

UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO
FACULDADE DE DIREITO “LAUDO DE CAMARGO”
MESTRADO EM DIREITO

JOSÉ CARLOS TRINCA ZANETTI

A CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL, O ATIVISMO JUDICIAL E
A TUTELA COLETIVA

Ribeirão Preto

2010

JOSÉ CARLOS TRINCA ZANETTI

**A CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL, O ATIVISMO
JUDICIAL E A TUTELA COLETIVA**

Dissertação apresentada à Universidade de Ribeirão Preto UNAERP, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Direitos Coletivos e Função Social do Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Cristina Vidotte
Blanco Tárrega

Ribeirão Preto

2010

Zanetti, José Carlos Trinca, 1981 -
Z28c Concretização constitucional, o ativismo judicial e a tutela
coletiva, A. / José Carlos Trinca Zanetti. -- Ribeirão Preto, 2010.

195 f.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,
UNAERP, Direito, área de concentração: Direitos coletivos,
Cidadania e Função social do direito. Ribeirão Preto, 2010.

1. Direito. 2. Direito constitucional. 3. Poder judiciário e questões
políticas. 4. Jurisdição. I. Título.

CDD: 341.2

JOSÉ CARLOS TRINCA ZANETTI

**A CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL, O ATIVISMO JUDICIAL E
A TUTELA COLETIVA**

Dissertação apresentada à Universidade de
Ribeirão Preto - UNAERP, como requisito
para a obtenção do título de Mestre em
Direito.

Área de Concentração: Direitos Coletivos, Cidadania e Função Social do Direito.

Data da defesa: 18 de maio de 2010.

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Profa. Dra. Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega
UNAERP - Universidade de Ribeirão Preto

Prof. Dr. Alexandre Bernardino Costa
Universidade de Brasília

Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

Dedicatória

Dedico este trabalho aos *meus pais* pela luta constante, pelo exemplo de vida, pelo amor e dedicação na minha formação. *Pai e mãe* vocês são amáveis, adoráveis.
Terão minha eterna gratidão, respeito e dedicação.
Eu sou simplesmente reflexo do fruto do amor de vocês.
Agradeço a *minha irmã, cunhado e linda sobrinha*, pessoas que sempre estão me apoiando e dando força.
E por fim, a *minha noiva* que com muito calma e zelo me amparou nos momentos difíceis, nas incertezas, nos desabafos, no cansaço gerado em razão da confecção deste trabalho.
Amo muito *você*.

Agradecimentos

Momento oportuno para reconhecer a importante participação de *pessoas tão especiais* no desenvolvimento do presente trabalho, atribuindo valor àqueles que, muitas vezes, foram os verdadeiros impulsionadores da pesquisa. Sem *eles*, certamente, nem a metade do trabalho realizado seria possível. Primeiramente, quero agradecer a *Deus* pela dádiva da vida. *Aquele* que, nos momentos mais difíceis, esteve sempre presente ao meu lado, dando forças para continuar buscando o conhecimento. Grato profundamente também a *Profa. Dra. Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega*, orientadora e exemplo de profissional, que sempre esteve à disposição para a construção das idéias contidas neste estudo, a quem hoje tenho como modelo de conduta no desempenho da profissão. Em especial, agradecer ao meu grande amigo *Prof. Marco Antônio Geiger França Correa*, pela oportunidade e incentivo à carreira acadêmica e pelas valiosas dicas na construção da dissertação e da minha vida profissional. Certamente, a amizade desenvolvida nestes anos de trabalho serviu não somente para demonstrar nossa identificação profissional e acadêmica, mas também para nos unir como irmãos em torno de ideais e projetos. Muito obrigado. A minha amiga *Profa. Volneida Costa* que participou da minha formação profissional e prontamente atendeu todas as solicitações e pedidos relacionados à confecção do trabalho. Agradecimento ao *Prof. Dr. José Querino Tavares Neto* pelas fantásticas aulas proferidas no Curso de Mestrado da Unaerp, a riqueza de conteúdo foram imprescindíveis para a realização do trabalho.

RESUMO

A presente dissertação visa analisar teoricamente a queda do positivismo e o surgimento do neopositivismo, corrente filosófica a qual se assenta o neoconstitucionalismo. Partindo dos ideais neoconstitucionalistas pretende-se apresentar um novo conceito de constituição interligado a sua força normativa, tudo para demonstrar que as normas constitucionais que expressam valores importantes para uma sociedade possuem força normativa precisando ser concretizados. Fala-se então de concretização constitucional por intermédio das ações coletivas. No entanto, a referida concretização instrumentalizada pelas ações coletivas acaba por engendrar o que se tem denominado de judicialização da política e o próprio ativismo judicial, em outros termos, destaca-se o protagonismo do Poder Judiciário com a expansão da jurisdição constitucional. Ao mesmo tempo aparecem inúmeras críticas a respeito, basicamente demonstrando que o protagonismo do Poder Judiciário é antidemocrático. Para combater tais argumentos apresenta-se um conceito remodelado de democracia no paradigma constitucional do Estado democrático de direito, aprofundando-se no estudo da teoria da separação de poderes e da legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Ademais, verifica-se a atuação do Poder Judiciário nos paradigmas constitucionais, estabelecendo uma relação com as perspectivas de atuação judicial formalista, substancialista e procedimentalista, identificando-as, respectivamente, com o paradigma constitucional do Estado liberal, do Estado social e do Estado democrático de direito. Após delimita-se o trabalho a demonstrar uma nova hermenêutica jurídica capaz de legitimar a expansão da jurisdição constitucional (protagonismo do Judiciário) veiculada pelas ações coletivas na busca pela concretização constitucional.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Força Normativa da Constituição. Concretização Constitucional. Ativismo Judicial. Estado Democrático de Direito. Expansão da Jurisdição Constitucional. Democracia Participativa. Teoria da Separação.

ABSTRACT

Title: Constitutional materialization, judicial activism and collective protection

The present work aims at theoretically analysing the downfall of positivism and the emergence of neopositivism, philosophical current in which neoconstitucionalism is found. From the neoconstitucionalist ideals this work intends to show a new concept of constitution linked to the normative strength to demonstrate that the constitutional rules which express important values to the society need to materialize its normative strength. The constitutional materialization through collective actions is then mentioned. However, such materialization through collective actions ends up generating political judicialization and judicial activism, in other words it highlights the protagonism of the Judicial Power after the expansion of constitutional jurisdiction. At the same time, there are many reviews about the subject, basically showing that the protagonism of the Judicial Power is antidemocratic. And to fight such arguments it is offered a refashioned concept of democracy in the constitutional paradigm of the democratic state of right, deepening in the study of the theory of power separation and democratic legitimacy of constitutional jurisdiction. Furthermore, it evaluates the performance of the Judicial Power in the constitutional paradigms, establishing relation with the judicial formalism, judicial substancialism and judicial procedimentalism, respectively identified to the Liberal State, the Social State and the Democratic State of right. At last, this work has the purpose to demonstrate a new juridical hermeneutics able to legitimate the expansion of the constitutional jurisdiction (Judicial protagonism) conducted by collective actions in the search for constitutional materialization.

keywords: Neoconstitucionalism. Normative strength of constitution – Constitutional materialization. Judicial activism. Democratic state of right. Expansion of constitutional jurisdiction. Participatory democracy. Theory of separation of power.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO	15
1.1 OS DIREITOS DOS POVOS SEM ESCRITA E O PENSAMENTO JURÍDICO NA ANTIGUIDADE	15
1.2 O PENSAMENTO JURÍDICO NA IDADE MÉDIA.....	19
1.3 O PENSAMENTO JURÍDICO NA IDADE MODERNA.....	23
1.4 O PENSAMENTO JURÍDICO NA IDADE CONTEMPORÂNEA – CONSTITUCIONALISMO, SUAS TRANSFORMAÇÕES E VERTENTE ATUAIS.....	32
1.5 AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO POSITIVISMO JURÍDICO	45
1.6 AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO NEOPOSITIVISMO	50
2 OS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS: UMA ANÁLISE DAS PERSPECTIVAS FORMAL, SUBSTANCIAL E PROCEDIMENTAL	62
2.1 FASE FORMALISTA.....	62
2.2 FASE SUBSTANCIALISTA	65
2.3 FASE PROCEDIMENTAL.....	73
2.4.1 Conceito de Neoconstitucionalismo	81
2.4.2 Conceito moderno de Constituição e força normativa da Constituição	88
3. DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS E SUAS GARANTIAS – AÇÕES COLETIVAS	94
3.1 DIREITOS COLETIVOS <i>LATO SENSU</i>	101
3.2 DIREITOS DIFUSOS	103
3.3 DIREITOS COLETIVOS <i>STRICTO SENSU</i>	104
3.4 DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	105
3.5 SURGIMENTO DAS AÇÕES COLETIVAS.....	106
3.6 MODELOS DE AÇÕES COLETIVAS	112

