquilamento (Michael Kohlhaas)”; ou, então, desencadeando-se como uma “luta despida de interesses, sem qualquer fundo moral, descendo inclusive à mera luta de poder de um legalismo sem nenhum conteúdo de interesses (Shylock).” Em tal contexto, o Direito seria, ao mesmo

⁶⁷ RADBRUCH, Gustav. **Obra citada**, p. 47-53.

⁶⁸ REALE, Miguel. **Obra citada**, p. 489.

⁶⁹ REALE, Miguel. **Obra citada**, p. 614.

⁷⁰ REALE, Miguel. **Obra citada**, p. 624.

⁷¹ RADBRUCH, Gustav. **Obra citada**, p. 66.

⁷² RADBRUCH, Gustav. **Obra citada**, p. 69.

tempo, a possibilidade do moral e do imoral. Mas, ainda que inicialmente exista alguma tensão entre o Direito e a Moral, o estresse se dissolve com o passar do tempo. Em suma, no começo “o Direito está tão alheio, tão diverso e provavelmente tão oposto à Moral como está sempre o meio em relação ao fim, para, em seguida, participar finalmente como meio de realização valorativa moral, do valioso de seu fim, e, assim, já reservada a sua autolegalidade, ser acolhido pela Moral”.⁷³

REALE também discrimina o Direito da Moral. Quanto à forma, defende que o Direito é um sistema bilateral atributivo, cujo objetivo primordial é o ato exteriorizado a partir da intenção do agente; enquanto a Moral se caracteriza por ser unilateral e ter como objeto a intenção a partir da exteriorização do ato. Em sua forma, o Direito sempre é heterônomo, coercível e dotado de predeterminação objetiva; enquanto a Moral geralmente é autônoma, incoercível e desprovida de modelos tipológicos. Ademais, a finalidade do Direito é a realização do bem comum e a preservação dos valores de convivência consagrados na ambiência social; enquanto a Moral preocupa-se em alcançar o bem individual ou, noutros termos, os valores da própria pessoa.

Embora diferencie o Direito da Moral, o filósofo brasileiro não fala de repelência mútua entre os dois sistemas. Pelo contrário, patrocina a tese da harmonia entre os princípios morais e jurídicos. Do seu ponto de vista, a eticidade caracteriza o fenômeno jurídico. O Direito e a Moral têm correlação e semelhanças, estando jungidos por raízes espirituais.⁷⁴

A visão plena a respeito do Direito, nele incorporando conteúdo ético, projeta RADBRUCH e REALE no cenário da Filosofia. A compreensão dos dois escritores é compartilhada por muitos estudiosos, entre os quais Ronald DWORKIN e Lenio Luiz STRECK, que também defendem a integridade do Direito, realçando sua natureza interpretativa, como se perceberá no próximo segmento.

4.3 Conceito tridimensional e interpretativo do Direito

Ninguém mais se anima a defender posições reducionistas na conceituação do fenômeno jurídico. Cabe assinalar, no entanto, que os tridimensionalistas de

⁷³ RADBRUCH, Gustav. **Obra citada**, p. 69-70.

⁷⁴ REALE, Miguel. **Obra citada**, p. 625-626.

diferentes matizes não chegam ainda a um consenso acerca do relacionamento entre o Direito e a Moral. Talvez resida nesta altercação o principal problema a ser resolvido na procura por uma conceituação segura do Direito. A partir dos debates a respeito das relações entre o Direito e a Moral, separam-se atualmente os juristas em positivistas e não-positivistas. Contudo, todos concordam que existe uma preponderante dimensão normativa no fenômeno jurídico. A diferença entre os dois tipos de juristas é, segundo ALEXY, que os não-positivistas, embora vendo a experiência jurídica orientada por fatos reais, incluem elementos morais na conceituação do Direito.⁷⁵

DWORKIN enquadra-se entre os não-positivistas. Expressamente inocula componentes morais e políticos na sua compreensão sobre o Direito, que emoldura dentro de um quadro conceitual interpretativo.⁷⁶ A sua concepção harmoniza-se com o pensamento de GADAMER, pois o autor norte-americano reconhece que o ato de compreender e interpretar “pertence ao todo da experiência do homem no mundo”.⁷⁷ Assim, o Direito, em sua integridade tridimensional, precisa ser decifrado por quem o aplica. A interpretação/aplicação faz-se evidentemente através da exegese das leis, que formam o ordenamento e caracterizam a dimensão normativa da experiência jurídica.

Normas são comandos, autorizações e proibições expressas através da linguagem ou noutras palavras, por intermédio de um sistema de sinais ou símbolos usados pelos seres humanos em suas comunicações, tanto na fala quanto na escrita. Na maior parte dos Estados existentes no mundo, as leis exprimem-se em textos grafados. Isso só não acontece com a mesma intensidade nos países do ‘Common Law’. Entretanto, quer seja oral ou escrito o preceito normativo, nem sempre a linguagem nele utilizada é facilmente decifrada pelos agentes encarregados de aplicá-lo ou pelas pessoas submetidas ao seu império. Em muitos casos, a compreensão de um dispositivo fica difícil. O legislador empregou palavras plurívocas, ou não conseguiu transmitir com clareza o seu pensamento. Ademais, uma lei é uma deliberação do passado e baseada em valores da época de sua edição. Precisa, portanto, amoldar-se às novas aspirações

⁷⁵ ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Organização de Ernesto Garzón Valdés et al. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 4-5.

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **Obra citada**, p. 109.

⁷⁷ GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método**. Volume I. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão e tradução de Enio Paulo Giachini. 11. ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011, p. 29.

que surgem e influenciam a vida no momento de sua aplicação. A interpretação é uma necessidade natural.

Segundo DWORKIN, “o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva”⁷⁸, e o Direito desponta na completude de sua tridimensionalidade no momento indivisível da interpretação/aplicação das normas pelos órgãos jurisdicionais. Em reforço de sua tese, ele reproduz qual seria o raciocínio de um juiz pela infortunística:

Os processos judiciais sempre suscitam, pelo menos em princípio, três diferentes tipos de questões: questões de fato, questões de direito e as questões interligadas de moralidade política e fidelidade. Em primeiro lugar, o que aconteceu? O homem que trabalhava no torno mecânico realmente deixou cair uma chave inglesa no pé de seu companheiro de trabalho? Em segundo lugar, qual a lei pertinente? A lei permite que um operário assim ferido obtenha indenização de seu patrão? Por último, se a lei negar o ressarcimento, será injusto? Se for injusto, devem os juízes ignorar a lei e assegurar a indenização de qualquer modo?⁷⁹

Ao colocar no raciocínio do Julgador os questionamentos a respeito de fatos, leis e valores morais, DWORKIN confessa-se partidário do tridimensionalismo. Repudia as conceituações reducionistas anteriormente expostas, agrupando-as em duas correntes: (a) o convencionalismo e (b) o pragmatismo.

O convencionalismo coincide com o normativismo abstrato (positivismo), conferindo maior importância às convenções jurídicas expressas no conjunto de leis e nos precedentes jurisprudenciais.

O pragmatismo, por sua banda, fica próximo do sociologismo, sendo uma nomenclatura diversa para a posição que também se denomina de realismo e cuja natureza cética nega a possibilidade de terem as deliberações políticas do passado (leis ou decisões judiciais) serventia para justificar, no presente, o emprego do poder coercitivo do Estado.

Ensina DWORKIN que o pragmatismo se funda na justiça, “na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva”. Assim, a estrita

⁷⁸ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leite Rios. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. XI do Prefácio.

⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica de Gildo Sá Leite Rios. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 5-6.

observância de “qualquer decisão legislativa ou judicial anterior não contribui, em princípio, para a justiça ou a virtude de qualquer decisão atual.” Devem os juízes observar tal proposição. Se o fizerem, a menos que cometam grandes erros, contribuirão para tornar mais venturoso o futuro da comunidade, liberando-o “da mão morta do passado e do fetiche da coerência pela coerência”.⁸⁰

A tese da integridade do Direito não apoia o pragmatismo. Quando busca a inteireza da experiência jurídica, respeita as convenções, à semelhança do convencionalismo. Percebe, porém, que as leis e os precedentes judiciais não fornecem, algumas vezes, a justificativa adequada para a manifestação, no presente, da força coercitiva estatal. Pensa, então, o Direito partindo da pressuposição de que há dois princípios de integridade política informando a experiência jurídica. Um deles, de natureza legislativa, postula que os legisladores “tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente”. O outro, de feição jurisdicional, pleiteia que “a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido”.⁸¹ Assim, encontra, ao lado da legalidade e da faticidade, o terceiro componente axiológico na estrutura do Direito, que sempre envolve o conjunto de preceitos morais que lhe servem de fundamento.

Para DWORKIN, o Direito é uma espécie de “romance em cadeia”⁸² escrito por vários autores, mas que conserva uma conexão de sentido revelada em sua interpretação. Em relação à compreensão de um tema já apreciado no passado, pode o magistrado, quando desafiado a enfrentá-lo noutro julgamento realizado algum tempo depois, introduzir acréscimos que considere necessários ao deslinde da causa. O juiz, num sentido metafórico, desempenha o heroico papel de um verdadeiro Hércules, porque tem a invulgar capacidade de encontrar a única resposta correta para a resolução de um problema jurídico. Pode, outrossim, transformar a compreensão a respeito do assunto debatido. Nada lhe impede de achar a resposta certa para a composição do litígio, ainda que precise superar as convenções e os precedentes, patrocinando uma exegese completamente inovadora.

⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **Obra citada**, p. 185.

⁸¹ DWORKIN, Ronald. **Obra citada**, p. 213.

⁸² DWORKIN, Ronald. **Obra citada**. Capítulo VII. ‘Integridade no direito’, p. 275.

Todavia, a única resposta certa não deve ser arbitrária, fruto do livre arbítrio do intérprete/aplicador. Precisa, em qualquer caso, fundamentar-se nos princípios que informam o Estado Democrático de Direito, a democracia e a justiça.⁸³

A integridade do Direito ostenta forte conotação exegética, permitindo que a jurisprudência inove na ordem jurídica no momento da interpretação/aplicação da lei. Afinal, como assinala DWORKIN, há, em qualquer decisão judicial, “uma peça de Filosofia do Direito, mesmo quando a filosofia está oculta, e o argumento visível é dominado por citações e listas de fatos. A doutrina é a parte geral da jurisdição, o prólogo silencioso de qualquer veredicto”.⁸⁴

A tese de DWORKIN prima pela coerência. Quem dela compartilha não se acomoda ao solipsismo discricionário da interpretação do jurista pragmático. Pelo contrário, defende uma hermenêutica interligada às premissas morais impregnadas na estruturação política do Estado contemporâneo, tais como as referentes aos princípios da democracia e à justiça como supremo valor do Direito.

Não é arbitrária a tese afirmando a possibilidade de o juiz Hércules encontrar a resposta certa quando chamado a interpretar/aplicar a legislação para dirimir algum litígio, nem significa a teoria de que o magistrado possa criar livremente a norma, desdenhando dos axiomas morais que orientam a Constituição. DWORKIN sabe que “não tem sentido, em um Estado Democrático de Direito, que os juízes tenham discricionariedade para decidir” de qualquer forma.⁸⁵

STRECK revela sua simpatia pela doutrina tridimensional e interpretativa do Direito em sua integridade. Ressalta que o mestre estadunidense segue a hermenêutica filosófica. Desse modo, quem fizer a leitura de sua obra deverá recordar “da ‘aplicatio’ gadameriana e sua incidibilidade para com a interpretação”. Tal circunstância permite que o autor norte-americano se valha “da integridade e da coerência como modos de controlar/amarrar o intérprete, evitando discricionariedades e arbitrariedades”. Aliás, tal preocupação com a coerência faz lembrar o que “GADAMER dizia acerca da acusação de irracionalidade e/ou de relativismo à

⁸³ DWORKIN, Ronald. **Obra citada**, p. 272.

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **Obra citada**, p. 113.

⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 485.

hermenêutica: o relativismo não deve ser combatido; deve ser destruído. Parece claro isso, o irracionalismo é, paradoxalmente, produto da ‘racionalidade instrumental’ da modernidade”.⁸⁶

Também merece destaque o aspecto argumentativo da doutrina de DWORKIN. As práticas das legislaturas, dos agentes administrativos e, principalmente, dos órgãos jurisdicionais são autênticas fontes do Direito. Por isso, os discursos das pessoas envolvidas em tais atividades desvendam os significados das leis à luz dos axiomas que fundamentam a organização da comunidade. O fenômeno jurídico descobre-se no momento incidível da interpretação/aplicação da Constituição e das leis vigentes. Daí a importância do exame da jurisprudência, quando se almeja definir o Direito. Essa é a tese do mestre americano, que se preocupa em harmonizar o anseio de segurança jurídica com a pretensão da legitimidade de um Direito justo e democrático.

Ninguém desconhece que o juiz exerce, ao lado do legislador e do administrador, importante papel no drama jurídico. Ao proferir suas decisões, assunta sobre o Direito. Em tais oportunidades, depara-se com a tridimensionalidade da norma, revelando sua significação através do discurso interpretativo. DWORKIN considera necessário que o discurso seja coerente com os princípios de um Direito justo e imposto na ambiência do regime democrático.

Pouco importa que o Direito como integridade seja uma tese idealista. HABERMAS explica que “com o conceito da ‘integridade’ DWORKIN tenta explicar que todas as ordens jurídicas modernas apontam para a ideia do Estado de Direito, proporcionando um ponto firme para a hermenêutica crítica na história institucional, mesmo que os vestígios deixados pela razão prática sejam muito esmaecidos.” Do ponto de vista habermesiano, coincide a tese da integridade do Direito com “o ideal político de uma comunidade” fundada nos valores da liberdade e da igualdade. Em tal contexto, há “um princípio que obriga tanto os cidadãos como os órgãos da legislação e da jurisdição a realizar a norma básica da igual consideração e do igual respeito por cada um nas práticas e instituições da sociedade”.⁸⁷

⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Obra citada**, p. 395.

⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre Faticidade e Validade**. Volume I. 2ª ed. Revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2010, p. 267.

Em DWORKIN, existe entrelaçamento harmônico entre o Direito, a Política e a Moral. No momento da criação, o legislador incorpora, no conteúdo da norma, os valores consensualmente aceitos no seio da coletividade. Com o passar do tempo, surgem novos parâmetros de avaliação das ações humanas, os quais suplantam aqueles predominantes no passado. Por vezes, a decisão legislativa, adotada com base nas circunstâncias da época da elaboração do preceito, torna-se imprestável para justificar a obediência dos súditos nos tempos presente e futuro. Quando isso ocorre, os juízes buscam solucionar os conflitos que surgem na comunidade interpretando a lei e até criando uma nova norma. A tese da integridade do Direito sabe que isso acontece. Contudo, ao contrário do pragmatismo, não admite que a interpretação/aplicação construtiva afronte os valores da Justiça e os princípios morais e políticos que informam a organização do Estado Democrático Direito, pois os axiomas morais e políticos que orientam a exegese não são escolhidos pelo intérprete/aplicador, mas consagrados na comunidade.

Fenômeno tridimensional de natureza interpretativa, o Direito como integridade impõe, como nota CIARLINI, aos órgãos jurisdicionais que façam, na aplicação das normas – especialmente as de conteúdo constitucional – “uma interpretação reconstrutiva delineada nos marcos históricos do Direito e nos princípios políticos que pontuam o Estado Democrático de Direito”.⁸⁸ Essa é a essência da doutrina de DWORKIN.

STRECK enaltece a concepção da integridade do Direito. Nela agrega algumas observações. Ressalta a “obrigação de os juízes respeitarem a integridade do Direito”, aplicando-o de maneira coerente.⁸⁹ E patrocina uma tese que “é uma simbiose entre as teorias de GADAMER e DWORKIN”.

Para o professor brasileiro, cabe fazer uma ressalva em relação à conjectura a respeito de existir apenas uma resposta certa a ser encontrada pelo magistrado. Ao seu sentir, “a resposta não é nem a única nem a melhor: simplesmente se trata da ‘resposta adequada à Constituição’, isto é, uma resposta que deve ser conformada na própria

⁸⁸ CIARLINI, Alvaro Luis de Araújo. **O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição**. Brasília: UnB [dissertação de mestrado], 2007 p. 262.

⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Obra citada**, p. 618.

Constituição, na Constituição mesma.”⁹⁰ Concorde, portanto, STRECK que o Direito, em sua inteireza, é um conceito hermenêutico. Acrescenta, então, que a interpretação “é um ato de ‘integração’, cuja base é o círculo hermenêutico (o todo deve ser entendido pela parte, e a parte só adquire sentido pelo todo)”. Ao compor os litígios, busca o juiz o sentido mais adequado ao espírito das leis. Examina os valores do presente, sem desdenhar das decisões do passado, pois tem consciência de que a tradição “não aprisiona, mas funciona como condição de possibilidade”. Afinal, como qualquer pessoa, ele sabe

(...) que a constante tarefa do compreender consiste em elaborar projetos concretos, adequados às coisas, como bem lembra GADAMER. Aqui não há outra ‘objetividade’ além da elaboração da opinião prévia a ser confirmada. Faz sentido, assim, afirmar que o intérprete não vai diretamente ao ‘texto’, a partir da opinião prévia pronta e instalada nele. Ao contrário, expressamente, coloca à prova essa opinião prévia instalada nele a fim de comprovar sua legitimidade, aquilo que significa, a sua origem, a sua validade.