3.7 FUNDAMENTOS E OBJETIVOS DAS AÇÕES COLETIVAS.....	113
3.8 CONCEITO DE AÇÃO COLETIVA	115
3.9 ANÁLISE CRÍTICA DAS AÇÕES COLETIVAS.....	117
4 EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A LEGITIMAÇÃO DAS AÇÕES COLETIVAS COMO INSTRUMENTOS DA CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL	125
4.1 O CONCEITO DE DEMOCRACIA NO PARADIGMA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	126
4.2 A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO REFLEXO DA CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA.....	133
4.3 A RECONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	138
4.4 DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	145
4.5 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA A PARTIR DAS AÇÕES COLETIVAS E O ATIVISMO JUDICIAL NAS AÇÕES COLETIVAS	149
4.6 UMA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL LEGITIMADORA DA CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL POR MEIO DAS AÇÕES COLETIVAS	160
4.7 A NOVA HERMENÊUTICA HARBELIANA COMO FONTE LEGITIMADORA DA EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL POR MEIO DAS AÇÕES COLETIVAS NA CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL	162
CONCLUSÃO.....	173
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	180

INTRODUÇÃO

É perceptível que hoje existe uma grande tensão entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo e Executivo. Isso é reflexo da crise social que passa a sociedade na busca, incansavelmente, da efetivação dos direitos sociais expressos na Constituição Federal, através das ações coletivas, demandando, assim, por prestações positivas do Estado. Com observação ao princípio da dignidade da pessoa humana, efetivação dos direitos sociais, mencionados na Constituição Federal, cada vez mais se verifica uma cobrança mais efetiva do Poder Judiciário na busca da concretização dos valores constitucionais, por meio das ações coletivas.

A renovada supremacia da Constituição vai além do controle de constitucionalidade e da tutela mais eficaz da esfera individual de liberdade. Com as Constituições democráticas do século XX assume um lugar de destaque outro aspecto, qual seja, o da Constituição como norma diretiva fundamental, que dirige aos poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização dos valores constitucionais (direitos sociais, direito à educação, etc).

O caráter inovador assumido pelo constitucionalismo tem influído determinados aspectos implícitos na constitucionalização do Direito. Assim, cabe citar três aspectos: um material, um estrutural e outro político. Pelo aspecto material da constitucionalização, o Direito adquiriu uma forte carga axiológica, assumindo fundamental importância a materialidade da Constituição. No aspecto funcional há um efeito de irradiação provocado pelos princípios, na medida em que toda interpretação se submete aos princípios. Dentro do aspecto político, a consequência mais importante tem sido a acentuada transferência do protagonismo do Poder Legislativo em direção à Justiça Constitucional.

Ademais, quando a política passa a ser vista com lentes do Direito, surge o que se tem denominado de judicialização da política e o ativismo judicial. Isso permite a reflexão em torno de algumas questões, quais sejam: Será que os ideais neoconstitucionalistas proporcionam o protagonismo do Poder Judiciário? A judicialização da política transfere a soberania do povo para os juízes? Os reflexos da judicialização da política no que tange a

efetividade das ações coletivas são positivos ou negativos? É necessário impor limites ao protagonismo do judiciário? Como legitimar o protagonismo do Poder Judiciário e impedir o temido governo dos juízes? A judicialização da política e o ativismo violam o princípio da separação dos poderes? A judicialização da política e o ativismo judicial ensejado pelas ações coletivas proporcionam na prática a concretização dos valores constitucionais?

Tais indagações motivaram a realização do presente trabalho, que em seis capítulos, com o devido aprofundamento teórico, procura-se apresentar respostas com base nos ensinamentos de Ronald Dworkin, do procedimentalismo de Habermas, apresentando também a sociedade aberta dos intérpretes de Peter Harbele, tudo interligado a uma hermenêutica legitimadora da expansão da jurisdição constitucional pelo protagonismo do Poder Judiciário.

No segundo capítulo a pretensão é a realização de um estudo conjunto acerca da evolução do pensamento jurídico ligando a evolução do conceito de Estado. Para isso, inicialmente faz-se uma reflexão a respeito do direito dos povos sem escrita e do pensamento jurídico na antiguidade, passando para o pensamento jurídico na Idade Média, Moderna e Contemporânea. Visando contextualizar o declínio do positivismo e o surgimento do neopositivismo a qual se assenta o neoconstitucionalismo, passa-se a elencar as principais características do positivismo jurídico e também do neopositivismo com o intuito de demonstrar uma nova forma de interpretação do Direito.

Em relação ao terceiro capítulo ganha importância a análise do desenvolvimento da atividade judicial nos paradigmas do constitucionalismo moderno. É preciso entender que a atividade judicial, assim como o próprio constitucionalismo e os direitos fundamentais, nem sempre foram concebidos da mesma maneira, tendo evoluído juntamente com o próprio progresso do direito. Pretende, assim, o presente capítulo fazer uma retrospectiva da atuação judicial nos paradigmas constitucionais modernos, no intuito de se clarear como o Poder Judiciário, no paradigma atual, pode exercer suas funções constitucionais de controle dos demais poderes na busca de afirmação dos direitos fundamentais para a concretização constitucional.

Para tanto, o estudo se propõe a fazer uma análise de três perspectivas constitucionais: a formalista, a substancialista e a procedimentalista. Estas perspectivas, certamente,

encontram embasamento em três paradigmas constitucionais: o liberal, o social e o democrático.

Durante o desenvolvimento do capítulo, poderá ser constatada uma busca pela apresentação de uma ligação entre essas perspectivas de atuação judicial e os paradigmas constitucionais, por se entender que a forma com que o Poder Judiciário desenvolve suas atividades encontra bastante identificação com o referencial constitucional vigente em certo período histórico.

O que não se pode perder no horizonte é que, de uma forma ou de outra, a razão de ser do próprio Estado e de todo o constitucionalismo moderno é a afirmação dos direitos fundamentais (individuais e coletivos). Consequentemente apresenta-se o conceito de neoconstitucionalismo, apontando inúmeras modificações, tais como, reconhecimento da força normativa dos princípios e sua valorização no processo de aplicação do direito, constitucionalização do direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, reaproximação do direito e a moral e judicialização da política com protagonismo do Poder Judiciário, dentre outras. Na verdade o neoconstitucionalismo possui como parâmetro um novo conceito de Constituição, ou seja, o modelo axiológico de Constituição como norma, que atribui valor intrínseco ao conteúdo das normas constitucionais. O intuito é apontar um novo conceito de Constituição demonstrando especificamente a sua força normativa.

No quarto capítulo, antes de estudar a expansão da jurisdição constitucional e uma nova hermenêutica legitimadora do protagonismo do Poder Judiciário, analisa-se os direitos difusos e coletivos e suas garantias – ações coletivas. No referido capítulo é demonstrado aspectos gerais dos direitos coletivos (fundamentos e objetivos das ações coletivas e apresentação de um conceito amplo de ações coletivas), verificando que dentro da base teórica do neoconstitucionalismo as ações coletivas funcionam como instrumentos da concretização constitucional. É apresentado desde logo a discussão voltada à inferior consistência jurídica ou não das normas programáticas. Por último, realizando uma leitura crítica das ações coletivas, objetiva-se demonstrar, com base na pesquisa de Ana Cristina Bandeira Lins que as ações coletivas na prática não apresentam a esperada efetividade e devida concretização constitucional.

Através de um relatório a autora sintetiza o resultado de sua pesquisa (a qual iremos nos ater) realizada com o apoio da Escola Superior do Ministério Público da União, que abrangeu o cadastramento das ações coletivas em trâmite na Subseção Judiciária de São Paulo da Justiça Federal, bem como a produção de relatório sobre o trâmite e o êxito das ações. A proposta da pesquisa originou-se a partir da atuação da Excelentíssima Senhora Subprocuradora-Geral da República, Dra. Maria Caetana Cintra Santos, como representante do Ministério Público Federal (MPF) no Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), criado pela Lei 7.347/85 e atualmente disciplinado pela Lei 9.008/95. A pesquisa levantou várias hipóteses, quais sejam: são propostas ações civis públicas? Há pedido de destinação de recursos ao FDD? Os pedidos são julgados procedentes? Qual o tempo médio de processamento destas ações? São promovidas execuções pelos legitimados? Os recursos chegam ao FDD?

No quinto capítulo a intenção é abordar a expansão da jurisdição constitucional e a legitimação das ações coletivas como instrumentos da concretização constitucional. É que a nova onda constitucional trouxe o paradigma da Constituição e não a supremacia da lei. A expansão da jurisdição constitucional, nada mais é do que uma consequência das ideias neoconstitucionalistas e de outros fatores, como por exemplo, queda do positivismo jurídico e crise da democracia representativa.

Com a atuação proativa do judiciário brasileiro, as decisões proferidas, em sua maioria, foram necessárias e responderam às questões, de repercussão coletiva, que lhe foram submetidas. A atuação intervencionista do Poder Judiciário é fenômeno inerente à maioria das nações e, em todas elas, procura-se tencionar os pólos opostos do ativismo e da autocontenção, a fim de preservar a separação entre os poderes, o processo eleitoral, a democracia e o constitucionalismo.

No Brasil, essa tendência mundial de equilíbrio também precisa ser seguida. A constatação de que a postura ativista tem sido antes uma garantia para a democracia do que um risco, não deixa de impor limites à atuação do Poder Judiciário. Por isso, as críticas surgidas em face do ativismo são justamente no sentido de não abrir demais o campo de atuação de um Poder e, simultaneamente, fechá-lo para os demais.

Em que pese as consideração acima, há que se ponderar, na atualidade, que não se pode conceber um Estado Democrático de Direito sem uma justiça constitucional. A justiça constitucional é condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito, ainda mais, quando se entende que as normas constitucionais são dotadas de eficácia.

O Estado Democrático de Direito assenta-se em dois pilares: a democracia e os direitos fundamentais. Não há democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais-sociais, e não há direitos fundamentais-sociais, sem democracia.

Á evidência, é inexorável que ocorra um certo tensionamento entre os Poderes do Estado a partir da seguinte equação: de um lado, um texto constitucional fruto de um pacto constituinte forjado da tradição do segundo pós-guerra estipulando e apontando a necessidade da realização dos Direitos Fundamentais; de outro a difícil convivência entre os Poderes do Estado, eleitos (Executivo e Legislativo) por maiorias nem sempre concordantes com os ditames constitucionais.

Esse tensionamento assume contornos mais graves quando o sistema se depara com decisões do Poder Judiciário que judicializam a política, como é o caso de sentenças que determinam a inclusão/criação de vagas em escolas públicas, fornecimento de remédios, o problema das ocupações de terras improdutivas por movimentos sociais – função social da propriedade.

Em razão do que foi exposto busca-se apresentar o conceito de democracia no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, na perspectiva de que não há efetiva democracia sem a observância e concretização dos direitos fundamentais (individuais e coletivos), ainda mais quando se fala na atualidade da evidente crise da democracia representativa. Qual seria a saída, a democracia participativa?

Ademais não seria possível deixar de estudar a reconstrução da separação de poderes no Estado Democrático de Direito e da própria legitimidade da jurisdição constitucional. Será que hoje existe uma releitura da teoria da separação de poderes a partir da concretização constitucional e da força normativa da constituição?

Ora, quando se fala em Poder Judiciário mais participativo ocupando posição central na história do país e decidindo questões de larga relevância social e política, inclusive as que deveriam ser resolvidas no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, chega-se, em termos gerais, ao que se tem denominado como a judicialização da política. Com isso, passa-se a delinear uma discussão a respeito da diferença ou não entre judicialização da política e ativismo judicial.

Partindo da premissa que as ações coletivas, com base teórica neoconstitucionalista, servem como instrumentos para concretização constitucional e em razão tem aumentado o número de ações perante o judiciário para viabilizar os direitos sociais, gerando seu protagonismo, a proposta é analisar uma nova hermenêutica constitucional legitimadora da concretização constitucional por meio das ações coletivas, especificamente a nova hermenêutica harbeliana.

Para Harbele como destinatários e autores do seu próprio Direito, os cidadãos devem poder participar e ter voz ativa nos processos de interpretação constitucional (cidadania procedimentalmente ativa).

Mesmo que na prática os dados apontam pela inefetividade das ações coletivas na concretização constitucional, o que não deveria acontecer, o estudo da referida hermenêutica se faz muito importante, pois a intenção é legitimar a expansão da jurisdição constitucional pelas ações coletivas, algo que não pode negar.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO

O estudo da evolução do pensamento jurídico é amplo e complexo se analisado em todos os seus possíveis detalhes. O trabalho não pretende em momento algum exaurir o tema, mas apontar considerações gerais sobre a relação entre a evolução do pensamento jurídico e as transformações no plano do Direito e do Estado e, mesmo assim, no contexto do que seja importante para as reflexões a serem desenvolvidas no decorrer da pesquisa, acerca do declínio do positivismo e o surgimento do neopositivismo, que vai embasar o neoconstitucionalismo, possibilitando uma nova interpretação do Direito.

Caberá aqui demonstrar que a evolução do pensamento jurídico visa compreender como é que o direito atual se formou e desenvolveu, bem como de que maneira evoluiu no decurso dos séculos. Em termos didáticos será feito uma análise geral, dividindo-se os períodos da história em que aconteceram transformações significativas no campo do Direito e do Estado.

Dessa forma, divide-se a evolução do pensamento jurídico em quatro tópicos, quais sejam, o direito dos povos sem escrita e o pensamento jurídico na antiguidade; o pensamento jurídico na Idade Média; o pensamento jurídico na Idade Moderna e o pensamento jurídico na Idade Contemporânea.

1.1 O DIREITO DOS POVOS SEM ESCRITA DA PRÉ-HISTÓRIA E O PENSAMENTO JURÍDICO NA ANTIGUIDADE

Ao analisar propriamente o pensamento jurídico no período mencionado, será feita uma reflexão sumariíssima acerca da história do direito para depois se conciliar o pensamento jurídico correspondente. Não se pode estudar a história do direito senão a partir da época em relação à qual remontam os mais antigos documentos escritos conservados. Esta época é

diferente para cada povo, para cada civilização. É preciso, portanto, distinguir a pré-histórica do direito e a história do direito, distinção que repousa no conhecimento ou não da escrita. O aparecimento da escrita e, em consequência, dos primeiros textos jurídicos situa-se em épocas diferentes para as diversas civilizações, assim, para os Egípcios, a transição data de cerca de 28 ou 27 séculos antes da nossa era; para os Romanos, cerca dos séculos VI ou V antes da nossa era; para os Germanos, do século V da nossa era; para certos povos da Austrália, da Amazônia, da Papuásia, da África Central, data do século XIX ou mesmo do século XX. (GILISSEN, 2003, p. 31).

Antes do período histórico, cada povo já tinha, no entanto, percorrido uma longa evolução jurídica. Esta pré-histórica do direito escapa quase inteiramente ao nosso conhecimento; pois se os vestígios deixados pelos povos pré-históricos permitem ao especialista reconstruir, é certo que de uma maneira muito aproximativa a evolução militar, social, econômica dos grupos sociais antes da sua entrada na história, estes mesmos vestígios não podem de forma alguma fornecer indicações úteis para o estudo das suas instituições.

No início do presente capítulo foi utilizada a terminologia direitos dos povos sem escrita da pré-histórica para identificar o período correspondente, já que as expressões direitos primitivos e direitos arcaicos não são adequadas. É que numerosos povos, ainda na atualidade, vivem de acordo com direitos denominados por alguns de “arcaicos” ou “primitivos”. Como exemplo, pode-se citar os aborígenes da Austrália ou da Nova Guiné, dos Povos da Papuásia ou de Bonéu, de certos povos índios da Amazônia aqui no Brasil.

É o que defende John Gilissen (2003, p. 33):

Durante muito tempo deu-se o nome de direitos primitivos aos sistemas jurídicos dos povos sem escrita. Esta expressão não é de modo algum adequada, pois numerosos povos conheceram uma longa evolução da sua vida social e jurídica sem terem atingido o estado cultural da escrita; tal foi o caso, por exemplo, dos Maias e dos Incas na América. A maior parte dos povos cuja vida social se pode hoje observar ou se pôde observar no decurso do século XIX já não são primitivos. Emprega-se também a expressão direitos consuetudinários para designar estes sistemas jurídicos, porque o costume é neles a principal fonte do direito. Já a expressão direitos arcaicos é mais vasta que direitos primitivos porque ela permite cobrir sistemas sociais e jurídicos de níveis muito diferentes na evolução geral do direito. Embora não a afastando de todo, preferimos-lhe a expressão direitos dos povos sem escrita, o que acentua o que distinguir mais nitidamente este sistema jurídico de outros, ou seja, a ignorância da escrita; mas não se pode perder de vista que o nível da evolução jurídica de certos povos que se servem da escrita pode ser menos desenvolvido do que o de certos povos sem escrita.

Neste período o direito existia simplesmente, nas sagas, nos contos, nos ritos, nos hábitos, nos mitos dos homens. É certo que o homem arcaico procurava explicar o mundo, mas suas respostas não provinham de um penetrar na estrutura do cosmo, elas não evidenciavam quaisquer regularidades nos acontecimentos.

Esta visão mitológica do mundo colocava o homem arcaico num estado de desamparo face aos acontecimentos elementares que se passavam à sua volta e nele próprio. Céu e terra, doença e guerras, vida e morte eram para ele forças míticas, sombrias. Assim, os acontecimentos eram explicados com recurso ao mito e era justamente no mito que buscavam fundamentação para o Direito. O homem arcaico sentia-se atirado a um mundo que não compreendia e o medo de existir acompanhava-o constantemente.

A alteração de paradigma ocorre a partir do momento em que o ser humano, impulsionado pelo sentimento de abandono em relação ao seu próprio destino, passou a procurar apoio fundado na razão. Tem-se a passagem do *mito* ao *logos*. Fala-se agora no pensamento jurídico da antiguidade (era pré-socrática).

Arthur Kaufmann (2002, p. 61-63) menciona que a passagem do *mito* ao *logos*, teve início na antiguidade, na era pré-socrática. É Anaximandro que inicia a diferenciação entre ser e ordem, não se livrando da idéia de unidade. Pitágoras desenvolveu a idéia de justiça social com base na harmonia. Heráclito sustentou que todas as coisas decorriam da contradição e todo o acontecimento era regido por uma lei do mundo, qualificada como a própria razão do mundo: *o logos*. O pensamento de Heráclito influenciou outros pensadores, o que engendrou uma diferença entre justiça da norma humana e justiça natural, favorecendo o início da doutrina racional da justiça e do direito natural. A concepção de lei e natureza continuava atrelada a uma unidade de ser, mas já havia a distinção entre elas pela razão.