A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação. Argumentos para obtenção de uma resposta adequada à Constituição (resposta correta) devem ser de princípio, e não de política. Dito de outro modo, não se pode ‘criar um grau zero de sentido’ a partir de argumentos de política (policy), que justificariam atitudes/decisões meramente baseadas em estratégias econômicas, sociais ou morais.⁹¹

Em resumo, o Direito é fenômeno histórico-cultural, um sistema de regulação voltado para a preservação da comunidade e de seus valores, que sempre precisam ser reinterpretados.

4.4 Aplicação jurisprudencial

A jurisprudência dos Tribunais Superiores acata a visão tridimensional e interpretativa do fenômeno jurídico. Apanha o Direito em sua inteireza e o vê como uma aspiração de realização do justo. Noutras palavras, destaca a sua faticidade, ou condição de fenômeno sensorialmente perceptível na ambiência social, e não despreza sua feição

⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Obra citada**, p. 621.

⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Obra citada**, p. 591.

normativa, pois sabe que sua concretude repousa na regulação das relações humanas no interior da coletividade. Além disso, enxerga o seu aspecto axiológico, reconhecendo que o ordenamento incorpora o conteúdo dos valores morais presentes na comunidade onde se aplica a legislação.

Essa compreensão foi incorporada ao texto da Constituição de 1988, como se vê dos julgados das Cortes Superiores que passo a comentar.

Recurso Especial 708.549/RS

No julgamento do Recurso Especial 708.549/RS, de que foi relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça usou raciocínio semelhante ao do exemplo empregado por DWORKIN.

Tratava o processo de uma subtração perpetrada em concurso de pessoas. Na decisão, precisou o Judiciário enfrentar problemas de fato, de direito e referentes aos princípios morais que fundamentam a imposição da pena, exigindo que guarde uma relação de proporcionalidade com o fato delituoso.⁹²

O STJ respondeu a questões de fato, legais e de conteúdo moral, quando deu provimento ao excepcional reclamo. Replicou questões de fato, ao concluir que os denunciados, no dia e hora narrados na denúncia, agiram de forma livre e consciente, subtraindo a ‘res’ furtiva e chegando a dela se apossar tranquilamente. Redarguiu, por outro lado, questões de direito, considerando aplicáveis no caso as regras definidoras do crime consumado e doloso de furto qualificado pelo concurso de pessoas (artigos 14, I, 18, I, e 155, § 4º, IV, do CP), porque os réus eram imputáveis, e não existia em favor deles circunstância alguma capaz de excluir a ilicitude de seus comportamentos, ou de isentá-los de pena (artigos 20 a 28 do CP). Também resolveu questões de moralidade, assinalando que havia previsão normativa expressa para agravar o crime de furto (inciso IV do § 4º do artigo 155 do CP), mas era incabível impor outra causa de aumento (§ 2º do artigo 157 do Código Penal), até porque a segunda majoração exasperava, de forma injustificada, a penitência, violando o fundamento moral da pena justa e proporcional à ofensa causada pelo delito.

Habeas Corpus 104.407/DF e 115.154/RS

⁹² STJ. Quinta Turma. REsp nº 708.549/RS. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. Decisão publicada no DJU de 05.09.2005, p. 473.

Quanto ao Pretório Excelso, não há dúvida alguma de que aceita a concepção tridimensional e interpretativa do Direito. Em seus julgamentos, debate questões fáticas, legais e axiológicas. Como exemplos do que sustento, cito os acórdãos prolatados pelas Turmas daquele Tribunal, quando apreciou os Habeas Corpus de nºs. 104.407/DF e 115.154/RS, sendo relator do primeiro o Ministro Ayres Britto e do segundo o Ministro Luiz Fux.

Ocorreu o primeiro caso no Distrito Federal. Flagrado, no exercício de atividade comercial, na posse de diversas mercadorias provenientes de outros países, que estavam desacompanhadas da documentação fiscal comprobatória de sua regular entrada no Brasil, um homem foi capturado. A polícia apreendeu os bens estrangeiros que se encontravam em seu poder. Avaliou-se que ele deixara de recolher aos cofres públicos R\$ 3.339,00 (três mil e trezentos e trinta e nove reais), quantia que era devida em face da importação. A conduta subsumia-se ao tipo correspondente ao delito de descaminho, descrito no artigo 334, alínea *c*, do Código Penal. Por força de decisão proferida pelo Tribunal de apelação e, depois, confirmada no STJ, instaurou-se a ação penal contra o infrator. Porém, a Defensoria Pública impetrou habeas corpus (HC 104.407/DF).

Pois bem, o Supremo Tribunal Federal analisou o fato, constatando que se enquadrava na moldura do tipo legal. Mas, fez um juízo valorativo acerca da conduta do denunciado e decidiu, com apoio no princípio da insignificância, conceder a ordem, restabelecendo a sentença de primeiro grau e trancando o processo.

No entendimento do STF, a reação do Estado prevista na lei para sancionar a ação do agente era desproporcional e injustificada. Convém, inclusive, transcrever a ementa do julgado, que assim está escrita:

Habeas corpus. Crime de Descaminho (art. 334 do CP). Tipicidade. Insignificância penal da conduta. Tributo devido que não ultrapassa a soma de R\$ 3.339,00 (três mil e trezentos e trinta e nove reais). Atipicidade material da conduta. Óbice da Súmula 691/STF. Ordem concedida de ofício.

1. O princípio da insignificância opera como vetor interpretativo do tipo penal, que tem o objetivo de excluir da abrangência do Direito Criminal as condutas provocadoras de ínfima lesão ao bem jurídico por ele tutelado. Tal forma de interpretação assume contornos de uma válida medida de política criminal, visando, para além de uma desnecessária carcerização, ao

descongestionamento de uma Justiça Penal que deve ocupar-se apenas das infrações tão lesivas a bens jurídicos dessa ou daquela pessoa, quanto aos interesses societários em geral.

2. No caso, a relevância penal é de ser investigada a partir das coordenadas traçadas pela Lei 10.522/2002 (objeto de conversão da Medida Provisória 2.176-79). Lei que determina o arquivamento das execuções fiscais cujo valor consolidado for igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Sendo certo que os autos de execução serão reativados somente quando os valores dos débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ultrapassarem esse valor.

3. Incidência do princípio da insignificância penal, segundo o qual, para que haja incidência da norma incriminadora, não basta a mera adequação formal do fato empírico ao tipo. Necessário que esse fato empírico se contraponha, em substância, à conduta normativamente tipificada. É preciso que o agente passivo experimente efetivo desfalque em seu patrimônio, ora maior, ora menor, ora pequeno, mas sempre um real prejuízo material. Não, como no caso, a supressão de um tributo cujo reduzido valor pecuniário nem sequer justifica a obrigatoria cobrança judicial.

4. Entendimento diverso implicaria a desnecessária mobilização de uma máquina custosa, delicada e ao mesmo tempo complexa como é o aparato de poder em que o Judiciário consiste. Poder que não é de ser acionado para, afinal, não ter o que substancialmente tutelar.

5. Não há sentido lógico permitir que alguém seja processado criminalmente, pela falta de recolhimento de um tributo que nem sequer se tem a certeza de que será cobrado no âmbito administrativo-tributário do Estado. Estado julgador que só é de lançar mão do direito penal para a tutela de bens jurídicos de cuja relevância não se tenha dúvida.

6. Jurisprudência pacífica de ambas as Turmas desta Casa de Justiça: RE 550.761, da relatoria do Ministro Menezes Direito (Primeira Turma); RE 536.486, da relatoria da Ministra Ellen Gracie (Segunda Turma); e HC 92.438, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa (Segunda Turma).

7. Ordem concedida para restabelecer a sentença de primeiro grau.⁹³

Noutra oportunidade, o STF denegou o Habeas Corpus nº 115.154/RS, que versava sobre um caso bem semelhante ao primeiro no que diz respeito aos fatos e às normas em tese aplicáveis.

O crime aconteceu no Rio Grande do Sul. Um homem estava respondendo a processo porque a polícia o surpreendera mantendo em depósito mercadorias de procedência estrangeira sem a documentação indispensável para atestar que recolhera a tributação devida pela importação. Também houve apreensão dos bens, e o exame técnico confirmou que ele deixara de recolher, em tributos devidos ao Tesouro Nacional, a soma de R\$ 3.101,15 (três mil e cento e um reais e quinze centavos). O

⁹³ STF. Segunda Turma. HC 10.407/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Acórdão divulgado no DJe nº 230, em 02/12/2011, e publicado em 05/12/2011.

comportamento do acusado configurava, portanto, a prática de descaminho (artigo 334, alínea *c*, do Código Penal).

A parecença dos dois eventos não impediu que o STF adotasse uma solução completamente diferente da primeira. A Corte Excelsa atribuiu um valor negativo à conduta do agente ativo deste segundo caso. Procedeu ao exame da ação, valorizando negativamente a contumácia do infrator, para afastar a aplicação do princípio da insignificância. Assim, a ordem foi denegada, ordenando-se que se desse prosseguimento ao processo penal. O acórdão traz a ementa adiante transcrita:

Penal e Processual penal. Habeas Corpus. Descaminho (art. 334, § 1º, *c*, do CP). Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Paciente contumaz na prática delitiva. Ordem denegada.

1. O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. A aplicação do princípio da insignificância deve, contudo, ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais.

3. No crime de descaminho, o princípio da insignificância deve ser aplicado quando o valor do tributo sonegado for inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), limite estabelecido no artigo 20 da Lei 10.522/02, na redação conferida pela Lei 11.033/04, para o arquivamento das execuções fiscais. Todavia, ainda que o *quantum* do tributo não recolhido aos cofres públicos seja inferior a este patamar, a contumácia na prática delitiva obsta a aplicação daquele princípio. Precedentes: HC 115.514, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 10.04.13; HC 115.869, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 07.05.13; HC 114.548, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJ de 27.11.12; HC 110.841, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 10.12.2012; HC 100.367, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 08.09.11.

4. *In casu*, o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 334, § 1º, alínea *c*, do Código Penal, por manter em depósito mercadorias de procedência estrangeira – 439 (quatrocentos e trinta e nove) armações para óculos de grau, 222 (duzentos e vinte e dois) óculos de sol e 8 (oito) relógios – desacompanhadas da documentação fiscal comprobatória do recolhimento dos respectivos tributos. O valor total do tributo, em tese, não recolhido aos cofres públicos é de R\$ 3.101,15 (três mil cento e um reais e quinze centavos).

5. Destarte, em que pese o valor do tributo sonegado ser inferior ao limite estabelecido no artigo 20 da Lei 10.522/02, na redação conferida pela Lei 11.033/04, não é possível aplicar-se o princípio da insignificância, porquanto trata-se de paciente contumaz na prática delitiva.

6. Ordem denegada.⁹⁴

A discrepância entre as duas decisões prova que o STF realmente acata o conceito tridimensional e interpretativo do Direito predominante na atualidade. Diante de dois casos semelhantes do ponto de vista dos fatos e das leis em tese aplicáveis, deu respostas diferentes em face dos distintos aspectos morais perceptíveis nas condutas dos acusados.

A defesa da Constituição se dá no âmbito da jurisdição constitucional, que praticamente não existia, ou pelo menos não tinha maior importância, antes do aparecimento do Estado moderno. Por conta disso, considero adequado trazer informações sobre a origem, as características e a evolução deste tipo de organização política.

Há outra razão que atesta a conveniência de falar sobre o Estado moderno, sublinhando os fundamentos, princípios e objetivos de sua mais atualizada versão. Nos anos de 1987 e 1988, o povo brasileiro esteve reunido, por seus representantes, numa Assembleia Nacional Constituinte, que elaborou a Constituição da República Federativa do Brasil, instituindo um Estado Democrático de Direito, cuja conformação se enquadra no padrão de Estado moderno.

⁹⁴ STF. Primeira Turma. HC 115.154/RS. Relator Ministro Luiz Fux. Acórdão divulgado no DJe 160, em 15/08/2013, e publicado em 16/08/2013.

5 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Existe estreita interligação entre a jurisdição constitucional, como cidadela de proteção dos direitos humanos, e o Estado Democrático de Direito, padrão de organização adotado por nossa nação.

No mencionado conceito estão englobados valores essenciais da República Federativa do Brasil, que servem de valiosos parâmetros para a interpretação dos textos da Constituição. Além disso, o Estado Democrático de Direito também desponta, em certas ocasiões, como limite impeditivo à manifestação constituinte na jurisdição constitucional.

5.1 Do Estado moderno

As Potências agrupam-se em cinco tipos básicos: (a) Estado antigo; (b) Estado grego; (c) Estado romano; (d) Estado medieval; e (e) Estado moderno. A classificação é de JELLINEK, que a elaborou com base nas distinções verificáveis entre as organizações políticas surgidas ao longo da história da civilização.

Depois de revelar os traços predominantes nos demais modelos, sublinha JELLINEK que o Estado moderno caracteriza-se por ser uma ordem constitucional. Surgiu “como unidade de associação organizada de conformidade com uma Constituição, graças à superação do duplo antagonismo existente entre o rei e o povo, e entre o poder espiritual e o temporal”.⁹⁵ O seu aparecimento remonta ao início do Século XVI. Ocorreu no final da Idade Média, época da derrocada do feudalismo. No começo, era absolutista. A autoridade dos monarcas decorria do Direito Divino. Depois o poder político apartou-se da influência religiosa, consolidando-se no atributo de sua soberania.

O conceito de soberania foi realmente importante para o advento do Estado moderno. Segundo BARROSO, teve, com BODIN e HOBBS, o “seu centro de

⁹⁵ “El Estado moderno ha nacido como unidad de asociación organizada conforme a una Constitución, gracias a haber dominado el doble dualismo que forman rey y pueblo y el poder espiritual y temporal.” – JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Prólogo y traducción de Fernando de los Rios. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, 2004, p. 311-312.

gravidade no monarca.” Depois LOCKE e a Revolução Inglesa a transferem ao Parlamento. Num momento posterior, ROUSSEAU e as Revoluções Francesa e Americana passaram o poder soberano para o povo, “uma abstração aristocrático-burguesa que, com o tempo, iria democratizar-se”.⁹⁶

Atributo do Estado moderno, a soberania denota supremacia do poder político na ordem interna. No plano internacional, traduz a independência e a igualdade do Estado em relação às outras Potências. Pertence ao povo, uma parcela da nação que tem o direito de organizar o Estado submetendo-o a uma ordem constitucional.

O Estado moderno é o resultado de um movimento político que objetiva “estabelecer em toda parte regimes constitucionais, quer dizer, governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos às respectivas Constituições”.⁹⁷

A pretensão do constitucionalismo não impõe que todo Estado adote uma Constituição escrita. Com efeito, o movimento não provocou, na Inglaterra e noutros países do sistema da “common law”, o surgimento de Constituições escritas. Naqueles Estados, há apenas convenções, fortalecidas por costumes históricos, e leis constitucionais, que podem ser modificadas pelo Parlamento sem maiores formalidades. Entretanto, na maior parte do mundo ocidental, onde prevalece o sistema de Direito escrito, as nações adotaram um documento denominado de Constituição, que provém do trabalho da soberania popular e é dotada de supremacia em relação a outras leis, até porque exige maiores formalidades para a mudança de seus dispositivos.

Fruto do progresso da civilização, o Estado moderno ultrapassou os estágios primitivos de predominância da potestade arbitrária. Por isso, adota técnicas de contenção de sua autoridade, separando as funções do seu poder em órgãos distintos e atuantes dentro de limites preestabelecidos. Além disso, enuncia e garante os direitos humanos fundamentais, sendo uma organização submetida ao império do Direito.

Esses traços do Estado moderno são proclamados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, divulgada na França, em 1789. Diz o famoso documento que os seres humanos “nascem e são livres e iguais em direitos”, não se

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 3ª edição. São Paulo/SP: Saraiva, 2011, p. 31-32.

⁹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 36ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33.

admitindo distinções senão as fundadas na utilidade comum (art. 1º). Noutra regra, a Declaração explicita que “a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”, tais como “a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão” (art. 2º). E, depois de outras assertivas importantes, afirma que, sem garantia de direitos e sem separação de poderes, a sociedade não tem Constituição (art. 16).

Como se vê, do ponto de vista formal, a comunidade precisa submeter-se a uma Constituição que assegure os direitos e separe em órgãos distintos as funções do poder, para se classificar como Estado moderno.

5.2 Estado e liberalismo

Proveio o Estado moderno, em sua feição liberal, de conflagrações ocorridas na Inglaterra (Revolução Parlamentarista de 1688), nos Estados Unidos da América (Revolução da Independência Americana de 1776) e na França (Revolução Francesa de 1789).

Os movimentos revolucionários estimularam, em muitas partes do mundo, o fortalecimento dos princípios democráticos, pondo a defesa dos direitos e garantias individuais como principal objetivo da organização política. Porém, a nobreza de suas finalidades não impediu que o Estado, estruturado de conformidade com o liberalismo, sofresse desgastes com o correr dos anos. Muitas Potências constitucionalmente formadas de acordo com princípios da referida ideologia não dispuseram de outros atributos indispensáveis para a implantação de governos democráticos, dando origem a autocracias. Outras, embora submetidas às diretrizes da democracia, assumiram feições acentuadamente abstencionistas em relação às desigualdades sociais.