Posteriormente surge a sofística, em que Protágoras propõe a passagem de pensamento cosmológico para o antropológico, interpretando que o homem empírico era a medida de todas as coisas, não o moral ou o *logos* ou o ser. Segundo ele, era o homem, não o logos ou o ser, a medida de todas as coisas, o homem empírico, não o homem enquanto pessoa moral. Com esta idéia do homem medida foi dado um passo do pensamento jurídico objetivo para o pensamento jurídico subjetivo e também em direção ao relativismo da teoria dos valores (KAUFMANN, 2002, p. 64).

A concepção reputava como Direito somente a norma positiva, resultante do acordo humano. Alguns pensadores identificam a sofística com a origem do positivismo jurídico, não sendo mero acaso a sua responsabilidade quanto à origem da democracia relativista, pois a maioria fixava em decisão o que deveria ser tratado como igual ou como desigual. O subjetivismo de Protágoras não era individualista, mas coletivo, ou seja, a opinião da maioria decidia, por exemplo, a maioria decidia o que devia ser tratado como igual e como desigual (KAUFMANM; HASSEMER, 2002, p. 65)

Na seqüência cronológica, fala-se em filosofia ática, que vem superar a sofística, teve seu início com Sócrates, que ao procurar superar o subjetivismo e o relativismo dos sofistas, colocou em execução uma viagem para o interior humano, idealizando a doutrina inatista do direito natural (mais tarde encontrou muitos seguidores, Cícero, Santo Agostinho, etc), ao sustentar que a lei natural reside no seio do ser humano. Seria a alma humana a medida moral que nele permanece, mesmo nos casos de abalo da autoridade exterior (surge a idéia do caráter justo da lei). A lei é por ele encarada como uma forma de justiça, daí que considerasse a obediência à lei como um imperativo imprescindível, mesmo tratando-se de uma lei errada ou até criminosa.

Platão¹ tornou-se o criador da teoria das idéias e da filosofia objetivo-realista. A doutrina ideal do direito natural de Platão, seguida mais tarde por Hegel, constituía-se em uma concepção de Estado extremamente autoritária, já que o filósofo não concordava com a opinião de Protágoras, no sentido de que cada cidadão tem, em princípio, a faculdade de participar da formação da vontade do Estado, pois para Platão um pequeno grupo de homens, tidos como conhecedores do bem comum é que estaria investido do poder para exercer o domínio. Segundo Platão a coação para o bem estaria moralmente justificada, tal como a coação do médico sobre o doente ao curá-lo. No entanto, deveria ser manifesto que, para Platão, a democracia não poderia constituir a forma de Estado ideal, mas que ele favorecia a aristocracia e monarquia. (KAUFMANM; HASSEMER, 2002, p. 67).

¹ Platão foi célebre filósofo grego, nascido em Atenas, em 427 ou 428 a.C., de origem aristocrática, marcado pelo ensinamento e pela morte de Sócrates, em 399 a.C. Platão, após a morte do mestre, viajou por vários lugares, de 390 a 388 a.C., pelo Egito, vai a Cirene a Siracusa, onde conheceu o tirano Dionísio e seu sobrinho Dion. Fundou em 388 a.C., uma escola com o nome Academia, por estar instalada em terras consagradas ao herói *Academus*. Platão exercia um ensino oral, acerca do qual nada se sabe, bem como dirigia pesquisas de matemática e de astronomia. Faleceu, em 348 ou 347 a.C., também em Atenas. (COSTA, 2006, p. 39).

Com Aristóteles a doutrina do direito natural na Antiguidade viveu seu apogeu. Desenvolve a doutrina das idéias do seu mestre (Platão), com significativas reformulações. Possuía a convicção quanto à existência de diferença entre justiça natural e justiça legal. Acreditava na existência de leis injustas e defendia sua correção pela equidade. A primeira definição a respeito do direito natural e do direito legal foi concebida por ele, para quem o direito natural era o que tinha idêntica validade para todas as partes e o direito legal era o estabelecido em lei e, por isso, com definição de conteúdo. Aristóteles desenvolveu no livro V, da *Ética a Nicómaco*, a sua concepção da justiça, inserindo no seu conteúdo a idéia de igualdade proporcional. Assim, surgiram duas espécies de justiça: a justiça comutativa e a justiça distributiva (KAUFMANM; HASSEMER, 2002, p 69-70). A justiça comutativa é aquela entre os desiguais por natureza, mas iguais perante a lei, e ela significa a absoluta igualdade de prestação e retribuição entre aqueles que a lei equipara. A justiça distributiva, pelo contrário, traduz a igualdade proporcional no tratamento de um conjunto de pessoas.

Após Aristóteles surgiram outras orientações e outras escolas como o estoicismo, que foi o responsável pela transição da filosofia do direito natural da antiguidade para o direito natural medieval-cristão. O estoicismo analisa o homem como ser social, caridoso, rompendo com aquela visão restrita do homem como formador do Estado. Defendiam a idéia de que a lei natural seria inata ao homem. Sêneca salientou serem os homens parentes, em virtude da sua natureza comum, e concluiu daí o mandamento do amor ao próximo. Foi por meio do estoicismo que se iniciou o contato entre as filosofias grega e romana.

1.2 O PENSAMENTO JURÍDICO NA IDADE MÉDIA

A transição da Antiguidade para a Idade Média realizou-se pouco a pouco. A verdade é que a Idade Média apresenta-se como um período obscuro para a evolução do pensamento jurídico.

Em razão das revoluções políticas, da derrocada do Império Romano do Ocidente, das mudanças radicais nas condições de vida e da maneira de pensar, as noções da Antiguidade a respeito do Direito e Estado foram ocultadas durante a Idade Média. Por exemplo, obras de Aristóteles somente chegaram ao conhecimento do povo, na Europa, aproximadamente no

século XIII. Durante a Idade Média, a cultura esteve nas mãos dos teólogos do cristianismo. (KAUFMANM; HASSEMER, 2002, p. 72).

Nesse período, Santo Agostinho é considerado o filósofo da passagem dos tempos da Antiguidade para a Idade Média. Seguindo a teoria das idéias de Platão, mas diversamente do filósofo grego, não inseriu as idéias no contexto de um céu próprio, mas sim, inseriu as idéias no espírito de Deus.

O conceito de *lex aeterna* foi adotado do estoicismo, mas com uma diferença: no estoicismo a *lex aeterna* tinha relação de coincidência com a *lex naturalis*; já na concepção agostiniana, a *lex naturalis* seria uma marca da eterna lei divina na consciência humana. Para o filósofo Agostinho, somente a vontade é concebida como a força essencial do homem e nela radicaria o mal, do qual o homem não poderia libertar-se por meio das suas próprias forças. A misericórdia de Deus é que libertaria o homem do mal. (KAUFMANM; HASSEMER, 2002, p.75).

Santo Agostinho com base na Bíblia desenvolveu sua teoria sobre a justiça. No plano das aplicações sociais, a justiça em Santo Agostinho não é a busca de uma igualdade rigorosa, na concepção defendida por Aristóteles; é muito mais caridade, generosidade e dom gratuito.

Na sua obra *De Civitate Dei* (Estado de Deus), Santo Agostinho defende a necessidade prática de um poder de ordem dirigente para garantir a paz, a vida e os bens dos cidadãos. Contudo, a vontade do povo para a união e busca de objetivos comuns é o próprio fundamento do Estado, que deve ser criado com base na justiça. Para o pensador, enquanto o agir moral da pessoa é a paz interior, o objetivo do Estado justo seria a paz exterior entre os seres humanos. (HORN, 2005, p. 254)

A doutrina cristã do direito natural desenvolvida por Santo Agostinho alcançou o seu ápice na Alta Idade Média, por meio dos ensinamentos de Santo Tomás de Aquino.

Na segunda metade da Idade Média, diversas obras de filosofia grega, ignoradas durante o período anterior, vieram a ser descobertas e passaram a ser estudadas com método dogmático e finalidade de conciliar com os dogmas religiosos, sendo esse o caráter da filosofia escolástica.

No século XIII, o agostinismo ainda exercia domínio sobre o mundo dos juristas, todavia, o Direito Canônico reivindicava uma competência de índole universal. As idéias de Santo Agostinho estavam gerando constrangimento, pois na prática o direito cristão, com fundamentação puramente sacra, não respondia às necessidades sociais. Era imprescindível que uma teologia e uma filosofia novas demonstrassem as justificativas da mudança no Direito.

Diante dessas situações, Santo Tomás de Aquino² emerge para prestar, como parte do seu trabalho, significativa contribuição aos juristas. Santo Tomás de Aquino é apresentado como um cristão aristotélico por excelência. Descendente de família nobre da região de Nápoles, Tomás de Aquino recebeu sua primeira educação escolar e espiritual no mosteiro de Monte Cassino. *Petru von Hibernia*, que escreveu um comentário a Aristóteles, foi seu professor. Posteriormente, Tomás de Aquino tomou conhecimento de novas traduções, até então desconhecidas, de outros escritos de Aristóteles (HORN, 2005, p. 257).

Tomás de Aquino recebeu da tradição os três degraus da hierarquia da lei: *lex aeterna* (lei divina); *lex naturalis* (lei natural); e *lex humana* (lei positiva). A *lex naturalis* para Tomás de Aquino, diversamente de Santo Agostinho, não era a lei subjetiva da alma, porém uma grandeza objetiva. Ele seguiu o realismo aristotélico no sentido de que o valor não está separado da realidade – o ser e o dever ser estão em relação.

A *lex naturalis* seria a co-participação intelectual e não voluntária dos seres dotados de razão na lei do mundo e, assim, seria ao mesmo tempo parte da *lex aeterna* e produto resultante do discernimento natural da razão humana. A lei humana que violasse a lei natural seria considerada por Tomás de Aquino como lei injusta; nem lei seria, mas uma destruição da lei, uma *legis corruptio*. (KAUFMANM; HASSEMER, 2002, p.78).

Em relação à justiça, Tomás de Aquino, seguindo a doutrina de Aristóteles, faz a distinção de justiça comutativa, como sendo aquela que regula a relação dos indivíduos entre

² Nascido no reino de Nápoles, viveu no período de 1225-1274. Foi oblato, em Monte Castelo, depois estudou na Universidade de Nápoles, ingressando em seguida na Ordem Dominicana. Ensinou teologia na Universidade de Paris. Em Roma, como pregador geral de sua ordem, iniciou-se na filosofia aristotélica. Voltou a lecionar em Paris, enquanto escrevia sua obra mais importante, a Suma Teológica. Já Do Governo dos Príncipes foi o texto em que defendeu a monarquia moderada mas forte, sob a tutela da Igreja, para evitar que resultasse em um regime demasiado arbitrário. (COSTA, 2006, p. 25).

si, da justiça distributiva, voltada para regular as relações do Estado com o indivíduo. No entanto, Aquino acrescenta a justiça legal, que seria direcionada à ordenação das relações do indivíduo com o todo, estando aqui incluídos os deveres em relação ao bem público e à observância das próprias leis. (HORN, 2005, p. 270).

Quanto à concepção de Estado, Tomás de Aquino é fiel a Aristóteles. Em sua concepção, a finalidade do Estado é garantir a seus cidadãos uma vida moralmente boa e feliz, garantindo a paz exterior e interior. As leis deveriam ser promulgadas pelo Estado para que seus objetivos fossem realizados. Seu entendimento da lei apresenta determinada ordem racional para o bem comum, conhecida pelo administrador da comunidade. Na aplicação da lei deveria o juiz observar, na situação concreta, o justo resultado. (HORN, 2005, p. 269).

É com Guilherme de Occam³ que se tem o fim da escolástica. Ele foi o responsável pela renovação do nominalismo, doutrina segundo a qual somente existe o individual, o especial e não o geral. Para o nominalismo, não poderia haver uma lei natural geral de existência real, nem mesmo nas ciências naturais. As leis naturais da ciência natural seriam meras generalizações científicas. As concepções gerais, os organismos coletivos, as *polis* não seriam naturais, mas criações artificiais dos indivíduos. A doutrina do direito natural, nesse contexto, só teria caráter subjetivista e estaria situado em um plano inferior ao direito positivo. Verifica-se o nominalismo, como precursor e companheiro do positivismo, como doutrina que prega a soberania exclusiva das leis positivistas. A doutrina de Occam também aplanou o caminho para a Reforma de Lutero, embora a concepção de Lutero acerca do direito natural fosse ainda substancialmente determinada pela escolástica. (KAUFMANN; HASSEMER, 2002 p.81).

Em meados do século XVI, o racionalismo do filósofo francês Descartes, que inseria a razão humana como o centro da consideração foi substituindo, aos poucos, o aristotelismo, de forma a deixar para segundo plano a autoridade da Fé.

Com Santo Tomás de Aquino, a fé já não regia o Direito de maneira absoluta. Vale apontar que a dispersão da autoridade no plano dos vários centros do poder, tais como, a Igreja, os senhores feudais, os reis, corporações de ofício, etc., impede o reconhecimento, na

³ Guilherme nasce em 1290, em Ockham, Surrey, a 30 quilômetros de Londres. Foi um conceitualista. Distingue claramente a coisa da palavra. Assim, Pedro ou Paulo são homens. Mas a humanidade não é um ser. Por trás o universo, o real propriamente dito, é feito de singulares, de indivíduos (LOPES, 2008, p. 151).

Idade Média, da figura de Estado com características mais definidas. O cristianismo, a invasão dos bárbaros, o feudalismo e vários problemas sociais provocaram o enfraquecimento da autoridade central na Idade Média, de sorte que as atividades legislativas, judiciais e administrativas geralmente eram objeto de disputas entre reis, Igreja e senhores feudais.

Dessa forma, do ponto de vista do direito, a sociedade medieval não se encontra ordenada por um sistema jurídico monista, isto é, um sistema em que tudo o que é jurídico depende de um ato de vontade de um soberano (seja ele o príncipe, o papa, o povo). O universo jurídico é complexo e diverso: há costumes, há ordens e leis particulares, locais, corporativas, derivadas de pactos, etc. (HESPANHA, 1997, p. 381).

Todos esses fatores fizeram com que o Estado Medieval fosse muito mais aspiração do que propriamente uma realidade. Esse quadro foi causa e consequência de uma permanente instabilidade política, econômica e social, gerando uma intensa necessidade de ordem e autoridade, que seria o germe da criação do Estado Moderno.

1.3 PENSAMENTO JURÍDICO NA IDADE MODERNA

Antes do estudo que retratará a evolução do pensamento jurídico na Idade Moderna, é necessária uma reflexão acerca da consolidação dos Estados Absolutistas, que surgem como resultado da carência de uma autoridade central que perdurou basicamente por toda a Idade Média, conforme já mencionado.

Em seguida será analisada a evolução do pensamento jurídico na Idade Moderna, com o surgimento do Renascimento e o Iluminismo, tendo este se constituído a base propulsora das Revoluções Americana e Francesa, as quais conseguiram implantar o Estado de Direito com a finalidade de limitar os poderes do rei e sua ação tirânica para garantir a autonomia privada dos súditos.

A modernidade abre-se com eventos de extraordinária repercussão: a Reforma Protestante e a chegada dos europeus à América, e o processo de consolidação dos Estados nacionais na forma do poder régio e soberano, que reivindicará progressivamente não uma superioridade, como se imaginava na ordem medieval corporativa e escalonada (reis, príncipes, senhores e corporações medievais), mas uma exclusividade no poder político, príncipes, demarcam a modernidade (HESPANHA, 1997, p. 35).

O vocábulo “Estado” vem do latim *status* e significa a situação permanente de convivência ligada à sociedade política. Cada conceito ou expressão relativo a determinadas sociedades políticas é reflexo de sua própria evolução.

A expressão “Estado”, no sentido de uma sociedade política, somente veio realmente a ser utilizada no século XVI. Em síntese, foi o surgimento do moderno Estado europeu que passou a exigir a utilização adequada do vocábulo “Estado”.

Como todo fenômeno histórico, o Estado está submetido a alterações permanentes em suas formas. Assim, é possível se identificar vários tipos de Estado.

Jorge Miranda (2002, p. 25-33), referindo aos vários tipos de Estado, elenca os seguintes:

O Estado Oriental possuía características marcantes como a forma monárquica combinada com a teocracia; ordem desigualitária; e garantias jurídicas individuais reduzidas. O Estado Grego apresentava como características principais, prevalência do fator pessoal; base na comunidade dos cidadãos; relativa importância ao fator territorial; e diversidade de formas de governo. O Estado Romano possuía como traços principais a base municipal com agrupamento de pessoas e famílias; desenvolvimento da noção de poder público como supremo e amplo; consciência da separação entre o poder público e o poder privado; surgimento da distinção entre Direito Público e Direito Privado; reconhecimento de alguns direitos básicos do cidadão romano, etc. O Estado Medieval, em relação ao qual convém destacar que, em razão da insegurança geral pela invasão dos bárbaros, da privatização do poder com o feudalismo e do domínio da Igreja, pode-se considerá-lo mais uma aspiração do que um Estado Real. O Estado Moderno surgiu após a Idade Média e teria como características principais: ser um Estado Nacional; secularização ou laicidade em que o temporal e o espiritual passam a ser campos distintos; e soberania com poder supremo ao Estado para superar questões internas e defender sua independência em relação a outros Estados.

A doutrina anuncia, também, a figura do Estado Estamental (não é identificado em toda Europa), em que a monarquia era limitada pelas ordens e o que o caracterizava era a dualidade política rei-estamento. Esse tipo de Estado não chegou a desenvolver todas as suas potencialidades, porque, sendo Estado de transição para o Estado Europeu, ainda se prendia às seqüelas da era feudal.