O Estado liberal exaltava os direitos de primeira geração (vida, liberdade – inclusive política –, propriedade, segurança, nacionalidade e cidadania), mas não interferia nas questões sociais e econômicas. Permaneceu indiferente às lutas das classes mais carentes. Adotou uma neutralidade insensível aos dramas provocados pelos desníveis sociais. Deixou de atender às aspirações da maioria do povo, desperdiçando a legitimidade que possuía nos seus começos. Enredado na teia de suas omissões diante

das desigualdades sociais e econômicas, falava de igualdade e fraternidade. Todavia, mantinha-se inerte, nada fazendo para amenizar os dramas das parcelas hipossuficientes da população.

De que adiantava ao homem ser livre, se as autoridades não lhe garantiam as condições mínimas para sobreviver? Que legitimidade tinha o Estado para defender a propriedade se não atuava para erradicar a miséria e dela resgatar os despossuídos? Que valor se podia atribuir à igualdade meramente formal que consentia a alguns poucos viverem com fartura, morando em palacetes, enquanto a grande maioria sobrevivia sem perspectivas, sem sequer ter um abrigo para recuperar as forças? Foram as contradições agitadas em questionamentos dessa espécie que enfraqueceram o Estado liberal diante dos influxos da ideologia socialista.

5.3 Estado e socialismo

As insatisfações com a organização política estruturada pelo liberalismo acentuaram-se, culminando com as revoluções socialistas. As mais importantes foram deflagradas na Rússia, em 1917 e na China, em 1946. Irromperam por força das desigualdades econômicas que dominavam a cena social e, também, por conta do descrédito na capacidade do Estado liberal para combatê-las.

Triunfaram as rebeliões socialistas, fomentando o aparecimento de outro padrão de organização política em muitos países. Em busca de mais igualdade social e econômica, formou-se o Estado socialista. Dos governos o povo exigia ações positivas na defesa das prerrogativas fundamentais de segunda geração. O Estado devia atuar em defesa dos direitos sociais referentes ao trabalho, ao lazer, à educação, à saúde, à moradia, à previdência e à assistência social.

No cadinho das sublevações em favor de mais igualdade econômica, montou-se o arcabouço do Estado socialista, que se materializou em duas subespécies, conforme as necessidades de adaptação da realidade às exigências das sociais democracias e dos comunismos autocráticos.

Após o triunfo do socialismo, recomendando a erradicação ou, pelo menos, o abrandamento das desigualdades, formaram-se sociais democracias nos países que

resolveram preservar as liberdades e não erradicar a propriedade privada dos meios de produção. Enquanto isso, outros desdenharam tais valores e abandonaram a democracia, implantando comunismos autocráticos.

As sociais democracias tentaram ajustar o Estado oriundo do liberalismo às exigências decorrentes da afirmação dos direitos sociais. Contudo, nos regimes comunistas, o Estado advindo do socialismo rompeu com importantes valores da ideologia democrática.

Nos dois tipos de Estado de cunho socialista, os governantes intervieram na ordem social e econômica, para garantir mais igualdade aos seres humanos. No entanto, as experiências do comunismo⁹⁸ foram decepcionantes. Os dirigentes dos países que adotaram aquele regime não hesitaram em eliminar a propriedade privada dos meios de produção e em suprimir o pluralismo. Restringiram demasiadamente as liberdades civis e silenciaram as minorias. Amordaçaram a imprensa e impediram a fiscalização de atos do governo. Funcionava o Estado, nos comunismos, de maneira antidemocrática, abrigando a ditadura do proletariado, que logo se transformou num totalitarismo intolerante e cruel com as minorias dissidentes. Esgotava-se, assim, nas experiências comunistas, a esperança de igualdade preconizada pelo socialismo.

Na realidade, em sua versão de ditadura do proletariado, o Estado comunista assumiu feição de ditadura totalitária. Suprimiu liberdades políticas e civis. Provocou retrocessos. Afrontou valores democráticos oriundos do liberalismo. Gerou descontentamentos. Reprimiu os grupos dissidentes com força, durante algum tempo. No entanto, as insatisfações não cessaram, culminando com as insurreições que causaram a extenuação e posterior ruína dos comunismos.

Apesar das mazelas dos comunismos autocráticos, que se transformaram em totalitarismos tão sanguinários quanto os dos Estados nazista e fascistas, trouxe o socialismo, notadamente nos países que formaram sociais democracias, importante contribuição para o reconhecimento e a consagração dos direitos humanos de natureza social.

⁹⁸ Na lista dos mais importantes países comunistas, estão a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (já dissolvida) e a República Popular da China.

Socialismo significa mais igualdade, e não se pode negar que os comunistas desejaram conquistar tal objetivo. Debalde o tentaram, atuando apenas no plano social e econômico. Esqueceram um fator importante: a igualdade não se resume às suas dimensões sociais e econômicas; para alcançá-la, em sua integridade, também é preciso resguardar a sua dimensão política.

Não há igualdade sem pluralismo; não há igualdade sem liberdade de manifestação do pensamento; não há igualdade sem debate de ideias antagônicas; não há igualdade, quando se eliminam as possibilidades de mudança; não há igualdade, quando se sufocam as minorias dissidentes; não há igualdade onde existe apenas uma agremiação partidária; não há igualdade sem liberdade política e sem democracia.

Assim como a igualdade e a solidariedade, a liberdade, em suas múltiplas dimensões, é um direito natural e imprescritível dos homens, que deve necessariamente ser protegido por qualquer regime político.

5.4 Crise dos modelos tradicionais

Entraram em crise os arquétipos de Estado moderno. O modelo originário do liberalismo pouco fez em favor dos direitos sociais e fragilizou-se diante dos movimentos socialistas. Quanto aos Estados comunistas, debilitaram-se mergulhados no lamaçal da prepotência de seus dirigentes e findaram soçobrando no lodaçal da corrupção administrativa, dos privilégios da burocracia e da falta de transparência dos respectivos governos. De outra banda, as sociais democracias não conseguiram atender às novas aspirações do mundo civilizado.

A consciência da necessidade de fortalecer os laços de solidariedade entre as pessoas conduziu ao reconhecimento de “uma nova geração – a terceira – dos direitos fundamentais.” Cuidou-se, então, de amoldar o Estado à nova realidade.

FERREIRA FILHO sustenta que foi Karel VASAK, um jurista tcheco radicado na França, quem primeiro falou das prerrogativas de terceira geração, durante a

“abertura dos cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em 1979”, batizando-os “de direitos de solidariedade, ou fraternidade”.⁹⁹

Depois de VASAK, muitos doutrinadores passaram a discorrer sobre os direitos humanos de terceira geração, que aparecem na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 1981, na Carta de Paris para uma nova Europa, de 1990, e noutros documentos internacionais. A denominação consolidou-se e vem sendo empregada na jurisprudência de nossos tribunais.

A terceira geração envolve os direitos à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade, à autodeterminação dos povos, à comunicação, entre outros. São direitos que pertencem ao povo e precisam do respeito das Potências. Têm como peculiaridade a “titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos”¹⁰⁰, embora possam ser individualizados, como acontece, em alguns casos, com relação ao direito ao meio ambiente e à comunicação.

Ao falar das gerações de direitos, recorro a advertência de BRANCO. Os direitos previstos não são suplantados “por aqueles surgidos no instante seguinte.” Embora tenham suas significações alteradas, para se adaptarem às “concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos”, como ocorreu ao longo do tempo com a liberdade, a igualdade e a propriedade, os direitos “de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração.” Muitas vezes, os novos direitos nada mais são do que “os antigos adaptados às novas exigências do momento. Assim, por exemplo, a garantia contra certas manipulações genéticas muitas vezes traz à baila o clássico direito à vida, confrontado, porém, com os avanços da ciência e da técnica”.¹⁰¹

A terceira geração de direitos fundamentais não era mencionada na época das revoluções socialistas. Só floresceu na segunda metade do Século XX. Certamente, a imprevisão das sociais democracias em relação às novas prerrogativas concorreu para que fossem superadas por um novo modelo de organização política.

⁹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 57-58.

¹⁰⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Capítulo 5 do livro **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira MENDES, Inocêncio Mártires COELHO, Paulo Gustavo Gonet BRANCO. 4ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 268.

¹⁰¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Obra citada**, p. 268.

Os padrões estatais provenientes das duas ideologias (liberalismo e socialismo) não conseguiram assegurar o respeito às novas dimensões dos direitos humanos, nem foram capazes de preservar os mecanismos de organização e funcionamento democráticos do poder. Não aliviaram as tensões entre as ideias de liberdade e igualdade, nem impediram que os conflitos se multiplicassem. Sentiram-se, então, os politólogos estimulados a imaginar uma nova maneira de ordenar a vida coletiva.

Nos modelos do liberalismo e do socialismo, não conseguia o Estado moderno atender a todas as aspirações de organização política do mundo atual. Em face disso, surgiu o Estado Democrático de Direito, chamado simplesmente de Estado de Direito por alguns juristas.

Cuida-se de um novo modelo inventado para suprir as deficiências dos outros arquétipos. É uma organização idealizada para harmonizar as ideias de liberdade e igualdade, incorporando a terceira geração de direitos e enaltecendo os valores da solidariedade.

Como bem observa BONAVIDES, “nem a revolução francesa se legitimou pelo terror, nem a revolução russa pela ditadura do proletariado e sua burocracia”. Sem a primeira, “continuaría o gênero humano vivendo debaixo do cetro daqueles reis e rainhas, diante de cujo despotismo o povo se prostrava, coisificado e genuflexo, sem direitos, sem liberdade, sem participação.” Sem a segunda, “o mundo estaria atado à cruel liberdade individualista do capitalismo selvagem do Século XIX”. Para corrigir as falhas dos padrões organizacionais resultantes das conflagrações liberais e socialistas, criou-se o Estado Democrático de Direito, comprometido com os ideais de justiça, de democracia e de respeito ao primado dos direitos humanos fundamentais.¹⁰²

Os estudos sobre o Estado e o Direito conduziram a outro padrão de organização política. Foi necessário inventá-la como uma organização capaz de aglutinar as virtudes do liberalismo e do socialismo, eliminando os respectivos defeitos e suplantando suas antinomias. Surgiu assim a comunidade soberana que a Constituição chama de Estado Democrático de Direito. É um modelo que submete o poder à ordem

¹⁰² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009, p. 210-211.

constitucional, preservando os direitos de primeira geração, inclusive as liberdades civis e políticas dos jurisdicionados, mas vai além, impondo concomitantemente a obrigação de os governantes desenvolverem ações positivas, para proteger as prerrogativas sociais e a terceira geração de direitos.

5.5 Estado Democrático de Direito

Ressabiados com a experiência autocrática dos governos militares que, no Brasil, duraram mais de 20 (vinte) anos, os nossos representantes constituintes de 1988 quiseram redemocratizar o País. Adotaram, com este propósito, o novel paradigma de organização política, acrescentando o lexema democrático à expressão Estado de Direito. Fizeram uma Constituição que proclama a origem popular do poder e a necessidade de que sejam preservados os valores que norteiam a democracia.

Oscar Dias CÔRREA reputa redundante a locução Estado Democrático de Direito. Do seu ponto de vista, não existe Estado Democrático “que não seja de Direito”. Nem se cogita como Estado de Direito o ente político soberano que não incorpore os valores da democracia. Por isso, “quem fala em Estado de Direito deveria referir-se a Estado Democrático (como no Preâmbulo da Constituição de 1988).” As duas expressões possuem o mesmo significado, servindo para identificar a organização estatal comprometida com a garantia do regime democrático e dos direitos e garantias fundamentais.¹⁰³

Em contraposição, José Afonso da SILVA aplaude a nomenclatura. Lembra que a tarefa do Estado Democrático de Direito é superar “as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social.”¹⁰⁴ Do seu ponto de vista, a Constituição estimula a implementação de profundas mudanças na realidade brasileira. Declara os direitos fundamentais e estabelece garantias, para que sejam respeitados. Estimula o pleno exercício da cidadania e organiza a comunidade

¹⁰³ CORRÊA, Oscar Dias. **O Estado Democrático na Constituição de 1988**. In: **Estudos de Direito Político-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 510.

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2001, p. 126.

política de um modo que permite a concretização das “exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana”.¹⁰⁵

Pouco importa a redundância da denominação. O que interessa é que a República Federativa do Brasil adotou um novel modelo de organização política após a redemocratização do País: o Estado Democrático de Direito brasileiro, que tem por fundamentos a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político e a origem democrática do poder. No plano interno, o seu objetivo é a construção de uma sociedade justa, livre, solidária e comprometida com o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos e discriminações. Na esfera internacional, orienta sua atuação pelos seguintes princípios: independência nacional, prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, não intervenção, igualdade entre os Estados, defesa da paz, solução pacífica dos conflitos, repulsa ao terrorismo e ao racismo, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e concessão de asilo político. Além disso, age movido pelo propósito de estreitar os laços de integração com os povos da América Latina.¹⁰⁶

Somos uma Democracia representativa, e a soberania de nosso povo geralmente se manifesta pelo sufrágio universal e pelo voto igualitário, direto e secreto, durante os periódicos pleitos eleitorais disputados por muitas agremiações partidárias. Dispomos de alguns mecanismos de democracia direta, tais como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. A natureza democrática de nossa comunidade vem anunciada desde o Preâmbulo da Constituição, que também esclarece a nossa preocupação com o reconhecimento e a ampla proteção dos direitos humanos.¹⁰⁷

No Estado Democrático de Direito, desde que preencham os requisitos legais, os cidadãos influenciam na formação e no exercício dos órgãos superiores do governo. Ninguém é previamente excluído do usufruto dos direitos fundamentais, sejam eles individuais, sociais ou de terceira geração. Todos os indivíduos são reconhecidos em suas dignidades, devendo ser respeitados em suas diferenças e protegidos de discriminações, para que possam buscar o bem comum, a felicidade e a justiça.

¹⁰⁵ SILVA, José Afonso da. Obra citada, p. 124.

¹⁰⁶ CF: artigos 1º/4º.

¹⁰⁷ CF: artigos 5º/17.

Além de distinguir-se como um padrão aperfeiçoado de Estado moderno, porque suplanta os modelos liberal e social, o Estado Democrático de Direito envolve importantes princípios enunciados no texto constitucional (arts. 1º a 4º), funcionando como bússola a indicar o norte que os órgãos jurisdicionais devem buscar na composição das lides.

5.6 Aplicação jurisprudencial

A essência do ordenamento jurídico repousa nos princípios, objetivos e fundamentos da organização política da sociedade. Para manter a paz, o Judiciário os emprega na solução dos litígios, realizando a justiça. Assim, o Estado Democrático de Direito é um conceito que envolve outros princípios constitucionais. Serve de parâmetro para a interpretação das normas da Constituição e funciona, em certas ocasiões, como limite impeditivo à manifestação constituinte da jurisdição constitucional.

Citarei, em seguida, 7 (sete) decisões dos Tribunais Superiores, sendo 4 (quatro) do STF e 3 (três) do STJ, que comprovam a procedência do que afirmo. Nas seis primeiras, ao fazerem a exegese da Constituição, o STF e o STJ conferiram maior eficácia às normas assecuratórias de direitos fundamentais. Porém, na última, o Supremo Tribunal Federal deixou de fazer a mutação constitucional reclamada, por reconhecer que afrontaria o Estado Democrático de Direito.

Decisão do STF no RE nº 134.297/SP

O Governo de São Paulo criou e implantou a Estação Ecológica de Jureia/Itatins, impondo limitações administrativas ao conteúdo econômico de propriedades incrustadas em reserva florestal, numa área da Serra do Mar situada em partes dos Municípios de Peruíbe, Iguape, Miracatu e Itariri.

O dono de uma das propriedades pleiteou o ressarcimento dos danos patrimoniais que sofreu em face da criação da Estação Ecológica. Inconformado com o aresto do Tribunal de Justiça que reconheceu o direito de indenização do proprietário da terra, o Estado interpôs recurso extraordinário (RE nº 134.297/SP), pedindo a reforma da decisão. Em seu arrazoado, a unidade federada invocou o § 4º do artigo 225 da Constituição, sustentando que a área fica na Serra do Mar, integra o meio ambiente e

o patrimônio nacional; é um bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida; precisa ser preservado, em mercê das presentes e futuras gerações. Por conta desses motivos, não seriam indenizáveis os prejuízos causados ao proprietário/recorrido.

Ao apreciar o caso, o STF não acolheu os argumentos do Estado. Percebeu o aparente conflito entre prerrogativas fundamentais contrapostas: de um lado, a propriedade (direito de primeira geração), assegurando ao dono da terra a percepção de indenização por prejuízos patrimoniais decorrentes das restrições impostas ao bem; de outro, o direito coletivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (direito de terceira geração), obrigando a Administração a agir, para preservar as florestas da Serra do Mar.

O relator do recurso foi o Ministro Celso de Mello, e a decisão da Excelsa Corte ficou assim ementada:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ESTAÇÃO ECOLÓGICA. RESERVA FLORESTAL NA SERRA DO MAR. PATRIMÔNIO NACIONAL (CF, ART. 225, § 4º). LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA QUE AFETA O CONTEÚDO ECONÔMICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. DIREITO DO PROPRIETÁRIO À INDENIZAÇÃO. DEVER ESTATAL DE RESSARCIR OS PREJUÍZOS DE ORDEM PATRIMONIAL SOFRIDOS PELO PARTICULAR. RE NÃO CONHECIDO.

Incumbe ao Poder Público o dever constitucional de proteger a flora e de adotar as necessárias medidas que visem a coibir práticas lesivas ao equilíbrio ambiental. Esse encargo, contudo, não exonera o Estado da obrigação de indenizar os proprietários cujos imóveis venham a ser afetados, em sua potencialidade econômica, pelas limitações impostas pela Administração Pública.

A proteção jurídica dispensada às coberturas vegetais que revestem as propriedades imobiliárias não impedem que o *dominus* venha a promover, dentro dos limites autorizados pelo Código Florestal, o adequado e racional aproveitamento econômico das árvores nelas existentes. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais em geral, tendo presente a garantia constitucional que protege o direito de propriedade, firmou-se no sentido de proclamar a plena indenizabilidade das matas e revestimentos florestais que recobrem áreas dominiais privadas, objeto de apossamento estatal ou sujeitas a restrições administrativas impostas pelo Poder Público. Precedentes.

A circunstância de o Estado dispor de competência para criar reservas florestais não lhe confere, só por si – considerando-se os princípios que tutelam, em nosso sistema normativo, o direito de propriedade –, a prerrogativa de subtrair-se ao pagamento de indenização compensatória ao particular, quando a atividade pública, decorrente do exercício de atribuições em tema de direito florestal, impedir ou afetar a válida exploração econômica do imóvel por seu proprietário.

A norma inscrita no artigo 225, § 4º, da Constituição deve ser interpretada de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, notadamente com a cláusula que, proclamada pelo artigo 5º, XXII, da Carta Política, garante e assegura o direito de propriedade em todas as suas projeções, inclusive aquela concernente à compensação financeira devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis à atividade estatal. O preceito consubstanciado no artigo 225, § 4º, da Carta da República, além de não haver convertido em bens públicos os imóveis particulares abrangidos pelas florestas e pelas matas neles referidas (Mata Atlântica, Serra do Mar, Floresta Amazônica Brasileira), também não impede a utilização, pelos próprios particulares, dos recursos naturais existentes naquelas áreas que estejam sujeitas ao domínio privado, desde que observadas as prescrições legais e respeitadas as condições necessárias à preservação ambiental.

A ordem constitucional dispensa tutela efetiva ao direito de propriedade (CF/88, art. 5º, XXII). Essa proteção outorgada pela Lei Fundamental da República estende-se, na abrangência normativa de sua incidência tutelar, ao reconhecimento, em favor do *dominus*, da garantia de compensação financeira, sempre que o Estado, mediante atividade que lhe seja juridicamente imputável, atingir o direito de propriedade em seu conteúdo econômico, ainda que o imóvel particular afetado pela ação do Poder Público esteja localizado em qualquer das áreas referidas no art. 225, § 4º, da Constituição.

Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração (CF, art. 225, *caput*). (RE 134.297/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 13/06/1995, DJ 22/09/1995, p. 30.597).

Decisão do STF na ADI nº 4.274/DF

Noutro momento, apreciando a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4274/DF, em que era relator o Ministro Ayres Britto, o Supremo Tribunal Federal invocou princípios, objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito, para acolher a pretensão deduzida na referida ação.

Reconheceu o STF que a Carta da República, nos incisos IV, IX, XIV e XVI do artigo 5º, assegura, aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, o direito de se manifestarem livremente, realizando reuniões e marchas, para comunicarem pensamentos e receberem informações sobre variados temas, independentemente de censuras ou licenças prévias.

Na realidade, pronunciou-se a Corte em favor da liberdade de reunião e de manifestação de pensamento e informação, acolhendo a ação para conferir ao § 3º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 interpretação conforme a Constituição. E afastou, com esses argumentos, a proibição judicial de realização de eventos públicos em defesa da

legalização ou da descriminalização do uso de drogas e de outras substâncias estupefacientes.¹⁰⁸

Decisão do STF ADPF nº 101/DF

Num terceiro caso, ao enfrentar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 101/DF, que teve a Ministra Cármen Lúcia na relatoria, saiu o STF em defesa dos direitos fundamentais à saúde (CF: arts. 6º e 196) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF: art. 225, “caput” e §§ 1º a 6º). E o fez sem molestar o objetivo do Estado de alcançar o desenvolvimento econômico sustentável (CF: art. 3º, II, e 170, I e VI).

A Corte examinou os efeitos de decisões judiciais nacionais que autorizavam a importação de pneus usados de países que não integram o MERCOSUL. A situação era objeto de contencioso na Organização Mundial de Comércio (OMC), em face de solicitação de consulta da União Europeia ao Brasil. Pois bem, em decisório muito interessante, protegeu o STF o direito à saúde e, também, uma prerrogativa de terceira geração: o meio ambiente.

O STF louvou-se no princípio da precaução¹⁰⁹ e disse que o crescente incremento da frota mundial de veículos amplia a necessidade de substituição de pneus velhos por novos, exigindo a correta destinação dos desgastados, para evitar danos ao ambiente e à saúde das pessoas. Acrescentou outros argumentos: (a) o depósito de pneus inservíveis ao ar livre constitui fator de disseminação de doenças tropicais; (b) as carcaças dos pneus imprestáveis demoram a se decompor em aterros sanitários; (c)

¹⁰⁸ STF. Tribunal Pleno. ADI nº 4274/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Acórdão eletrônico DJe 084, divulgado em 30 de abril de 2012 e publicado em 02 de maio de 2012.

¹⁰⁹ Proveniente do Direito Internacional e já introduzido no ordenamento brasileiro (CF: art. 225, V, e § 1º; Lei nº 9.605/1998: § 3º do art. 54), o princípio da precaução foi referido na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, ocorrida no Rio de Janeiro em 1992. Entre os 27 (vinte e sete) princípios da “Declaração do Rio de Janeiro”, há o de nº 15, que reza: “De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.” Precaução e prevenção não são, no âmbito do Direito Ambiental, sinônimos. MACHADO os distingue assim: “Em caso de certeza de dano ambiental, este deve ser prevenido, como preconiza o princípio da prevenção. Em caso de dúvida ou de incerteza, também se deve agir prevenindo. Essa é a grande inovação do princípio da precaução.” MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Princípio da Precaução no Direito Brasileiro e no Direito Internacional Comparado**. Artigo publicado no livro **Princípio da Precaução**, organizado por VARELLA (Marcelo Dias) e PLATIAU (Ana Flávia Barros). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 351-372.

existe dificuldade para armazenar tais carcaças, o que leva seus proprietários a queimá-las; (d) a queima de pneus velhos provoca a liberação no ar de substâncias químicas cancerígenas; (e) não falta, no Brasil, matéria-prima para abastecer as fábricas de remodelagem de pneus.

No final, julgou parcialmente procedente a ADPF deduzida pela Presidência da República através do Advogado Geral da União, cassando, a partir do julgamento, os efeitos futuros de decisões pretéritas de outros órgãos jurisdicionais. As decisões haviam transitado em julgado, mas continham indeterminação temporal quanto às autorizações de importações concedidas. Por força desta circunstância, havia sérios riscos de a importação dos pneus usados causarem danos e prejuízos à saúde e ao meio ambiente.¹¹⁰

Decisão do STJ no RMS nº 33.620/MG

Com o Superior Tribunal de Justiça, não sucede de modo diverso. Ao examinar o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) nº 33620/MG, de que foi relator o Ministro Castro Meira, a Corte deu a devida importância ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O mencionado princípio se deduz do conceito de Estado Democrático de Direito, sendo assestado como o valor constitucional supremo, porque situado no ápice da pirâmide dos princípios fundamentais.

O fato envolvia uma pensionista de membro do Ministério Público de Minas Gerais, cujo neto era inválido e de quem ela obteve a tutela, diante da ausência de condições financeiras dos pais biológicos. O artigo 149, § 1º, da Lei Complementar Estadual nº 34/94 determinava que a parcela da pensão destinada àquela senhora, na condição de cônjuge sobrevivente, reverteria em benefício de filho(s) do segurado em caso de morte da beneficiária. Nada falava acerca dos netos.

Embora a Lei Complementar Estadual nº 64/2002, em seu artigo 4º, § 3º, II, equipare o menor sob tutela judicial ao filho, a hipótese continha uma circunstância impeditiva de sua subsunção àquela norma. O instituidor da pensão já havia falecido na ocasião em que a tutela do neto foi dada à avó, que era viúva do segurado e beneficiária

¹¹⁰ STF: Tribunal Pleno. ADPF 101/DF. Relatora Ministra Cármen Lúcia. DJe 108, divulgação em 01/06/2012, publicado em 04/06/2012.

da pensão. Por causa disso, entendeu o Estado de Minas Gerais que não se podia considerar o menor como filho do segurado, para fins de reversão do benefício.

O STJ não aceitou a argumentação do Estado-membro. Examinou a situação, registrando que a avó viúva fora, por muitos anos, responsável pelo sustento material do neto. Resolveu, então, equiparar o tutelado aos filhos do instituidor da pensão, ampliando, assim, o alcance das normas da legislação estadual. Amparou o jovem inválido, recorrendo aos postulados da dignidade da pessoa humana e da plena eficácia do princípio da proteção integral ao menor¹¹¹, que são realmente importantes valores da ordem constitucional do nosso Estado Democrático de Direito.¹¹²

Decisão do STJ RMS nº 13.084/CE

Numa segunda ocasião, ao negar provimento ao RMS nº 13.084/CE, da relatoria do Ministro JOSÉ DELGADO, o STJ confirmou a decisão denegatória da ordem proferida pelo Tribunal de Justiça do Ceará, proclamando a constitucionalidade da Lei nº 12.568/1996 daquele Estado.

Há, no diploma estadual citado, uma regra que isenta os deficientes físicos pobres da obrigação de pagar tarifas para o uso de ônibus das empresas permissionárias dos serviços de transporte intermunicipais. Sem desconhecer que o cerne da Federação está na repartição constitucional de capacidades e atribuições entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a Corte considerou legítima a norma legal. Entendeu que havia, na hipótese, competência concorrente, o que dava ao legislador do Estado-membro capacidade para disciplinar a matéria.

Dessa maneira, depois de superar a questão referente à harmonia da lei com a Constituição, o STJ enalteceu a intenção do legislador estadual de integrar os deficientes físicos à sociedade, prestigiando a isonomia e amparando pessoas que necessitam de proteção diferenciada do Estado. Ao sopesar os valores conflitantes, fez prevalecer, no caso concreto, o direito legítimo dos deficientes físicos à proteção do Estado.

¹¹¹ STJ. Segunda Turma. RMS 33.620/MG. Relator Ministro Castro Meira. DJe de 19/12/2011, RSTJ 226, p. 250.

¹¹² CF: artigo 1º, inciso III, e artigo 227 e seus parágrafos.

Quanto ao eventual desequilíbrio econômico-financeiro de contratos de permissão ou concessão do serviço público de transporte de pessoas decorrente da aplicação da lei em debate, compreendeu o STJ que poderiam as empresas concedentes ou permissionárias corrigi-lo por outros meios, sem necessidade de a Administração sacrificar o direito humano, democrático e justo de pessoas com necessidades especiais.

113

Decisão do STJ no REsp nº 44.052/SP

Noutra ocasião, negou o Superior Tribunal de Justiça provimento ao Recurso Especial (REsp) nº 44052/SP, interposto por um Município do Estado de São Paulo e no qual funcionou como relator o Ministro Herman Benjamin.

A Corte Nacional reconheceu a legitimidade ativa do Ministério Público para propor Ação Civil Pública com o objetivo de tutelar o direito à creche e à pré-escola das crianças com até 06 anos de idade (artigo 201 da Lei nº 8.069, de 1990)¹¹⁴.

Depois de repelir a preliminar de ilegitimidade, anunciou que a educação da criança não é uma garantia qualquer, que esteja em pé de igualdade com as estabelecidas em mercê de outros direitos. A Constituição manda que se lhe dê absoluta prioridade (art. 225). Por essa razão, o direito fundamental dos infantes à educação, com creche e pré-escola na idade adequada (artigos 6º, 205 e 206, IV, da CF), deve obrigatoriamente ser assegurado, inclusive através do Judiciário, em face da inafastabilidade do seu controle (art. 5º, XXXV, da CF), que configura garantia básica do Estado Democrático de Direito.

Na correta exegese do STJ, uma vez constatada a oferta insuficiente de vagas em creches para crianças de 0 (zero) a 6 (seis) anos, surge concreta possibilidade de ação para todos os que se encontrem sofrendo a privação daquele direito fundamental. Deve o Judiciário exigir, em tal situação, o cumprimento integral e tempestivo do dever vinculado da Administração Pública. A garantia de oferta de educação infantil, em cheches, às crianças é uma prioridade absoluta, não podendo a Administração dela se escusar invocando a justificativa da reserva do possível.

¹¹³ STJ. Primeira Turma. RMS nº 13.084/CE. Relator Ministro José Delgado. DJ de 01/07/2002, p. 214.

¹¹⁴ Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Enfatizou o Ministro Herman Benjamin que, em tema de direitos e garantias fundamentais, “o Juiz não deve se impressionar nem se sensibilizar com alegações de conveniência e oportunidade trazidas pelo administrador relapso.” Embora não se substitua à Administração, cabe ao órgão jurisdicional “interpretar e aplicar a delimitação constitucional e legal dos poderes e deveres do Administrador, exigindo, de um lado, cumprimento integral e tempestivo dos deveres vinculados e, quanto à esfera da chamada competência discricionária, respeito ao *due process* e às garantias formais dos atos e procedimentos que pratica”.¹¹⁵

Decisão do STF na ADPF nº 153/DF.

Nas decisões citadas nos itens precedentes, as Cortes até inovaram na ordem jurídica, incentivadas pelo propósito de prestigiar os valores, princípios e objetivos ínsitos ao Estado Democrático de Direito. Porém, na hipótese da ADPF nº 153/DF, o referido padrão de organização política não estimulou a produção de um novo direito. Pelo contrário, funcionou como marco inibitório à manifestação da função constituinte do Supremo Tribunal Federal.

Na referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pedia-se ao STF que desse aos textos dos dispositivos da Lei da Anistia (Lei nº 6.683/79), reafirmados no § 1º do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 26, de 1985, uma nova interpretação. Desejava-se que a Corte declarasse que a anistia concedida pelos diplomas já citados aos delitos políticos e conexos, praticados durante o regime militar, não alcançava as infrações comuns perpetradas pelos agentes da repressão contra opositores políticos. Deveria o Supremo Tribunal Federal, acolhendo o pedido, mudar a compreensão até então em voga, para reconhecer a possibilidade de se processarem criminalmente agentes do Estado responsáveis por homicídios, desaparecimentos forçados, abusos de autoridade, lesões corporais, estupro, atentados violentos ao pudor, entre outros atos de violência.

Não acolheu o STF a pretensão deduzida na inicial, porque se convenceu de que a República Federativa do Brasil, fundada em 1988 pelo constituinte originário, não

¹¹⁵ STJ. Segunda Turma. REsp nº 440.502/SP. Relator Ministro Herman Benjamin. DJe 24/09/2010, LEXSTJ, Vol. 255, p. 90.

resultou de uma ruptura violenta. Pelo contrário, resultou de uma transação entre representantes de parcelas antagônicas do povo, que soberanamente resolveram perdoar os crimes políticos e delitos conexos perpetrados por agentes da repressão do regime militar e por seus opositores. A mutação constitucional pleiteada pela OAB implicaria na deturpação do modelo conciliatório contido em nossa organização política e afrontaria, por conseguinte, o Estado Democrático de Direito. Com essa compreensão, o STF julgou improcedente a ADPF, proclamando que:

A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. 6. A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes --- adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 --- e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes --- não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido. 7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia. 8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário. 9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. (ADPF 153, Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010, DJe-145, divulgado em 05/08/2010 e publicado em 06/08/2010).

Realmente, tanto no plano interno como no internacional, empenha-se a nossa República pela resolução pacífica dos conflitos. Por isso, a Assembleia Nacional Constituinte proclamou que formamos uma comunidade “fraterna, pluralista e sem preconceitos”. Revelou, ademais, no Preâmbulo da Constituição, que a nação deseja realizar os predicados já incorporados pelo ordenamento estatal. No próximo capítulo, apontarei quais são esses predicados, indicando onde repousa a essência do Direito que

os incorpora.

6 DEMOCRACIA E JUSTIÇA COMO VALORES CONSTITUCIONAIS

Em seu pórtico e nos primeiros preceitos, a Constituição enuncia os predicados que incorpora, sublinhando que formamos um Estado moderno, organizado para assegurar aos brasileiros e estrangeiros residentes no País “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos” de nossa comunidade.

Vou disseminar, entre os eventuais leitores deste trabalho, as noções de democracia e justiça, que envolvem, na minha percepção, todos os outros valores mencionados.

A democracia e justiça são ideologias propulsoras das ações humanas a serviço do bem e estão no cerne de nossa organização política.

6.1 Mito da neutralidade científica

Se objetassem as afirmativas feitas na abertura do presente capítulo, alegando que são idealistas e desprovidas de maior valor científico, eu replicaria argumentando que as lucubrações a respeito das instituições políticas situam-se no contexto do conhecimento produzido com base nas preferências existenciais dos sujeitos cognoscentes.