A participação dos estamentos estava centrado nas assembleias (Parlamentos, Estado Gerais, Cortes) com formas diversas de representação. (MIRANDA, 2002, p. 41-42). Percebe-se que o Estado Estamental, não chegou a durar muito e seu término ocorre quando o Rei obtém força para conduzir a unificação do poder às suas últimas conseqüências. Com isso, a monarquia converte-se em absoluta, o que dá início ao chamado “Estado Absolutista”.

O Estado Absoluto é o tipo de Estado em relação ao qual há a máxima concentração do poder no rei ou nele e em seus ministros. Seriam características do Estado Absoluto: a) a vontade do rei é a lei; b) as regras jurídicas definidoras do exercício do poder são exíguas, vagas e, em geral, não são escritas; c) os deveres dos reis para com o Estado e súditos são deveres meramente morais.

Cabe apontar dois períodos de evolução do absolutismo. No primeiro período, a monarquia se mantém no poder sob a afirmação de tratar-se de direito divino. Então, o rei impõe sua autoridade revestida de fundamentação religiosa, exercendo o governo com amparo na graça de Deus. Já no segundo período é atribuído ao poder uma fundamentação racionalista no contexto do ambiente iluminista dominante e, por isso, esse período é denominado “despotismo esclarecido” ou “Estado de Polícia”. Isso, pois, ao Príncipe era conferida liberdade plena na utilização de todos os meios para a consecução do interesse público. (MIRANDA, 2002, p. 43). Feita as considerações acerca do Estado absolutista, na Idade Moderna, cabe agora, especificamente, o estudo que irá refletir sobre a evolução do pensamento jurídico na Idade Moderna, até a implantação do Estado de Direito⁴.

É a partir do renascimento, que surgem novas resistências às concepções tradicionais, o Direito perde seu caráter sagrado enquanto fortalece o movimento pela não-aceitação de determinadas barreiras à vontade do ser humano. É o período que começa a surgir posicionamentos negando o direito natural.

⁴ Na origem, como é sabido, o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: a) submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; b) divisão de poderes, que separa de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das prestações dos poderosos particulares; c) enunciado e garantia dos direitos individuais. A concepção liberal do Estado de Direito serviria de apoio aos direitos do homem. Houve porém, concepções deformadoras do conceito de Estado de Direito, pois é perceptível que seu significado depende da própria idéia que se tem do Direito. Por isso, cabe razão a Carl Shmitt quando assinala que a expressão “Estado de Direito” pode ter tantos significados distintos como a própria palavra “Direito” e designar tantas organizações quanto as a que se aplica a palavra “Estado”. Assim, se concebe o Direito apenas como um conjunto de normas estabelecidas pelo Legislativo, o Estado de Direito passa a ser Estado de Legalidade, ou Estado legislativo, o que constitui uma redução deformante. A concepção jurídica de Kelsen também contribuiu para deformar o conceito de Estado de Direito. Para ele Estado e Direito são conceitos idênticos. Na medida em que ele confunde Estado e ordem jurídica, todo Estado para ele, há de ser Estado de Direito. Dessa forma, como na sua concepção, só é Direito o direito positivo, como norma pura, desvinculada de qualquer conteúdo, chega-se, sem dificuldade, a uma idéia formalista do Estado de Direito ou Estado Formal de Direito, que serve também a interesses ditatoriais. Essa doutrina converte o Estado de Direito em mero Estado Legal. Em verdade, destrói qualquer idéia de Estado de Direito. (SILVA, 2005, p. 113-114).

O surgimento das doutrinas contratualistas é um fenômeno da Renascença como movimento com início em parte no século XIV, manifestando-se no século XV e prosseguindo no século XVI. A renascença representaria, em sua essência, a libertação do espírito crítico, por longo tempo sufocado e deprimido pelos excessos do dogmatismo. Na Idade Média, o ser humano subordinava-se a leis extrínsecas, em relação às quais não se reconhecia o autor, julgando-se apenas como sujeito passivo delas.

Interessante apontar algumas causas fundamentais para a grande reviravolta ocorrida a partir da Renascença, apontadas por Del Vecchio (1979, p. 75), tais como: a) a tomada de Constantinopla pelos turcos de Mahomet II, o que provocou com a queda do Império Romano do Oriente, a emigração de muitos gregos doutos para o Ocidente, especialmente para a Itália, ao quais influenciaram positivamente para reativar o espírito da cultura clássica, de modo a determinar o aparecimento de um novo humanismo; b) a invenção da imprensa, de muita importância para a rápida difusão e propagação das idéias; c) a nova concepção científica do universo, com a prevalência do sistema copernicano; d) a reforma religiosa, produzida especialmente nos países anglo-saxões, outra manifestação do Renascimento, de forma que, em espírito crítico, a consciência procura tornar-se independente até mesmo no campo da fé.

A modificação que se operacionalizou nas condições políticas e o aparecimento de novas doutrinas políticas são fundamentais para a própria compreensão da Renascença. Na Idade Média, havia multidões de pequenos Estados e de pequenas organizações políticas onde todos eram em alguma escala hierárquica de poderes e privilégios, como o feudalismo, subordinados ao Papado e ao Império, como duas autoridades supremas. Contudo, Papado e Império, aos poucos, foram perdendo o domínio da política mundial.

Com efeito, em substituição das pequenas potências, forçadas a se apoiarem sempre nas maiores, vieram os grandes Estados soberanos, as grandes monarquias, os quais tinham territórios determinados, porém independentes da hegemonia do Papado e do Império.

Por outro lado, os problemas jurídicos e políticos são postos em novas bases com a finalidade de esclarecer quais deveriam ser as relações entre indivíduo e sociedade política e entre governantes e governados dentro do Estado; diferentemente da Idade Média, em que a relação se dava entre a Igreja e Império.

Dessa forma, duas tendências concorrem entre si, ou seja, a absolutista, que pregava, de forma rígida, a soberania do Estado, mesmo que em prejuízo da liberdade popular e a democrática e liberal, que passa a reivindicar os direitos populares, mesmo que contra a estabilidade e a segurança do Estado.

René Descartes é considerado pela doutrina, o pai da filosofia moderna, pois trouxe para a ciência o seu mais destacado princípio, qual seja, conhecimentos claros e distintos. Ele propôs a substituição da velha filosofia teórica por uma filosofia prática, já que somente com a restrição da atividade cognoscente ao racional seria possível o domínio sobre a natureza, de modo que o entendimento deveria trabalhar apenas com o apreensível pelos sentidos: o empirismo dado. Aquilo que vai além do empírico, o metafísico e, assim, as idéias e a própria concepção do Direito deveriam situar-se fora do seu âmbito. Nessa era iluminista, vontade, sentir e vivência do ser humano passaram a ser negligenciados e até mesmo banidos da ciência e da própria filosofia por serem considerados especulativos. (KAUFMANN; HASSEMER, 2002, p. 83/84).

Pode-se dizer que existiam tendências comuns no contexto dos sistemas jurídicos modernos. Essas tendências, antes distintas, passaram a ter alguns pontos comuns, cuja síntese seria o pensamento jurídico moderno. Assim, a laicidade e o individualismo comporiam as duas grandes características do pensamento jurídico moderno. Por meio da laicidade, o Direito Moderno passou a se opor ao Direito Clerical da alta Idade Média, naquilo que este tinha de sacro e, justamente por isso, muitos historiadores defendiam que o direito natural seria natural até mesmo se não existisse Deus.

Menelick de Carvalho Neto (2002, p. 33-34), aponta que o Estado Liberal é marcado pela laicização e pela racionalização (no sentido do racionalismo jusnaturalista) do direito. Assim, não se busca agora um fundamento na tradição, nos costumes ou na religião. A influência do racionalismo que dominavam a época acaba por introduzir uma nova forma de compreensão do Direito. A necessidade de se limitar os poderes do rei exige direitos contra sua ação tirânica para garantir a liberdade e a autonomia privada de seus súditos, daí a importância agora da teoria da separação dos poderes.

Na Idade Média, a fé era concebida como o primeiro meio de conhecimento; no pensamento jurídico moderno há a sua substituição pela confiança na razão, o que é confirmado pelos escritos de Hobbes, Wolff. Assim, a grande maioria dos autores modernos passou a seguir uma concepção jurídica puramente racional, atribuindo ao Direito e ao Estado finalidade exclusivamente terrena e mundana, de sorte que a rejeição em considerar os fins espirituais do além caracterizará o utilitarismo.

No término do período, o Código Civil Francês e o Código prussiano em contraste com os dois principais diplomas do Direito medieval (Decreto de Graciano e as Decretais), seriam laicos.

Cabe considerar que outro traço, característico do pensamento jurídico moderno, o individualismo, seria aquilo que o pensamento jurídico teve de mais específico no período, pois, por intermédio do individualismo, o Direito Moderno se opõe tanto ao pensamento jurídico da Idade Média, quanto ao pensamento jurídico da Antiguidade.

É o que expõe Marcelo Galuppo:

Desde a antiguidade até a idade média, a vida comunitária está orientada pela presença de um centro que fornecia, com absoluta segurança, toda orientação necessária ao agir humano. Este centro era, no caso grego, a polis, e no caso medieval, a Igreja Católica Romana. Ambas eram vistas como naturais em dois sentidos: inicialmente, porque prevalecia a convicção aristotélica da continuidade entre natureza e comunidade, ou, dito de outra forma, da unidade necessária entre natureza e sociedade. Além disso, estas comunidades eram vistas como naturais porque era o nascimento que determinava a pertinência a esta ou aquela polis, a esta ou aquela religião (...). Ambas comunidades se estruturavam antes pela unidade que pela diversidade, a ponto daqueles que não professavam a fé defendida pelo Catolicismo Romano, ou que divergiam do *ethos* da polis, terem sido excluídos da comunidade (respectivamente a idéia de excomunhão e ostracismo). No entanto, em um dado momento, mais precisamente do século XV ao século XVI, ocorre um descentramento radical, que leva ao surgimento de uma figura inexistente na Antiguidade e na Idade Média: o indivíduo. (...) Se antes era fácil decidir como agir, bastando imitar, mimetizar os comportamentos prescritos pelo centro, na modernidade não há mais um centro a ser imitado. (GALUPPO, 2001, p.49-50).

A filosofia do conhecimento, originária do nominalismo, e a metafísica são responsáveis pela difusão do individualismo. Com isso, o primeiro objeto do conhecimento passou a ser o indivíduo. É essa a concepção tanto de Descartes, quando ele extrai o seu

sistema da evidência subjetiva de sua própria existência, quanto de Hobbes, Locke ou Espinosa, quando fazem a reconstrução do universo social a partir do homem do estado natureza.

Seria justamente dentro da concepção individualista, que o mundo jurídico moderno teria elaborado algumas teses concordantes, tais como: a) a existência de direitos naturais do indivíduo, base do sistema de Hobbes e admitida por Locke, Thomasius e Wolff, o que teria resultado na elaboração das Declarações dos Direitos do Homem; b) a construção artificial do Estado pelo contrato social, com fundamento e utilidade para o indivíduo; c) o positivismo jurídico, concebido como corolário da tese do contrato social e do estado de natureza anárquico, fundamentado nas premissas de que o indivíduo é livre no estado de natureza e a natureza não disciplina as relações sociais, não havendo outro direito além daquele disposto pelo Estado; d) direito subjetivo, concebido como elemento primordial do sistema do direito natural ou do direito positivo, em relação ao qual a teoria do contrato social seria mero prolongamento. (DEL VECCHIO, 1979, p.177-178).

Algumas das concepções filosóficas mais avançadas, surgidas no final da Idade Moderna, fomentaram o iluminismo como movimento de idéias que tem início para alguns, no século XV, para outros XVII, tendo sido muito difundido no século XVIII e, por isso a denominação de século das luzes.

Ana Lucia Sabadell (2002, p. 29) elenca as principais críticas que refletiam no movimento iluminista, na época:

É possível apontar as principais críticas do movimento iluminista como: desigualdade perante a lei, mantida pelo sistema político; restrição da liberdade; limitação do direito de propriedade e da atividade econômica; autoritarismo dos monarcas; exclusão da participação do povo nas questões políticas; absolutismo da igreja e sua intolerância registrada pela inquisição; crueldade da justiça penal; e desumanidade das condições de vida. Na Idade Medieval, o direito natural baseava-se em uma arquitetura estática do mundo. O conceito de hierarquia e de autoridade era essencial e decisivo. Para o movimento iluminista, o Direito deveria se fundamentar no princípio da liberdade do indivíduo, com a substituição da hierarquia natural estática pelo princípio da racionalidade e da utilidade do Direito para as pessoas.

O iluminismo foi um movimento de pensamento que proporcionou revoluções e o ingresso na Idade Contemporânea com a implantação do Estado de Direito ou Estado Constitucional. Foi um movimento de idéias que tinha um ponto comum, qual seja, a fomentação do estímulo da luta da razão contra a autoridade.

O fundamento filosófico deste Estado de Direito, nascido com o fim do Estado absolutista, é o jusnaturalismo moderno diferente da tradição clássica aristotélico-tomista.

O jusnaturalismo passa a ser a filosofia natural do direito, associado ao movimento Iluminista, em clara oposição aos ideais teocêntricos que permeavam, até então, o pensamento vigente.

A escola do pensamento jusnaturalista, como marco filosófico desta passagem do Antigo Regime para o Estado de Direito, coloca claramente o homem no centro dos interesses. Esta concepção antropocêntrica, que é marca do pensamento Iluminista, reflete no aspecto jurídico, a previsão de direitos ao homem (cidadão), frente ao arbítrio do Estado, até então absoluto, identificado na figura do monarca.

É possível afirmar que, a crença em tais direitos inerente à condição humana (direitos naturais), os quais conferem uma integridade e liberdade que devem ser compulsoriamente preservadas e respeitadas pelo Estado, serviram de catalisador dos movimentos revolucionários liberais que sepultaram o Antigo Regime, sobremaneira a Revolução Francesa.

Decorre da afirmação acima que as primeiras Constituições apresentavam-se com um acentuado teor revolucionário, inspiradas no direito natural e no pensamento Iluminista, em clara oposição ao poder absoluto.

Na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, o seu título é uma expressão ideologicamente comprometida pois, demonstra ter profunda inspiração jusnaturalista ao reconhecer a todos os seres humanos, e não apenas a uma casta, direitos naturais (direitos inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis).

O mesmo ocorre com a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, a qual influenciou a Declaração de 1789. Em ambas há, sem dúvida, a influência marcante do pensamento iluminista de John Locke, autor emblemático desta corrente filosófica e do contratualismo.

O advento do Estado de Direito, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação do direito, por um lado, simbolizaram o apogeu do jusnaturalismo, visto que os direitos inerentes à condição humana e as regras de limitação do Estado haviam sido previstos e estampados nas cartas constitucionais, contudo, paradoxalmente, a inscrição destes direitos em documentos significou a superação histórica do pensamento jusnaturalista.

Já no início do século XIX os ideais jusnaturalista, frutos de uma evolução milenar, já haviam se incorporado aos ordenamentos positivos, e começam a ser colocados à margem, por ser considerado metafísico e anti-científico, ante o crescente movimento racionalista e cientificista que se instalara, abrindo desta forma campo para o nascimento do positivismo.

É o contexto em que o Estado só age mediante a determinação de um conjunto mínimo de leis gerais e abstratas, em que a interpretação jurídica é banida. A aplicação da lei reduz-se a um esquema mecânico, aplicando a regra ao caso concreto a partir de uma subsunção. Em conformidade com o pensamento de Montesquieu, o juiz é “*La bouche de la loi*” e deve limitar-se a essa atividade, pois do contrário estará invadindo a competência do Poder Legislativo e, portanto, infringindo o princípio da separação de poderes.

Ainda hoje podemos sentir a presença de tal pensamento em decisões atuais dos tribunais brasileiros, como por exemplo:

Medicamentos. Fornecimento gratuito. Tratamento específico de epilepsia de longa duração com crises convulsivas. Remédios não incluídos na relação padronizada pelo Ministério da Saúde. Aquisição pelo Estado, reclamada com base o art. 196 da Constituição Federal. Ordem de segurança denegada. Caso em que de resto, a compra não se insere na previsão dos arts. 14 e 15 da Lei 8883/94. (TJMG – Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis. Processo n. 1.0000.00.173505-9/000, fl.58).

Ora, *in casu*, o medicamento não foi concedido em razão de não estar previsto na lista dos medicamentos na lista padronizada pelo Ministério da Saúde, ou seja, é melhor deixar de

enfrentar o caso concreto, tendo a concepção de que a lei geral e abstrata é o mecanismo capaz de, por si só, resolver o problema do direito. Tem-se a simples subsunção do fato a norma.

Verifica-se que os argumentos do Tribunal de Minas Gerais estão atrelados a argumentos convencionalistas, na medida em que entende que o Estado (juiz) só possa agir de acordo com um mínimo de leis gerais e abstratas, que traduz fatos típicos em conceitos jurídicos determinados e os associa a consequências jurídicas claramente definidas. Assim, a atividade judicial é resumida a um esquema de subsunção, onde a norma deve encaixar-se perfeitamente ao caso concreto. Fazer mais do que isso seria ferir o princípio da separação de poderes, invadindo a esfera de competência do poder legislativo, órgão democraticamente legitimado para dizer o que seria o direito.

O argumento sedutor de uma sociedade pautada no convencionalismo seria mais democrática do que outros modelos de sociedade cai por terra a partir do momento em que a democracia não tem mais como uma de suas características principais a homogeneidade, a vontade da maioria, mas a heterogeneidade, o pluralismo e, sobretudo, o respeito à diferença, e conseqüentemente, às minorias.

1.4 O PENSAMENTO JURÍDICO DA IDADE CONTEMPORÂNEA – CONSTITUCIONALISMO, SUAS TRANSFORMAÇÕES E VERTENTES ATUAIS

Será proposta aqui a discussão acerca das principais transformações ocorridas nos planos do Estado e do Direito na Idade Contemporânea. Inicialmente, será estudado em breves linhas o Estado Constitucional de Direito⁵ e suas transformações até o advento do Estado Constitucional Democrático de Direito. Para finalizar o tópico, serão tecidas considerações gerais a respeito da evolução do pensamento jurídico na Idade Contemporânea.