Quem observa as maneiras de organização e exercício do poder, ou medita sobre os sentimentos de justeza ou de desconforto resultantes de atos governamentais, levantando hipóteses, não descreve apenas os fenmenos, avivando os traços das estruturas constitucionais. Sempre vai além, porque termina recomendando formas de organização e práticas mais adequadas aos objetivos do Estado, as quais geralmente correspondem às próprias preferências do autor.

Todo cientista assume a defesa de ideias e instituições partindo de conceitos preestabelecidos. Essa parcialidade é natural, não merecendo censuras. Especialmente porque o objetivo prático da Poltica¹¹⁶ consiste na tentativa de realização do bem

¹¹⁶ Como expliquei noutro momento, “não discrimino a Política, enquanto Ciência, da Teoria Geral do Estado. Encaro-a como disciplina integrada ao Direito Constitucional, como parte do chamado Direito Político.” PEREIRA, Eitel Santiago de Brito. **Política, tica e Estado**. João Pessoa/PB: Idéia Editora,

comum através do aperfeiçoamento da atuação do Estado. Seria absurdo que o pesquisador formasse seus juízos e não prescrevesse a organização de governo que considera adequada para o aprimoramento da vida social.

A completa neutralidade científica não passa de um mito. Quem dela fala refere-se à necessária objetividade da Ciência em sua busca pela verdade. Mas, sabe que o cientista, mesmo tentando ser o mais neutro possível, sempre estará jungido às circunstâncias de sua vivência histórica, não podendo delas se desligar.

Deve o jurista conferir objetividade ao seu labor científico. Para fazê-lo, é conveniente que se conscientize de seus preconceitos e os revele antes de submeter sua conjectura ao julgamento de outros pesquisadores. Só assim conseguirá dar objetividade às suas investigações, revelando melhor os objetos examinados.

Afirmo a legitimidade democrática da função constituinte da jurisdição constitucional, antecipando a minha compreensão a respeito da democracia e da justiça. Confesso que sempre as considerei como as duas mais importantes aspirações populares incorporadas na Constituição do Brasil. O preconceito, contudo, não me impediu de tentar ser neutro em minha pesquisa, ainda que tenha agido buscando encontrar elementos para comprovar minha conjectura. O que importa é que a fundamentei na jurisprudência das Cortes Superiores e a submeto às refutações de quem dela discorde.

Os nossos saberes sempre se misturam com os nossos erros e acertos, preconceitos e descobertas, decepções e esperanças. Se nos aventuramos no sedutor mundo do conhecimento, devemos nos lembrar da impossibilidade de escapar das críticas. Afinal, a verdade situa-se além da autoridade humana, e precisamos sinceramente tentar encontrá-la, dentro dos nossos limites, sem repudiar nossas predileções e aceitando humildemente as críticas de nossos coetâneos.¹¹⁷

2011, p. 26.

¹¹⁷ POPPER, Karl R. As Origens do Conhecimento e da Ignorância. In: **Conjecturas e refutações. O progresso do conhecimento científico**. Tradução de Sérgio Bath. 5ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, p. 58.

6.2 Ideologia política

Que é ideologia política? Para responder à questão, reporto-me à origem etimológica da palavra, que deriva da junção de dois termos gregos, a saber: *eidos* e *logos*, os quais significam ideia e conhecimento, respectivamente. Assim, a ideologia política é o conjunto sistematizado de informações reunidas acerca de determinada ideia, formada sobre o Estado ou alguma instituição a ele relacionada.

Democracia e justiça são os temas de minhas considerações neste capítulo. Assuntos recorrentes nos estudos da Ciência Política, sempre despertam a atenção das academias jurídicas. Representam, ademais, valores constitucionais que informam a interpretação da Constituição e limitam a função constituinte da jurisdição constitucional.

Convém lembrar que, após o surgimento do Estado, a liberdade natural – atributo da personalidade humana limitado apenas pela força de cada um dos indivíduos – transformou-se em liberdade civil. Passou, então, a sofrer as restrições da autoridade de quem exerce o poder político amparado na lei, como expressão da vontade geral.

As discussões sobre democracia e justiça passam necessariamente pela reflexão a respeito da liberdade. É o que ensina Jean-Jacques ROUSSEAU, destacando que o Estado é fruto de uma convenção social, simplificada na seguinte fórmula:

Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, coletivamente, cada membro como parte indivisível do todo.¹¹⁸

Na visão do mestre suíço, ao migrar do estado da natureza para o civil, o ser humano se transformou, racionalizando o próprio comportamento, que passou a se orientar pela justiça, deixando de ser guiado pelos instintos. Isso imprimiu na conduta humana o selo da moralidade. Desde então,

¹¹⁸ ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social. Princípios do Direito Político**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. Revisão de Edison Darci Heldt. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 22.

(...) assumindo a voz do dever o lugar do impulso físico, e o direito o do apetite, o homem, que até então não levava em conta senão a si mesmo, se viu obrigado a agir com base em outros princípios e a consultar sua razão antes de ouvir seus pendores. Conquanto nesse estado se prive de muitas vantagens concedidas pela natureza, ganha outras de igual importância: suas faculdades se exercem e se desenvolvem, suas ideias se alargam, seus sentimentos se enobrecem, toda a sua alma se eleva a tal ponto que, se os abusos dessa nova condição não o degradassem amiúde a uma condição inferior àquela de que saiu, deveria bendizer sem cessar o ditoso instante que dela o arrancou para sempre, transformando-o de um animal estúpido e limitado num ser inteligente, num homem.

Reduzamos todo esse balanço a termos de fácil comparação. O que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo quanto deseja e pode alcançar; o que com ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui. Para que não haja engano a respeito dessas compensações importa distinguir entre liberdade natural, que tem por limites apenas as forças do indivíduo, e a liberdade civil, que é limitada pela vontade geral, e ainda entre a posse, que não passa do efeito da força ou do direito do primeiro ocupante, e a propriedade, que só pode fundar-se num título positivo.

Sobre o que precede, poder-se-ia acrescentar à aquisição do estado civil a liberdade moral, a única que torna o homem verdadeiramente senhor de si, porquanto o impulso do mero apetite é escravidão, e a obediência à lei que se prescreveu a si mesmo é liberdade.¹¹⁹

Iniciarei tratando da democracia, que é uma forma de governo e, simultaneamente, uma ideologia, pois congrega várias ideias políticas de relevo.

6.3 Ideologia democrática

A ideologia democrática despertou a atenção de escritores da Antiguidade clássica. HERÓDOTO, PLATÃO, ARISTÓTELES, POLÍBIO e CÍCERO classificaram as maneiras de organização e exercício do poder, fazendo diferenciações com base em dois critérios: (a) o qualitativo, fundado nas virtudes e imperfeições perceptíveis nos governos, e (b) o quantitativo, inspirado no número de pessoas encarregadas de exercer o poder. Assim, separaram as formas de governo em boas e más. Bons eram os governos instalados por título legítimo, que se apoiavam no consentimento dos governados e se conduziam de acordo com a justiça, obedecendo às leis estabelecidas e atuando com o propósito de realizar o bem comum, em sintonia com o interesse público; enquanto isso, os governos ruins provinham de usurpações, eram impostos pela

¹¹⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Obra citada**, p. 26.

força, comportavam-se arbitrariamente, desrespeitavam as leis, desconsideravam os súditos, abusavam de privilégios e prestigiavam os interesses privados.¹²⁰

Variavam as nomenclaturas usadas e, também, as simpatias de cada autor por uma ou outra modalidade. Ao reproduzir um debate sobre qual seria a melhor forma de governo, HERÓDOTO mencionou a monarquia, a aristocracia e a democracia, indicando esta última como o bom governo de muitos. Mas PLATÃO, ao tratar do mesmo tema, lobriga seis formas de governo, sendo duas boas (aristocracia e monarquia) e quatro ruins (timocracia¹²¹, oligarquia, democracia e tirania). Já ARISTÓTELES percebe três formas de governo boas, monarquia, aristocracia e *politia*¹²², e três más, tirania, oligarquia e democracia¹²³. POLÍBIO, por sua vez, usou o termo olocracia para designar a situação crítica de uma gestão conduzida ao sabor da irracionalidade das multidões, que seria, portanto, a forma má contraposta ao bom governo de muitos, *politia* na linguagem aristotélica, ou democracia nas concepções herodotiana e polibiana.

As divergências dos antigos não impediram que a Teoria Geral do Estado uniformizasse a terminologia. Por isso, afirma-se que há, segundo as classificações mais antigas, seis formas de governo puras, sendo três boas, monarquia, aristocracia, democracia, e três más, tirania, oligarquia e demagogia.¹²⁴ No governo bom, quando apenas um exerce o comando, tem-se a monarquia; porém, se um grupo pequeno de pessoas o dirige, a aristocracia se concretiza; e, finalmente, se muitos são por ele responsáveis, compõe-se a democracia. As formas ruins resultam da degeneração daquelas três, sendo, respectivamente, a tirania, a oligarquia e a demagogia¹²⁵.

Os autores concordam que nunca houve governos totalmente bons nem totalmente maus. Por isso, consideram boas as modalidades em que predominam as virtudes e reputam ruins as formas preponderantemente contaminadas de defeitos. Os

¹²⁰ BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. Tradução de Sérgio Bath. 10ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, 183 p.

¹²¹ Timocracia vem de *timé*, palavra grega que significa honra, e Platão a utiliza “para designar a transição entre a Constituição ideal e as três formas ruins tradicionais.” BOBBIO, Norberto. **Obra citada**, p. 47.

¹²² ARISTÓTELES não se refere à timocracia, mas introduz o termo *politia* como uma das três formas boas de governo, colocando a democracia como a deturpação do referido modelo.

¹²³ BOBBIO, Norberto. **Obra citada**, p. 55-63.

¹²⁴ AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à Ciência Política**. 17ª edição. São Paulo: Globo, 2005, p. 200-201.

¹²⁵ BOBBIO, Norberto. **Obra citada**, p. 42.

Estados, em suas conformações, aproximam-se de um ou de outro padrão. Os antigos sabiam disso, e seus escritos ensinam que “as seis formas de governo se sucedem umas às outras de acordo com determinado ritmo” ao longo do tempo.¹²⁶

A partir da conjectura cíclica, POLÍBIO e CÍCERO encontraram a sétima forma de governo na república romana. Havia ali um regime misto, reunindo em diferentes órgãos as virtudes da monarquia, da aristocracia e da democracia.

Em defesa do modelo misto, considerado o melhor, o único capaz de proporcionar mais equilíbrio e moderação aos órgãos incumbidos de exercer o poder, sustentam os dois autores que as constituições simples não permanecem boas. As monarquias, as aristocracias e as democracias duram pouco. Carecem de estabilidade. Naturalmente se corrompem. Transformam-se em tiranias, oligarquias e demagogias, como revelam os estudos históricos. Para evitar a instabilidade e o desequilíbrio, a solução é o governo misto, congregando os princípios das formas puras em diferentes órgãos, favorecendo, assim, a criação de mecanismos de controle recíprocos e proporcionando a preservação harmônica da comunidade política.

Na visão polibiana e ciceroniana, a escolha do governo misto fortaleceu as instituições de Roma, onde três órgãos governavam: os cônsules, o senado e as eleições populares. Com base na avaliação do “poder dos cônsules, o Estado parecia monárquico e real; considerando-se em particular o senado, parecia aristocrático; do ponto de vista do poder da multidão, parecia indubitavelmente democrático”.¹²⁷

De conformidade com a doutrina cíclica, no interior de uma forma boa, desenvolvem-se os defeitos de uma tipologia má. Dessa maneira, “o rei passa a tirano, os melhores constituem uma facção, o povo se faz turba e leva à desordem”, transformando-se a monarquia em tirania, a aristocracia em oligarquia e a democracia em demagogia. Mas as transformações, que geram instabilidade, podem ser evitadas no modelo “composto e moderadamente misto”, no qual não há “razão para mudança (*causa conversionis*)”, ficando os órgãos em seus misteres, e afastando-se as “condições que levam à precipitação e à queda” dos governos.¹²⁸

¹²⁶ BOBBIO, Norberto. **Obra citada**, p. 69.

¹²⁷ BOBBIO, Norberto. **Obra citada**, p. 70.

¹²⁸ BOBBIO, Norberto. **Obra citada**, p. 76.

Segundo BOBBIO, os adeptos dessas razões afirmam, em seus escritos, que “é bom que haja no governo alguma coisa de eminente e de real, que outros poderes sejam atribuídos e deferidos à autoridade dos melhores, e que certas questões fiquem reservadas ao julgamento e à vontade da multidão.” Em tal situação, livra-se o governo da instabilidade execrada pelo consenso geral, o que confere ao governo misto a primazia em relação às demais formas.¹²⁹

O cristianismo fortaleceu o critério qualitativo na classificação das formas de governo; deu especial atenção ao problema moral, questionando a justeza dos atos estatais. Na verdade, a filosofia cristã, chamada de patrística, passou a defender a fé com argumentos racionais, preconizando a necessidade de compatibilizar os atos do Estado com o valor da justiça. É o que demonstra a reflexão de Santo AGOSTINHO¹³⁰, contida no seguinte trecho:

Desprezada a justiça, que são os reinos senão bando de ladrões? E que são os bandos de ladrões senão pequenos reinos? Por isso foi inteligente e veraz a resposta dada a Alexandre Magno por um pirata que caiu sob o seu poder. Como Alexandre lhe perguntasse por que razão infestava os mares, respondeu com audácia: ‘Pelo mesmo motivo por que infestas a terra; mas como o faço com um pequeno barco, sou chamado de pirata; como o fazes com uma grande frota, és chamado de imperador’ (*De Civitate Dei*, IV, 4).¹³¹

Durante a Idade Média, não se agregaram importantes inovações às teorias das formas de governo. Ao tratarem do tema, os escritores repetiram, com algumas variações terminológicas, as tipologias elaboradas pelos antigos filósofos.

A oposição entre o Estado e a Igreja era o assunto mais palpitante dos estudos políticos medievais. A diversidade histórica de Estados, que tanto fascínio despertara na Antiguidade, cedeu espaço a outros temas. Passou-se a entender que ao Estado se reserva apenas “a função essencial de remediar a natureza má do homem”, estabelecida como decorrência do pecado original. Não lhe caberia assegurar uma vida boa ao povo, como pensavam os gregos e romanos, mas “controlar, com a espada da

¹²⁹ BOBBIO, Norberto. **Obra citada**, p. 75.

¹³⁰ Santo AGOSTINHO viveu entre os anos de 354 a 430. Não foi, portanto, um pensador da Idade Média. O livro ‘A Cidade de Deus’ foi escrito entre os anos de 413 a 426, antes do início da Idade Média, pois o mencionado período histórico vai da queda do Império Romano do Ocidente (476 d. C.) até a tomada de Constantinopla pelos turcos (1453 d. C.).

¹³¹ BOBBIO, Norberto. **Obra citada**, p. 80-81.

justiça, o desencadeamento das paixões que tornariam impossível qualquer tipo de convivência pacífica”.¹³²

Embora reproduzam sem maiores acréscimos as classificações das formas de governo elaboradas pelos escritores antigos, os pensadores da Idade Média¹³³ dão especial atenção ao tema da tirania, distinguindo entre o tirano que exerce o poder de modo abusivo e o tirano que se apossa do poder sem ter direito.

Debruçados sobre a temática moral, os pensadores da Idade Média sabiam que o tirano ocupa o poder e o exerce desrespeitando os postulados da justiça. Por isso, condenam a tirania, aplaudindo os governos bons. Só consideram legítimo o governo “que tem ao mesmo tempo um título justo (*‘cui iure principatus delatus est’*) e governa com justiça (*‘qui iustitiam ministrat et leges servat’*)”.¹³⁴

Na Modernidade, os estudos a respeito das formas de governo voltaram a despertar o interesse dos cientistas políticos. Nicolau MAQUIAVEL, no seu famoso livro, trouxe uma novidade em relação às classificações antigas, proclamando que: “Todos os Estados, os domínios todos que já houve e que ainda há sobre homens foram, e são, repúblicas ou principados”.¹³⁵

Na visão do pensador florentino¹³⁶, em vez de seis, existem apenas duas formas de governo: os principados, que coincidem com as monarquias, e as repúblicas, que podem ser aristocráticas ou democráticas. Noutros termos, ou os Estados são comandados por uma só pessoa (principados), ou se apresentam governados por muitas. As Repúblicas, dependendo da menor ou maior quantidade de dirigentes, caracterizam-se como aristocráticas ou democráticas.

¹³² BOBBIO, Norberto. **Obra citada**, p. 78-79.

¹³³ No seu livro ‘A Teoria das Formas de Governo’, relaciona Norberto BOBBIO alguns nomes de pensadores da Idade Média que escreveram sobre temas políticos. Entre os referidos estão os seguintes: (a) São Tomás de Aquino, que viveu entre os anos de 1225 e 1274 e escreveu uma grande obra, na qual se destaca a “Suma Teológica”; (b) Marcílio de Pádua, autor do livro “Defensor Pacis”, divulgado em 1324; (c) Isidoro de Sevilha, que viveu entre os anos de 550 e 636; (d) Bartolo, que nasceu em 1314, vindo a falecer em 1357, e é o autor do livro intitulado “De Regimine Civitates”; e (e) Colluccio Salutati, que publicou o “Tratado sobre o Tirano”, no final do século XV.

¹³⁴ BOBBIO, Norberto. **Obra citada**, p. 81-82.

¹³⁵ MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução de Olívia Bauduh. In: **Os Pensadores – MAQUIAVEL**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2004, p. 37.

¹³⁶ Maquiavel nasceu em 1459, na então República de Florença, que integra atualmente a República Italiana.

MAQUIAVEL construiu sua doutrina sobre as formas de governo em cima da realidade histórica da Europa ocidental, nos começos da Modernidade. Do seu ponto de vista, não há maior distinção entre a aristocracia e a democracia. As duas modalidades de governo republicano se fundam numa vontade coletiva e expressa, através de um colegiado mais restrito, no caso da aristocracia, ou mais amplo, no caso da democracia, de conformidade com certas regras de procedimento, entre as quais a referente ao princípio da maioria. Enquanto isso, no principado, modifica-se a própria natureza da vontade envolvida, uma vez que não se aplicam as regras procedimentais “à formação da vontade singular do príncipe”¹³⁷, bem distinta da vontade plural das formas republicanas.

No livro ‘O Príncipe’, MAQUIAVEL não fala de bons e maus principados, nem emprega a moral comum para avaliar as ações dos governantes. O critério que usa é o da conservação do Estado para realizar seus objetivos, desde as necessidades de perpetuação da espécie e de conservação da comunidade “até a satisfação dos desejos humanos de bem estar individual e coletivo; desde a segurança da coletividade até a manutenção da soberania na esfera internacional”.¹³⁸ Assim, todos os principados são bons, se o governante for exitoso e conseguir realizar tais objetivos.

MAQUIAVEL separa os principados hereditários, em que o poder se transmite por sucessão familiar, dos principados novos, que surgem da conquista do poder por quem ainda não era príncipe e ascende ao governo pela *virtú* (coragem, valor, capacidade, eficácia política), ou pela fortuna (sorte, acaso, influência das circunstâncias), ou pela violência, ou pelo consentimento dos cidadãos. Além disso, esclarece que os principados têm sido governados de duas maneiras: (a) por um príncipe assistido por ministros livremente escolhidos, que são servos do governante e exercem o poder por mero favor; ou (b) por um príncipe auxiliado por nobres, “os quais, não por graça daquele, mas por tradição da família, têm essa qualidade”.¹³⁹

Noutro livro, porém, ele retoma as classificações dos escritores antigos, embora inovando na terminologia. Assim, refere-se aos governos monárquico,

¹³⁷ BOBBIO, Norberto. **Obra citada**, p. 84.

¹³⁸ PEREIRA, Eitel Santiago de Brito. **Ética na Política**. In: **Política, Ética e Estado**. João Pessoa: Ideia, 2011, p. 63.

¹³⁹ MAQUIAVEL, Nicolau. **Obra citada**, p. 49.

aristocrático e popular¹⁴⁰, registrando que essas modalidades são boas, mas “degeneram tão facilmente que podem tornar-se perniciosas.” Adianta ainda que derivam dos bons os governos maus, que seriam o despotismo, a oligarquia e a permissividade¹⁴¹. Esclarece, por fim, que as formas boas não se mantêm por muito tempo em face mesmo da grande “semelhança entre a forma boa e a má.” Do seu ponto de vista, o melhor governo é o misto, porque todas as formas – boas ou más –

(...) são igualmente desvantajosas: as três primeiras, porque não podem durar; as três outras, pelo princípio da corrupção que contêm. Por isto, todos os legisladores conhecidos pela sua sabedoria evitaram empregar exclusivamente qualquer uma delas, reconhecendo o vício de cada uma. Escolheram sempre um sistema de governo de que participavam todas, por julgá-lo mais sólido e estável: se o príncipe, os aristocratas e o povo governam em conjunto o Estado, podem com facilidade controlar-se mutuamente.¹⁴²

Outro autor que escreveu sobre o tema foi MONTESQUIEU.¹⁴³ Influenciado pela doutrina maquiaveliana, o nobre francês admitiu a existência de governos republicanos, monárquicos e despóticos. Nos republicanos, se o poder soberano é exercido por uma parcela do povo, há uma aristocracia, mas, se todo o povo governa, forma-se a democracia. Enquanto isso, nas monarquias, um só governa, “de acordo, entretanto, com leis fixas e estabelecidas”. Por fim, nos governos despóticos, a gestão concentra-se num só indivíduo, que não obedece a leis e regras, mas sujeita “tudo à sua vontade e seus caprichos”.¹⁴⁴

O nobre francês, em seu famoso livro, alega que cada um dos tipos de governo é orientado pela predominância de um princípio. Assim, a virtude é essencial no governo popular de uma república democrática, enquanto se exige a moderação dos nobres dirigentes numa república aristocrática. Já na monarquia, o que prevalece é a

¹⁴⁰ MAQUIAVEL, Nicolau. **Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio – “Discorsi”**. Tradução de Sérgio Bath. 5ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, 440 p. – O governo popular corresponde ao governo democrático.

¹⁴¹ O despotismo corresponde à tirania. Por sua vez, a permissividade é a forma degenerada do governo popular, ou seja, da democracia.

¹⁴² MAQUIAVEL, Nicolau. **Obra citada (“Discorsi”)**, p. 24-25.

¹⁴³ O verdadeiro nome do Barão de La Bréde e de MONTESQUIEU era Charles Louis de Secondat.

¹⁴⁴ MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Jean Melville. Revisão de Rosana Citino e Saulo Krieger. 2ª reimpressão. São Paulo: Editora Martin Claret, 2010, p. 23.

honra, que é capaz de “inspirar as mais belas ações”, podendo, aliada à força das leis, “levar o governo aos seus objetivos, tal como o faria a própria virtude.” Finalmente, o governo despótico se funda no temor que se tem do príncipe; quando este, por um momento, deixa de

manter o braço levantado, e quando não pode destruir imediatamente aqueles que ocupam os postos mais elevados, tudo estará perdido, pois não existindo mais a mola do governo, que é o medo, o povo não terá mais protetor.¹⁴⁵

Hans KELSEN vê, na classificação dos governos, ou, noutras palavras, na diferenciação das Constituições, o problema central da teoria política. Enfrenta o assunto criticando as classificações apresentadas por outros autores, que não foram além da tricotomia – monarquia, aristocracia e democracia – dos escritores antigos. Ademais, seria superficial o critério de classificação baseado no número de pessoas que governam. Deve-se elaborar a classificação com fundamento no “modo como, segundo a Constituição, a ordem jurídica é criada.” Neste contexto, o jurista theco distingue apenas dois tipos de organização constitucional: “a democracia e a autocracia.” E avisa que sua diferenciação se baseia “na idéia de liberdade política”.¹⁴⁶

KELSEN segue a orientação de ROUSSEAU e também defende a tese de que é livre, do ponto de vista político, “quem está sujeito a uma ordem jurídica de cuja criação participa.” Difunde, destarte, a ideia de que a liberdade política é essencial ao regime democrático. Do seu ponto de vista, a democracia “significa que a vontade representada na ordem jurídica do Estado” corresponde às vontades dos membros da comunidade que têm capacidade para decidir. Por sua banda, a autocracia denota a exclusão dessas vontades na criação do ordenamento, de forma que não se garante, de modo algum, a harmonia entre a legislação e as aspirações populares.¹⁴⁷

Não desconhece KELSEN que as classificações separam formas ideais, sem correspondência integral na experiência histórica. Isso acontece porque não há qualquer

¹⁴⁵ MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Jean Melville. Revisão de Rosana Citino e Saulo Krieger. 2ª reimpressão. São Paulo: Editora Martin Claret, págs. 23-43.

¹⁴⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão técnica de Péricles Prado. São Paulo/SP: Martins Fontes; Brasília: Universidade de Brasília, 1990, p. 277-278.

¹⁴⁷ KELSEN, Hans. **Obra citada**, p. 278.

(...) Estado que se conforme completamente a um ou a outro tipo ideal. Cada Estado representa uma mistura de elementos de ambos os tipos, de modo que algumas comunidades estão mais próximas de um pólo, e algumas mais próximas do outro. Entre os dois extremos existe uma profusão de estágios intermediários, a maioria dos quais sem nenhuma designação específica.¹⁴⁸

A democracia é, portanto, uma ideologia informada por alguns princípios, entre os quais KELSEN cita os seguintes: (a) o da liberdade política, que implica na “autodeterminação do indivíduo por meio da participação na criação da ordem jurídica”; (b) o da maioria, que corresponde ao mais alto grau de liberdade política, sendo, noutras palavras, “a aproximação máxima possível do ideal de autodeterminação compatível com a existência de uma ordem social”, em face da impossibilidade de obter-se decisão unânime sobre os assuntos de interesse coletivo; (c) o da minoria, que implica no direito de existência da minoria, garantindo-se sua participação na elaboração da ordem jurídica e assegurando-se a possibilidade de os grupos minoritários divulgarem seus pensamentos; (d) do liberalismo, que proporciona a discussão permanente das ideias entre a maioria e a minoria, garante a livre expressão do pensamento e o pluralismo; e (e) do compromisso com a solução, através dos mecanismos legais, dos conflitos entre pessoas e, também, entre as diversas correntes de opinião.

Convém dizer que a democracia pode ser direta, quando o povo exerce diretamente as funções do poder, ou indireta, quando o faz por intermédio de representantes escolhidos com tal propósito. No mundo moderno, a dimensão do corpo eleitoral impede que essa influência se processe diretamente. Assim, a participação popular dá-se através da eleição de representantes encarregados de exercer as funções legislativa e executiva. Esse é o sentido da expressão democracia representativa ou, noutros termos, regime representativo.

Nas democracias representativas, comumente a seleção dos agentes políticos incumbidos de desempenhar a função jurisdicional se dá através de concurso público de provas e títulos, no caso dos juízes, e de nomeações de pessoas indicadas isoladamente ou em listas, nas hipóteses dos magistrados dos tribunais. Porém, tais circunstâncias não desfiguram o regime. São democracias os Estados, se as ideias e os princípios

¹⁴⁸ KELSEN, Hans. **Obra citada**, p. 278.

democráticos prevalecem na organização do poder e dos órgãos incumbidos de desempenhar as funções legislativas e executivas. Quanto ao Judiciário, tem realmente feição aristocrática, porque seus membros formam um grupo de pessoas diferenciadas pelo saber jurídico.

A maior parte dos escritores defende o governo misto e indica o Reino Unido da Grã Bretanha e Irlanda do Norte¹⁴⁹ como espécie daquele arquétipo¹⁵⁰. Explicam, então, que ali funciona uma monarquia constitucional. Desse modo, os princípios monárquicos estão representados na pessoa da Rainha, que exerce funções de governo, já que formalmente nomeia o Primeiro Ministro e os membros do Gabinete, além de participar do processo legislativo emitindo pareceres nos projetos de lei aprovados pelo Parlamento. Tanto o Primeiro Ministro como os outros membros do Gabinete são oriundos do Legislativo, que é formado por duas Casas: a Câmara dos Lordes, onde prevalecem os postulados da aristocracia, porque seus integrantes são nomeados; e a Câmara dos Comuns, cujos membros são eleitos, o que revela a preponderância dos princípios democráticos. Há invejável estabilidade naquela comunidade soberana, cujos governos vêm demonstrando moderação, equilíbrio e sintonia com os anseios dos povos que integram a união política.

6.4 Noção de justiça

Que se deve compreender por justiça? É difícil retorquir com precisão. Há diversas opiniões sobre os fundamentos das normas que avaliam os atos humanos. A procura por uma definição ocupa e divide políticos, juristas, sociólogos e filósofos. E todos concordam que o vetusto problema situa-se entre as questões mais árduas a respeito dos fundamentos das leis disciplinadoras da vida coletiva.

Apesar disso, NÓBREGA destaca que o conceito atual de justiça “é em substância o mesmo dos antigos filósofos”, que já sabiam da impossibilidade de sobrevivência do ser humano fora do justo convívio com seus semelhantes.¹⁵¹

¹⁴⁹ O Reino Unido da Grã Bretanha e Irlanda do Norte é uma união política formada por quatro nações: Inglaterra, País de Gales, Escócia e Irlanda do Norte.

¹⁵⁰ AZAMBUJA, Darcy. **Obra citada**, p. 202.

¹⁵¹ NÓBREGA, J. Flóscolo da. **Introdução ao Direito. O direito como princípio. O direito como norma. O direito como poder. O direito como garantia.** 8ª edição revista e atualizada. João Pessoa/PB: Edições Linha d'Água, 2007, p. 50.

FERRAZ JR também conjectura a respeito da inviabilidade de conservação da sociedade “numa situação em que a justiça, enquanto sentido unificador do universo moral,” viesse a ser destruída. A vida gregária, em semelhante contexto, perderia o sentido e ficaria insuportável.¹⁵²

Repousa a noção de justiça nos domínios da Moral, próxima ao conceito de boa vontade de que nos fala KANT, em sua “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”. Eis como se expressa o sábio de Königsberg:

Não há nada em lugar algum, no mundo e até mesmo fora dele, que se possa pensar como sendo irrestritamente bom, a não ser tão-somente uma boa vontade. Entendimento, engenho, poder de julgar e como quer que se possam chamar, outrossim, os talentos da mente, ou coragem, decisão, persistência no propósito, enquanto propriedades do temperamento são, sem dúvida, coisas boas e desejáveis sob vários aspectos; mas podem também tornar-se extremamente más e nocivas, se não é boa a vontade que deve fazer uso desses dons da natureza e cuja qualidade peculiar se chama por isso caráter. Com os dons da fortuna dá-se o mesmo. Poder, riqueza, honra, a própria saúde e o completo bem-estar e contentamento com o seu estado, a que damos o nome de felicidade, dão coragem e destarte também, muitas vezes, soberba, quando não há uma boa vontade para corrigir sua influência sobre o ânimo e, ao mesmo tempo, sobre todo o princípio do agir, tornando-os assim conformes a fins universais; para não mencionar o fato de que um espectador imparcial e racional jamais pode se comprazer sequer com a vista da prosperidade ininterrupta de um ser a quem não adorna traço algum de uma vontade boa e pura e, assim, que a boa vontade parece constituir a condição indispensável até mesmo da dignidade de ser feliz.¹⁵³

Todavia, não se deve olvidar a evidente eticidade do Direito, que coloca a justiça como ideia indispensável à compreensão da experiência jurídica.

A justiça tem duas faces: ora se revela de maneira subjetiva, como virtude que ornamenta a personalidade do indivíduo em suas interações; ora se mostra objetivamente, como valor assegurado pela Constituição e demais leis do Estado no espaço onde convivem as pessoas submetidas à respectiva soberania.

Escora-se a justiça na alteridade, porque somente se manifesta nos atos sociais. Dela não se cogita sem a existência de duas ou mais pessoas interagindo. Por isso, COMTE-SPONVILLE avisa que “não há justiça no estado natural, nem justiça

¹⁵² FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação.** 4ª edição. São Paulo/SP: Atlas, 2003, p. 352.

¹⁵³ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** Tradução com introdução e notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo/SP: Discurso Editorial, 2009, p. 101-103.

natural. Toda justiça é humana, toda justiça é histórica; não há justiça (no sentido jurídico do termo) sem leis, nem (no sentido moral) sem cultura – não há justiça sem sociedade.”¹⁵⁴

Os estudos a respeito da justiça realçam todos ou apenas alguns dos traços entre os que a distinguem.

Em certo momento, o escritor enaltece seu aspecto comutativo, observável na vida privada. A justiça surge, então, atuando na determinação de direitos e obrigações decorrentes de contratos ou de atos ilícitos, para resguardar a igualdade nas relações entre as pessoas.

Noutra ocasião, o autor privilegia a característica distributiva da justiça, que se manifesta na vida social. Aqui, a virtude emerge repartindo os encargos e vantagens da vida social, segundo critérios de proporcionalidade, a fim de que cada um receba os benefícios de acordo com suas necessidades, e dê, por outra banda, a sua contribuição de conformidade com a respectiva capacidade.

Numa terceira oportunidade, o estudioso exalta o sistema normativo. A justiça movimenta-se, nesta nuance, regendo as condutas dos governantes e governados, como membros da sociedade, para prescrever a obediência à lei e aos deveres impostos em mercê do interesse coletivo na realização dos valores comunitários.

Os filósofos aprofundam e condensam as reflexões científicas e dão especial destaque às razões que movem os comportamentos humanos. Na avaliação deles, a justiça exhibe-se através de elucubrações profundas sobre as ideias de liberdade, igualdade e solidariedade, que informam seu conceito e estimulam, no curso da História, as lutas contra as injustiças existentes no mundo.

Virtude aglutinadora de outras qualidades que ornamentam o caráter do ser humano, a justiça também é valor essencial ao Direito afiançado pelo próprio Estado. Atestam o último aspecto o preâmbulo e muitos artigos insertos na Constituição Federal.¹⁵⁵

¹⁵⁴ COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno Tratado das Grandes Virtudes**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2010, p. 84.

¹⁵⁵ Confirmam-se, por exemplo, os artigos 3º (I, III e IV), 4º (II e VIII), 5º (I/LXXVIII, e §§ 1º a 4º), 6º e 37 (VIII), entre outros.

RADBRUCH sublinha que “a ideia do Direito não pode ser outra senão a justiça”.¹⁵⁶ Faz a afirmação por saber que a experiência jurídica só tem sentido como tentativa de realização de um Direito justo.

Por causa da evidente interligação entre as duas, convém que o Direito e a justiça caminhem sempre na mesma direção. Contudo, nem sempre isso acontece. No seu aspecto normativo e correspondente à legislação, algumas vezes o Direito afasta-se da liberdade, da igualdade, da solidariedade ou de outros princípios integrados na noção da justiça.

Nas situações descritas, surgem indagações. Deve a lei iníqua ser obedecida? É correto não resistir à aplicação da legislação injusta? Não é fácil replicá-las, porque se amontoam, na prática, dificuldades para se dizer com exatidão o que é justo ou injusto. Afinal, a justiça, como revela Michael J. SANDEL, também “diz respeito à forma certa de avaliar as coisas”.¹⁵⁷

Em face das dificuldades que qualquer um enfrenta para avaliar a injustiça da lei e, nesta hipótese, resistir à sua aplicação, COMTE-SPONVILLE invoca lições aristotélicas e adianta, com muita propriedade, que “não é a justiça que faz os justos, são os justos que fazem a justiça”.¹⁵⁸

O filósofo francês louva a disposição e a rebeldia de quem peleja contra a falta de justeza da legislação. Do seu ponto de vista, o justo “é alguém que põe a sua força a serviço do direito, e dos direitos, e que, decretando nele a igualdade de todo homem com todo outro, apesar das desigualdades de fato ou de talentos, que são inúmeras, instaura uma ordem que não existe, mas sem a qual nenhuma ordem jamais poderia nos satisfazer.” Se queremos ser justos, pouco nos importa que outra pessoa e o próprio mundo sejam nossos opositores. Resistimos a eles e repelimos a injustiça, embora sabendo que o combate não termina, pois é permanente. Se o reino da justiça parece distante, não esmorecemos. Todos “já estamos nele só quando nos esforçamos por alcançá-lo. Felizes os famintos por justiça, que nunca serão saciados!”¹⁵⁹

¹⁵⁶ RADBRUCH, Gustav. **Obra citada**, p. 47.

¹⁵⁷ SANDEL, Michael J. **Justiça. O que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 8ª edição. Rio de Janeiro/RJ: Civilização Brasileira, 2012, p. 323.

¹⁵⁸ COMTE-SPONVILLE, André. **Obra citada**, p.75.

¹⁵⁹ COMTE-SPONVILLE, André. **Obra citada**, p. 94-95.

Qualquer ato, inclusive o proveniente da função legislativa, que afronta a liberdade, a igualdade, a solidariedade, ou outro direito fundamental, aparta-se do padrão de justiça aceito na modernidade. Em tais circunstâncias, justificam-se a resistência e o combate, para mudar o curso dos acontecimentos e restaurar o valor supremo da vida coletiva.

Por mais complexo que possa ser o exame a respeito de um ato ou de um comportamento, é possível fazer a correta avaliação. Pode-se descobrir sua justeza ou injustiça por meio da emoção. NÓBREGA defende tal entendimento, alegando que:

(...) Mesmo o homem do povo tem o sentimento claro do que é justo, como sente o encanto de um pôr de sol, a doçura de uma melodia, embora lhe escapem o significado da justiça e da beleza.

A justiça 'é o horizonte na paisagem do direito', horizonte que é ao mesmo tempo um limite para a paisagem e um ponto de referência para apreciá-la. A paisagem é penetrada de horizonte e vive da claridade que dele flui; o direito é encarnação da justiça e só tem vida e sentido quando visto à sua luz.¹⁶⁰

A permanente luta contra as injustiças do mundo vem servindo, ao longo do tempo, para concretizar o direito na sua inesgotável dimensão de "luta dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos." Em tal contexto, Rudolf Von IHERING ressalta que:

(...) O Direito não é uma simples ideia, é uma força viva. Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada, a impotência do direito. Uma completa a outra, e o verdadeiro estado de direito só pode existir quando a justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.¹⁶¹

Todavia, a manipulação da balança deve ser feita com observância das diferenças entre as pessoas presentes numa sociedade plural. O equilíbrio impõe o combate às discriminações, o reconhecimento das particularidades e o respeito às diferenças. Se faltar algum desses ingredientes, não haverá justiça.

Antes de sua dissolução, a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

¹⁶⁰ NÓBREGA, J. Flóscolo. **Obra citada**, p. 49.

¹⁶¹ IHERING, Rudolf von. **A Luta pelo direito**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo/SP: Editora Martin Claret, 2002, p. 27.

interferia numa parte do mundo, enquanto a outra se submetia à influência dos Estados Unidos da América. Naquele tempo da chamada Guerra Fria, as relações entre os povos não era tão intensa, apesar do sempre crescente desenvolvimento das tecnologias de comunicação e informação.

O quadro descrito transformou-se no final do século XX, a partir do desmantelamento do Estado socialista, na versão do comunismo. A queda do império soviético revitalizou o padrão liberal adotado nas sociais democracias e aprofundou as relações entre os povos, produzindo o fenômeno da globalização, com seus processos de integração econômica, social, cultural e política dos países do mundo.

No mundo globalizado, a noção de justiça se alargou. Já não envolve somente as exigências de contenção do poder, para que sejam reprimidos os abusos e assegurados os direitos à vida, à propriedade, à segurança e à liberdade. Nem se contenta apenas com as ações destinadas a assegurar o usufruto dos direitos sociais, que abrigam as peijas fundadas na igualdade dos seres humanos, que reivindicam a proporcional redistribuição dos recursos e das riquezas, de modo a suavizar os sofrimentos das classes mais necessitadas. Vai além e alcança a dimensão da fraternidade. Preocupa-se com as vidas e capacidades de cada pessoa ou grupo de pessoas.¹⁶² Apregoa a responsabilidade dos Estados pelo exercício abusivo de seus poderes.¹⁶³ Acolhe as lutas apoiadas na solidariedade e exige o reconhecimento dos direitos de terceira geração. Afirma as diferenças culturais de parcelas minoritárias da população, que carecem de cuidados especiais. Cuida de repelir as injustiças decorrentes das diferenças entre os seres humanos e de combater, simultaneamente, quaisquer discriminações. Transpõe as barreiras nacionais e a todos integra na sociedade global.¹⁶⁴

¹⁶² “A disabled person can do far less with the same level of income and other primary goods than can an able-bodied human being. Income does less for a person’s freedom or well-being if she is born in a country or a region with wide prevalence of occasional epidemics and regular endemic diseases. The expansion of primary goods is, of course, important, but we have to take into account the variability of the relation between increases in primary goods and the enhancement of basic human freedoms and capabilities.” – SEN, Amartya. **The Idea of Justice**. Journal of Human Development. Vol. 9, nº 3, November 2008, p. 334.

¹⁶³ “If someone has the power to make a change that he or she can see will reduce injustice in the world, then there is a strong social argument for doing just that. (...) it would be a mistake to see capability only as a conception of human advantage, not also as a central concept in human obligation.” – SEN, Amartya. **The Idea of Justice**. Journal of Human Development. Vol. 9, nº 3, November 2008, p. 335/336.

¹⁶⁴ “The underlying conception of justice in the human development approach does not recognize any nacional boundaries about whom to include and whom not.” – SEN, Amartya. **The Idea of Justice**. Journal of Human Development. Vol. 9, nº 3, November 2008, p. 340.

Anota Nancy FRASER¹⁶⁵ que há apenas um aparente antagonismo entre as lutas do movimento socialista, que pleiteiam eliminar ou diminuir as desigualdades entre as pessoas, e as novas lutas patrocinadas por grupos minoritários raciais, étnicos, sexuais, religiosos ou culturais, que demonstram suas diferenças e exigem respeito por suas identidades, proscurendo quaisquer discriminações.

Os justos, presentes nos grupos minoritários, lutam principalmente contra as injustiças decorrentes do não reconhecimento de quem os avalia sem considerar suas diferenças. No entanto, as suas lutas não substituem nem esvaziam os combates dos que pedem mais igualdade, como insinua o neoliberalismo. Pelo contrário, muitas vezes as duas pretensões ajuntam-se no mesmo grupo, como ocorreu com os negros estadunidenses, que precisaram de reconhecimento mediante políticas afirmativas, e necessitaram, igualmente, de redistribuição através de políticas sociais inclusivas.

FRASER destaca, como muita lucidez, a inexistência de antinomia entre as reivindicações por redistribuição das encetadas por reconhecimento. Ao seu sentir, ninguém deve se impressionar com a falácia do argumento neoliberal que sustenta o antagonismo entre as duas posições. Do ponto de vista da pensadora estadunidense, é recomendável olhar a justiça

(...) de modo bifocal, usando duas lentes diferentes simultaneamente. Vista por uma das lentes, a justiça é uma questão de distribuição justa; vista pela outra, é uma questão de reconhecimento recíproco. Cada uma das lentes foca um aspecto importante da justiça social, mas nenhuma por si só basta. A compreensão plena só se torna possível quando se sobrepõem as duas lentes. Quando tal acontece, a justiça surge como um conceito que liga duas dimensões do ordenamento social – a dimensão da distribuição e a dimensão do reconhecimento.¹⁶⁶

Dessa forma, se a injustiça decorre de desigualdades entre classes sociais, se provém de qualquer forma de exploração do trabalhador, o remédio é a luta por uma melhor redistribuição dos recursos sociais e econômicos. Quando a injustiça aparece sob a forma de um falso reconhecimento, que implica na dominação cultural, na falta de aceitação e no desrespeito, impõe-se o combate em prol da revalorização da identidade

¹⁶⁵ FRASER, Nancy. **A Justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação.** Artigo traduzido por Teresa Tavares e publicado na Revista Crítica de Ciências Sociais nº 63, Outubro de 2002, p. 7-20.

¹⁶⁶ FRASER, Nancy. **Obra citada**, p. 11.

desrespeitada, ou do produto cultural do grupo discriminado, visando ao seu reconhecimento e à valorização de sua diversidade. Finalmente, se a injustiça decorre simultaneamente de desigualdades e de falta de reconhecimento, a luta deve se desencadear nas duas frentes. Somente assim se elimina a iniquidade.

Virtude que embeleza a personalidade de quem a cultiva e, ao mesmo tempo, valor supremo incorporado ao Direito a partir da ordem constitucional, a justiça engloba o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, a solidariedade e o reconhecimento. Todos esses valores estão efetivamente integrados no seu conceito.

6.5 Democracia e justiça como valores constitucionais. Aplicação jurisprudencial

A visão a respeito da democracia e da justiça como valores constitucionais do Estado Democrático de Direito é compartilhada pelo Supremo Tribunal Federal. É o explicarei doravante, socorrendo-me de um precedente da mencionada Corte.

ADPF nº 186/DF

O STF julgou improcedente pedido formulado na ADPF nº 186/DF, ajuizada por uma agremiação partidária (Democratas – DEM). A arguição investia contra atos do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão e do Centro de Promoção de Eventos, da Universidade de Brasília (UnB), os quais instituíram um sistema de reserva de 20% (vinte por cento) de vagas no processo de seleção para ingresso de estudantes, com base em critério étnico-racial. O Excelso Pretório entendeu que a ação afirmativa da Universidade é justa e compatível com a ordem constitucional.

Na oportunidade do julgamento, a Corte Constitucional anotou que a nossa experiência com a escravidão, a repressão e o preconceito ensejou uma percepção depreciativa em relação aos grupos de pessoas descendentes de índios nativos e de africanos subjugados.

A escravidão, a repressão e o preconceito são as causas do “reduzido número de negros e pardos que exercem cargos ou funções de relevo”, tanto na vida

pública como na privada. Por conta disso, ganham importância ações afirmativas, como a encetada temporariamente pela UnB.

Figurou como relator do processo o Ministro Ricardo Lewandowski, mas os outros juízes da Corte Constitucional também se manifestaram, tecendo importantes considerações sobre a relevância, a conveniência e a adequação constitucional da política de cotas. Somente por intermédio de ações afirmativas desse jaez, conseguirá a comunidade nacional superar a situação discriminatória, que ainda coloca brasileiros descendentes de índios nativos e de povos provindos da África em posições de inferioridade em relação a seus compatriotas provindos dos colonizadores europeus.

Adensou-se, no julgamento da ADPF nº 186/DF, o princípio fundamental da isonomia (CF: artigo 5º). Perceberam os Ministros que “a garantia jurídica de uma igualdade meramente formal sublima as diferenças entre as pessoas”, não sendo suficiente para evitar que se perpetuem indesejadas situações discriminatórias.

O programa de ação afirmativa da UnB foi admitido pelo STF como “forma de compensar essa discriminação, culturalmente arraigada, não raro praticada de forma inconsciente” e por força de omissões das autoridades.

Entendeu a Corte Constitucional que os critérios objetivos de seleção, tradicionalmente usados em sociedades marcadas por profundos desníveis, acabam consolidando injustiças e distorções. Marginalizam parcelas da população, perpetuam no poder a elite dirigente, aumentam privilégios e afetam a justiça distributiva. Enquanto isso, a metodologia de seleção diferenciada, que a UnB adotou por um período determinado, com base em critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, é uma boa ação afirmativa. Cumpre os propósitos de contribuir para a redução dos preconceitos e desigualdades, concorrendo assim para a construção de uma sociedade mais justa e solidária (CF: artigo 3º, inciso I, III e IV). Além disso, assegura à comunidade acadêmica e à sociedade as vantagens do pluralismo de ideias, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (CF: artigo 1º, inciso V).¹⁶⁷

¹⁶⁷ ADPF nº 186/DF. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento ocorrido nos dias 25 e 26 de abril de 2012. **Informativo STF nº 663**, divulgado no sítio eletrônico www.stf.jus.

CONCLUSÃO

Conjunto de órgãos constitucionais encarregados de aplicar os princípios e regras do ordenamento jurídico, para solucionar os conflitos que surgem no meio social, o Judiciário, por intermédio do Supremo Tribunal Federal, atua como guardião da Constituição da República. Nesta condição, profere decisões nas ações e recursos submetidos à sua apreciação, interpretando e aplicando os textos da Lei Maior.

O ato de interpretar/aplicar sempre conduz à criação da norma de decisão, que implica, algumas vezes, na modificação do sentido tradicionalmente conferido ao texto da Carta Política. Nessas ocasiões, evidencia-se a função constituinte da jurisdição constitucional.

Através da pesquisa no sítio eletrônico www.stf.jus.br, pode o pesquisador encontrar exemplos de deliberações do STF que, sem alterar a redação do texto de um preceito da Constituição, modificam o tradicional significado da norma nele contida. São representativos desse fenômeno os dois casos adiante comentados.

Em repetidos julgamentos, o Pretório Excelso vinha proclamando que o princípio da presunção da inocência, que milita em mercê de quem responde a processo criminal e ainda não sofreu condenação definitiva (inciso LVII do artigo 5º da CF), não obsta a execução provisória da pena imposta mesmo que a decisão condenatória tenha sido impugnada por algum recurso (extraordinário, especial, etc.) desprovido de efeito suspensivo e pendente de apreciação no STJ, ou no STF.¹⁶⁸

A tradicional exegese escorava-se na interpretação sistêmica dos preceitos constitucionais e legais, notadamente o § 2º, do artigo 27, da Lei nº 8.038, de 1990. Prestigiava, inclusive, o princípio da segurança expresso no artigo 5º (*caput*) da Constituição. Porém, o STF resolveu mudar a interpretação do texto constitucional, rompendo com a orientação firmada na tradicional jurisprudência, para adensar a visão garantista em tema criminal. Assim, invocando os problemas da superpopulação carcerária e de falência do sistema penitenciário nacional, o Tribunal passou a entender que é impossível a execução provisória da pena, se ainda estão pendentes de julgamento

¹⁶⁸ Ver HC 85616/AM, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 17.11.2006; e HC 91.675/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 07.12.2007.

os recursos criminais de índole excepcional (especial, extraordinário, etc.) manejados pela defesa de quem ainda não se encontra definitivamente condenado.¹⁶⁹

Outro exemplo bem mais significativo da função constituinte na jurisdição constitucional, aparece no julgamento da ADI nº 4.277/DF, que, sem alteração de texto do § 3º, do artigo 226, da Constituição, reconheceu, para todos os fins de direito, a união estável de pessoas do mesmo sexo, modificando o tradicional conceito de família adotado até então na jurisprudência brasileira.¹⁷⁰

Convém registrar que, em tema de hermenêutica constitucional, há quem defenda a necessidade de a jurisdição constitucional manter-se fiel aos significados tradicionais dos textos da Constituição. Alega-se que não deve o Judiciário invalidar e corrigir as opções do Legislativo, porque estas condutas seriam antidemocráticas. Os membros do Judiciário não são eleitos nem têm, por conseguinte, legitimação para anular leis e atos normativos oriundos de outros poderes, cujos integrantes se submeteram ao processo eleitoral e foram legitimamente selecionados para representar o povo.

A censura não procede. A Constituição usa uma linguagem aberta, ambígua, imprecisa, que impõe a sua exegese. Cabe ao Judiciário, no exercício da função jurisdicional¹⁷¹, interpretar os seus textos, sendo certo que, em qualquer interpretação judicial, cria-se a norma de decisão apta a compor a lide examinada.

Os doutrinadores norte-americanos não hesitam em confessar que “os tribunais criam o direito o tempo todo”¹⁷². Elucidam, contudo, que a criação do Direito, quando se dá no âmbito da jurisdição ordinária, não geram perplexidade porque as decisões ficam “sujeitas à anulação ou à alteração pela lei ordinária”, se o Legislativo discordar da norma de decisão elaborada pelo Judiciário. Todavia, quando advém de um julgamento do Supremo Tribunal Federal a decisão, que anula a lei por inconstitucionalidade ou muda o sentido tradicional de texto da Constituição,

¹⁶⁹ STF: Tribunal Pleno. HC nº 84.078/MG, Relator Ministro Eros Grau, DJe de 26.02.2010.

¹⁷⁰ STF: Tribunal Pleno. ADI nº 4.277/DF, Relator Ministro Ayres Britto, DJe de 14.10.2011.

¹⁷¹ A palavra jurisdição procede de dois termos latinos 'juris' (direito) e 'dictio' dizer. Significa, portanto, dizer o direito.

¹⁷² ELY, John Hart. **DEMOCRACIA E DESCONFIANÇA: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução Juliana Lemos; revisão técnica Alonso Reys Freire; revisão da tradução e texto final Marcelo Brandão Cipolla. 1ª Edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 07.

geralmente causa algum transtorno se o Legislativo dela discorda, pois não há como corrigi-la através do processo legislativo ordinário. A correção somente pode ser feita superando as dificuldades do processo legislativo adotado para aprovação das emendas à Constituição, o qual exige um quorum qualificado para aprovação da mudança no texto constitucional. Seria esse o motivo da increpação formulada pelos que consideram antidemocrática a jurisdição constitucional. Um órgão que não foi eleito e não tem responsabilidade política aventura-se a dizer “aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam.” Haveria alternativa melhor? É o que se deve perguntar. Penso que não, embora concorde com John Hart Ely, quando censura os defensores do “não-interpretacionismo”, porque se escudam em “noções que não podem ser encontradas nem na Constituição nem, obviamente, nas decisões dos poderes políticos”.¹⁷³

Porém, ELY destaca que os críticos da jurisdição constitucional não abordam o problema da maneira mais adequada. Não é correto encarar, como alguns deles fazem, a Corte incumbida da defesa da Lei Magna como se fosse “um simples conselho de controle do legislativo”. O Tribunal Constitucional, que entre nós é o STF, funciona como uma espécie de árbitro encarregado de assegurar a separação e o funcionamento dos poderes num ambiente em que sejam respeitados os ideais de democracia e justiça. Noutras palavras, é um órgão jurisdicional dotado de nítida preocupação processual, atento ao “procedimento por meio do qual são feitas as leis que governam a sociedade”¹⁷⁴; preocupado em garantir a concretização dos ideais de democracia e justiça; consciente de que tais valores não reclamam apenas que se prestigie a vontade da maioria, mas impõem que sejam garantidos os direitos fundamentais de todos – governantes e governados -, inclusive mediante o controle do processo de representação, para que não sejam bloqueados os canais de mudança política nem suprimidas as possibilidades de participação e sobrevivência das minorias.

O chamado “judicial review” ostenta legitimidade democrática se é exercido adequadamente, sem os abusos de um ativismo irresponsável e com a coragem de

¹⁷³ ELY, John Hart. Obra citada. P. 08.

¹⁷⁴ ELY, John Hart. Obra citada. P. 89.

romper com os freios inibitórios da automoderação, quando for necessário a sua atuação para preservar os ideais de democracia e justiça.¹⁷⁵

Submete-se o STF aos limites das cláusulas pétreas explícitas e implícitas na ordem constitucional. O escritor estadunidense identifica essas cláusulas, asseverando:

Numa democracia representativa, as determinações de valor devem ser feitas pelos representantes eleitos; e, se a maioria realmente desaprová-los, poderá destituí-los através do voto. O mau funcionamento ocorre quando o processo não merece nossa confiança, quando (1) os incluídos estão obstruindo os canais da mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se negue explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos.

É óbvio que nossos representantes eleitos são as últimas pessoas a quem devemos confiar a identificação de qualquer uma dessas situações. Os juízes nomeados, no entanto, estão relativamente à margem do sistema governamental e só indiretamente precisam preocupar-se com a permanência no cargo. Isso não lhes dá um canal de acesso especial aos valores genuínos do povo norte-americano: na verdade, pelo contrário, praticamente assegura que não terão esse acesso. No entanto, isso também lhes dá condições de avaliar objetivamente – embora ninguém possa dizer que a avaliação não estará cheia de decisões discricionárias tomadas pelo calor do momento – qualquer reclamação no sentido de que, quer por bloquear os canais de mudança, quer por atuar como cúmplices de uma tirania da maioria, nossos representantes eleitos na verdade não estão representando os interesses daqueles que, pelas normas do sistema, deveriam estar.¹⁷⁶

As reflexões de ELY são aplicáveis ao modelo brasileiro, desenhado numa Constituição analítica e de interpretação mais fácil do que a sucinta Carta dos Estados Unidos da América. Aliás, o Supremo Tribunal Federal tem assumido com destemor o seu papel de Corte Constitucional, defendendo, em suas deliberações, os valores da democracia e da justiça.

Ao dar provimento ao recurso extraordinário em que se defendia a impossibilidade de aplicação da Lei Complementar nº 35 (Lei da Ficha Limpa) nas eleições do ano (2010) de sua promulgação, a nossa Corte Suprema assim se pronunciou:

¹⁷⁵ ELY, John Hart. Obra citada. P. 101.

¹⁷⁶ ELY, John Hart. Obra citada. P. 137.

(...) o princípio da anterioridade eleitoral constitui uma garantia fundamental também destinada a assegurar o próprio exercício do direito de minoria parlamentar em situações nas quais, por razões de conveniência da maioria, o Poder Legislativo pretenda modificar a qualquer tempo, as regras e critérios que regerão o processo eleitoral. A aplicação do princípio da anterioridade não depende de considerações sobre a moralidade da legislação. O art. 16 é uma barreira objetiva contra abusos e desvios da maioria, e dessa forma deve ser aplicado por essa Corte. A proteção das minorias parlamentares exige reflexão acerca do papel da jurisdição constitucional nessa tarefa. A jurisdição constitucional cumpre a sua função quando aplica rigorosamente, sem subterfúgios calcados em considerações subjetivas de moralidade, o princípio da anterioridade eleitoral previsto no art. 16 da Constituição, pois essa norma constitui uma garantia da minoria, portanto, uma barreira contra a atuação sempre ameaçadora da maioria.¹⁷⁷

Através de muitos exemplos práticos, apanhados nas decisões do STJ e do STF, é possível provar a existência da função constituinte na jurisdição constitucional, sublinhando sua submissão aos limites impostos nas cláusulas pétreas de nossa organização política. Não me impressiona o pensamento de quem verbera a atuação da jurisdição constitucional e considera o controle de constitucionalidade afrontoso ao regime democrático. Discordo do ponto de vista. Quando leio a Constituição, vejo que foi do próprio povo, através de seus representantes constituintes, a decisão de entregar ao STF a condição de guarda e intérprete da Constituição.

O poder constituinte derivado e difuso do Pretório Excelso provém de regras constitucionais criadas pela soberania constituinte originária. Para exercitá-lo de modo legítimo, basta que o STF não ultrapasse os limites fixados na Carta, ainda que tenha de mudar o significado das normas constitucionais no indivisível momento de interpretação/aplicação.

Apesar de não serem eleitos pelo povo, os integrantes do STF formam uma aristocracia moral e científica, que recebe autorização para decifrar o sentido dos textos constitucionais, de acordo com os princípios da democracia e da justiça.

Pouco importa que as atribuições da Presidência da República e do Congresso Nacional estejam entregues a escolhidos pelo voto popular. Esta circunstância não fortalece a objeção contraposta à jurisdição constitucional. Não é só o

¹⁷⁷ STF. Pleno. RE 633.703/MG. Relator Ministro Gilmar Mendes. Dje 219. Divulg 17/11/2011. Public. 18/11/2011.

princípio majoritário que informa a democracia. A mencionada forma de governo é também uma ideologia que se assenta “na realização de valores substantivos, na concretização de direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária das pessoas.” BARROSO memora isso, explicitando que “a tutela destes valores, direitos e procedimentos é o fundamento da legitimidade da jurisdição constitucional.”¹⁷⁸

Não há e nunca houve Estado completamente amoldado à forma democrática de governo. As Potências mais estáveis são as que adotam um modelo misto de governo, como acontece com a República Federativa do Brasil. Ao recordar os argumentos dos que rebatem a crítica à jurisdição constitucional, assinala George BURDEAU que as decisões judiciais declaratórias de inconstitucionalidade são passíveis de reforma por meio de emendas ao texto da Lei Fundamental. Essa possibilidade revela o caráter democrático do “judicial review”, pois os juízes constitucionais ficam sempre submissos ao poder constituinte revisional, que representa a soberania.

Certas disposições da Carta estão a salvo de alteração pelo poder constituinte derivado. Dentro desta concepção, recorda-se que o Tribunal Constitucional pode controlar a compatibilidade das emendas em face dos princípios supraconstitucionais.⁶⁹ Apesar disso, afirma-se, em defesa da natureza democrática do “judicial review”, que o regime representativo é uma forma de democracia que não se subordina apenas ao poder da maioria, pressupondo, igualmente, que se assegurem os direitos fundamentais da minoria, de modo a se evitar o seu amordaçamento ou a sua eliminação. Na democracia, é preciso garantir ao grupo minoritário o usufruto das liberdades e as possibilidades de utilização dos meios necessários para que se torne

¹⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 414.

⁶⁹ “(...) les décisions du juge constitutionnel peuvent toujours être réformées au moyen d'une révision de la constitution. Cette possibilité révélerait bien le caractère démocratique du contrôle de constitutionnalité, parce qu'il manifeste la subordination du juge constitutionnel au pouvoir constituant, qui représente le souverain. Mais, cette justification du contrôle s'effondre si l'on admet l'idée, conformément à la doctrine de la supra-constitutionnalité, que certaines dispositions constitutionnelles échappent au pouvoir constituant derive et que les cours constitutionnelles peuvent contrôler la conformité des lois de revision à des principes supra-constitutionnels” - BURDEAU, Georges. **Manuel – Droit Constitutionnel**. 24^a édition. Revue e mise à jour par Francis Hamon e Michel Troper. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A.: Paris, 1995, p. 72.

majoritário algum dia. Nesta perspectiva, o controle de constitucionalidade e a mutação constitucional ostentam natureza democrática, sendo instrumentos de proteção dos direitos fundamentais, especialmente das minorias.⁷⁰

Em objeção aos argumentos até agora desenvolvidos, alega-se que a ofensa à Constituição não se equipara a um fato objetivo, facilmente constatável pelo Judiciário para invalidar a norma constitucional. Pelo contrário, a sua verificação sempre pressupõe a demarcação do sentido do dispositivo malferido da Lei Maior, geralmente redigido de modo vago e ambíguo, a demandar uma prévia e dificultosa interpretação por parte dos magistrados. Assim, a instituição do “judicial review” seria, portanto, antidemocrática, pois subordinaria a soberania popular à vontade do órgão controlador, criando um governo de juízes.

A objeção não resiste às modernas teorias da hermenêutica, que afirmam não depender a interpretação da livre vontade dos julgadores. O juiz constitucional, como intérprete e aplicador da norma, deve sempre se conduzir em harmonia com os princípios e regras da própria Constituição. É a Lei Maior o repositório dos paradigmas que orientam a organização do Estado Moderno, na sua conformação de Estado Democrático de Direito, voltado para a realização do bem comum, num ambiente democrático, onde funciona a Jurisdição Constitucional como mecanismo eficiente de proteção dos direitos e garantias fundamentais.

A Constituição, assinala Ney de Barros BELLO FILHO, “é a fusão do texto com a realidade”, formando um sistema aberto, porque representa a inserção de “de dois planos teóricos: o político e o jurídico. Ambos se interpolam no espaço constitucional, pois é aqui que há a juridicização do político e a politização do jurídico.”¹⁷⁹ Essa simbiose entre o político e o jurídico valida e legitima a atuação da jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ainda quando realiza a mutação constitucional, adaptando os textos da Lei Maior às realidades do tempo presente.

⁷⁰ “(...) on admet que démocratie représentative est une forme de démocratie, mais eel ne se réduit pás au seul pouvoir de la majorité, que ne serait que le pouvoir de la force. Elle consiste aussi dans le garanties de la minorité, que ne doit pas éter oprime para la majorité et que doit disposer des libertés lui permettant d'espérer devenir in jour majorité. Le contrôle de constitutionnalité est ainsi l'instrument de la protection de la minorité.” - BURDEAU, George. Obra citada. P. 72.

¹⁷⁹ BELLO FILHO, Ney de Barros. **SISTEMA CONSTITUCIONAL ABERTO**. Belo Horizonte/MG: Del Rey, 2003, p. 25.

BIBLIOGRAFIA

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Organização de Ernesto Garzón Valdés et al. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- ABBOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- ARISTÓTELES. **Política**. Tradução, introdução e notas de Mário Gama Kury. 3ª edição. Brasília/DF: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à Ciência Política**. 17ª edição. São Paulo: Globo, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BELLO FILHO, Ney de Barros. **SISTEMA CONSTITUCIONAL ABERTO**. Belo Horizonte/MG: Del Rey, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. Tradução de Sérgio Bath. 10ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**/Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 8ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BURDEAU, Georges. **Manuel – Droit Constitutionnel**. 24ª édition. Revue e mise à jour par Francis Hamon e Michel Troper. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A.: Paris, 1995.
- CHINOY, Ely. **Sociedade. Uma Introdução à Sociologia**. 19ª edição. São Paulo: Editora Cultrix, 1993, p. 254.
- CASTRO, Iná Elias de. **Geografia e Política. Território, escalas de ação e instituições**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.
- CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 6ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1989.

CIARLINI, Alvaro Luis de Araújo. **O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição**. Brasília: UnB [dissertação de mestrado], 2007.

COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno Tratado das Grandes Virtudes**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2010.

CORRÊA, Oscar Dias. **O Estado Democrático na Constituição de 1988**. In: **Estudos de Direito Político-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

Constituição Federal e leis federais.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leite Rios. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELY, John Hart. **DEMOCRACIA E DESCONFIANÇA: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução Juliana Lemos; revisão técnica Alonso Reys Freire; revisão da tradução e texto final Marcelo Brandão Cipolla. 1ª Edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação**. 4ª edição. São Paulo/SP: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 36ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1985.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

FRASER, Nancy. **A Justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação**. Artigo traduzido por Teresa Tavares e publicado na Revista Crítica de Ciências Sociais nº 63, Outubro de 2002, p. 7-20.

FRIEDMAN, Lawrence Meir. **American Law**. New York/NY: W. W. Norton & Company, 1984.

FUX, Luiz. **Jurisdição constitucional: democracia e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método**. Volume I. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão e tradução de Enio Paulo Giachini. 11. ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – entre Faticidade e Validade**. Volume 1. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001, p. 15 e 131.
- HERING, Rudolf von. **A Luta pelo direito**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo/SP: Editora Martin Claret, 2002.
- JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000 (primera edición em español), 2004 (segunda reimpresión).
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução com introdução e notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo/SP: Discurso Editorial, 2009.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução do francês feita por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão técnica de Péricles Prado. São Paulo/SP: Martins Fontes; Brasília: Universidade de Brasília, 1990.
- LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Princípio da Precaução no Direito Brasileiro e no Direito Internacional Comparado**. Artigo publicado no livro **Princípio da Precaução**, organizado por VARELLA (Marcelo Dias) e PLATIAU (Ana Flávia Barros). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução de Olívia Bauduh. In: **Os Pensadores – MAQUIAVEL**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2004.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio – “Discorsi”**. Tradução de Sérgio Bath. 5ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.
- MARCONI, Marina de Andrade; **Metodologia Científica - Para o curso de Direito**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 15-16.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – Comentários à Lei n. 9.868/99**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**/Paulo Gustavo Gonet Branco. 8ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Jean Melville. Revisão de Rosana Citino e Saulo Krieger. 2ª reimpressão. São Paulo: Editora Martin Claret, 2010.

- NÓBREGA, J. Flóscolo da. **Introdução ao Direito. O direito como princípio. O direito como norma. O direito como poder. O direito como garantia.** 8ª edição revista e atualizada. João Pessoa/PB: Edições Linha d'Água, 2007.
- PEREIRA, Eitel Santiago de Brito. **Política, Ética e Estado.** João Pessoa: Ideia, 2010.
- POPPER, Karl R. **As Origens do Conhecimento e da Ignorância.** In: **Conjecturas e refutações. O progresso do conhecimento científico.** Tradução de Sérgio Bath. 5ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.
- RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito.** Tradução Marlene Holzhausen. Revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 2º Volume. 7ª edição revista. São Paulo: Saraiva SA livreiros editores, 1975, p. 385.
- REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público.** 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social – Princípios de Direito Político.** São Paulo: 1999.
- SANDEL, Michael J. **Justiça. O que é fazer a coisa certa.** Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 8ª edição. Rio de Janeiro/RJ: Civilização Brasileira, 2012.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 19ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2001.
- SIEYÉS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa. Que é o Terceiro Estado?** Organização e introdução de Aurélio Wander Bastos. Prefácio de José Ribas Vieira. Tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1988.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2005.
- WEBER, Max. **Economia e Sociedade. Fundamentos da Sociologia compreensiva.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, 2009 (reimpressão).