⁵ O Estado de Direito (*Rechtsstaat*) surge como uma evolução do Estado absoluto, a partir da constatação de que os limites da intervenção estatal e da liberdade do cidadão devem se encontrar previamente demarcados, com o que se assegura o patrimônio e a liberdade dos indivíduos em face da vontade até então ilimitada do governante. Este modelo, contudo, traz consigo uma concepção vazia do ponto de vista substancial, já que um sem número de concepções sobre o “Estado de Direito” surgiram ao longo dos anos, como resultado de sua maleabilidade conceitual. Muito embora possa ser diretamente relacionado com o modelo de Estado liberal, o Estado de Direito é compatível com os Estados despóticos, já que, nesta concepção, os fins e o conteúdo da

O sentido da expressão “constitucionalismo” não é único. Para uns, assume o significado de período determinado, referente ao surgimento das primeiras Constituições escritas e para outros, a concepção do vocábulo dá a noção de um processo ou de ciclos ou movimentos constitucionais, sendo esta última concepção a mais adequada para explicar o fenômeno.

Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p.45), define constitucionalismo, como sendo uma teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado como fundamento indispensável às garantias dos direitos, em dimensão estruturante

ação do Estado se mostrem irrelevantes. No Estado Liberal de Direito, porém, por influência da corrente contratualista e do apogeu do Poder Legislativo após a Revolução Francesa de 1789, a lei e a justiça estão plenamente identificados, passando o Estado a sofrer uma limitação decorrente da soberania popular concretizada pela democracia representativa. O Estado Liberal de Direito, entretanto, muito embora seja um notável avanço em relação ao modelo anterior (*Rechtsstaat*), deixa intocadas as bases do modo de produção vigente que serão questionadas somente a partir dos movimentos populares que eclodiram ainda no final do século XIX, por conta dos processos de industrialização e concentração urbana. Já no Estado Constitucional, a lei será submetida, pela primeira vez, a uma relação de adequação – e, portanto, de subordinação – a um estrato mais alto de direito estabelecido pela Constituição. Estado, poder e Constituição são, efetivamente, as diversas facetas de um mesmo fenômeno de caráter iluminista: política (Estado), antropológica (Poder) e jurídica (Constituição).

Neste contexto, avultam de interesse dois modelos de Estado constitucional, ou seja, o norte-americano – fundado na longa tradição inglesa de limitação dos poderes do Monarca através de uma instância deliberativa, o Parlamento – e o europeu. Efetivamente, nos Estados Unidos, após a Revolução de 1776, o Congresso passa a exercer um importante papel deliberativo, concentrando significativa parcela do poder político. No modelo europeu continental, com especial ênfase para o modelo francês após 1789, a tutela dos direitos humanos surge como um instrumento para assegurar a plena liberdade do cidadão burguês em razão da sacralização do papel destinado ao Poder Legislativo. No primeiro modelo, a separação entre jurisdição e administração não é clara, uma vez que, nos Estados Unidos, até o final do século XVIII, os juízes se desincumbiam das funções administrativas no âmbito local. Na França, ao contrário, o espaço destinado a cada mecanicista dos séculos XVI e XVII, não foi senão a revolução de uma nova classe social contra o tradicional poder místico, tal como se fazia presente na denominação da sociedade estatal pela monarquia absoluta. O exercício do poder político, em ambos os modelos, é regulado pela Constituição de onde, ao mesmo tempo, retira sua legitimidade relacionadas entre si através de mecanismos de contenção recíproca – o constitucionalismo de índole liberal naufragaria por falta de uma distinção clara em relação ao poder monárquico absoluto. A Constituição escrita expressa a superação de um modo rudimentar e concentrado de exercício do poder – a monarquia absoluta – para um modelo adequado a um novo modo de produção de bens e serviços, no qual a liberdade desempenha o principal papel – a República burguês-liberal de índole constitucional. O próprio declínio do Sacro Império Romano-germânico colaborou para o processo de emancipação de uma estrutura fundada na fé e em seus representantes legítimos para uma outra amparada na razão humana, coincidindo com o movimento de laicização da função política. A legitimidade do “Monarca absoluto” – amparada na tradição – é subtraída pelo iluminismo, na medida em que as concepções filosóficas sobre o exercício do poder e da democracia, que remontam à Antiguidade. Muito embora este modelo de concentração de poder tenha representado um avanço quando cotejado com o incipiente modelo de Estado (fragmentado) medieval.

O modelo de Estado que surge neste primeiro momento é o de índole liberal, assentado numa Constituição que assegura ao cidadão francês a liberdade plena de uso e gozo de sua riqueza pessoal bem como a igualdade formal, fundada no jusnaturalismo. O constitucionalismo moderno surge como um instrumento de racionalização do exercício do poder político, dotando instituições de independência com o objeto de um controle. Discute-se, portanto, não somente a origem do poder político, mas as justificativas de seu exercício e a possibilidade de sua retomada pela nação nos casos previstos na Constituição. (APPIO, 2004, p. 34/44).

da organização político-social de determinada comunidade. Representa uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. Contudo, adverte o jurista que não há, rigorosamente, um só constitucionalismo, mas vários, como o inglês, o americano e o francês.

Quando se fala em origens históricas do constitucionalismo a doutrina não é unânime. Alguns doutrinadores apontam que o berço do Direito Constitucional vem da Idade Antiga, precisamente da Grécia, o que teria sido, mais tarde, transposto para Roma. Outros mencionam que o primeiro povo a colocar em prática o constitucionalismo foi o povo hebreu, há cerca de 3000 a. C.

Para Dalmo de Abreu Dallari (1998, p. 197-198) é possível afirmar, partindo de uma concepção geral, que o constitucionalismo começou a nascer em 1215, ocasião em que os barões da Inglaterra obrigaram o Rei João Sem Terra a assinar a *Magna Charta Libertatum*, firmando juramento de obedecê-la, além de ter aceito a limitação dos seus poderes. Porém, ainda foram necessários alguns séculos para ocorrerem avanços significativos, o que se deu, na própria Inglaterra, no século XVII, momento em que a Revolução Inglesa firmou a supremacia do Parlamento, na condição de órgão legislativo. É a partir daí que surge um ambiente bem próximo da idéia, no sentido de que o Estado deveria ter um governo de leis e não de homens.

Canotilho (1988, p.46), quanto à concepção histórica do constitucionalismo, possui o seguinte entendimento:

Fala-se em constitucionalismo antigo e de constitucionalismo moderno: fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo ao mesmo tempo, a inversão de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos e consuetudinários alicerçados da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo – desde os fins da Idade Média até ao século XVIII.

Assim, no contexto histórico, partindo da idéia de um constitucionalismo existente em todos os períodos da História da humanidade, é possível identificar, em um sentido amplo, quatro espécies de constitucionalismo: a) constitucionalismo antigo, amparado pelos esquemas de organização político-jurídica das cidades na Idade Antiga, como o

constitucionalismo grego e romano; ou em uma sociedade teocrática, em que a limitação do poder se dava com a invocação de leis morais, como o constitucionalismo hebraico; b) constitucionalismo medieval, relacionado com determinadas normas e costumes dirigidas ao exercício da autoridade em relação a certos centros do poder, como a Igreja e os Reinados, caso típico da *Magna Charta Libertatum*, de 1215, na Inglaterra; c) constitucionalismo moderno, composto pelo conjunto de normas, princípios e costumes, limitadores do poder, simbolizado especialmente pelos documentos ingleses *Petition of Rights* de 1628 e o *Bill of Rights* de 1689; d) constitucionalismo contemporâneo, consagrado a partir das Constituições americana, de 1787, e francesa, de 1791, quando passou a ser fixada a idéia de limitação e de divisão do exercício do poder, por um sistema assentado em uma Lei Maior, a Constituição, dentro da qual se fundamentam a garantia de proteção e de efetivação de direitos. (ALMEIDA, 2008, p. 258).

No período da Idade Contemporânea, o constitucionalismo teria se desenvolvido com progressivo alargamento de conteúdo, verificado em sucessivas Constituições. Desta forma, é possível identificar três grandes vertentes da história do constitucionalismo contemporâneo.

A primeira vertente é a liberal individualista, implantada pela burguesia por meio da Revolução Francesa de 1789, aqui a Constituição é instrumento de limitação do exercício do poder e de garantia dos direitos individuais. A essa primeira vertente, liga-se a primeira dimensão dos direitos fundamentais, que compõe os direitos políticos e civis de natureza individual, tais como, o direito à liberdade, igualdade, propriedade, segurança, etc.

A segunda vertente é a do constitucionalismo social ou do Estado Social⁶ de Direito, estabelecida a partir do final do século XIX e início do século XX, que visava assegurar alguns direitos sociais, mas nem todos. Ela não rompe totalmente com os paradigmas do Estado Liberal de Direito. Incluem-se nessa vertente os direitos fundamentais de segunda dimensão, que compõem os denominados direitos sociais, econômicos e culturais, impondo ao Estado uma atuação positiva de assistência social, tais como os direitos à saúde, à educação, direitos trabalhistas, previdenciários, etc.

⁶ O individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste especialmente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social. Transforma-se em Estado Social de Direito, onde o qualificativo social refere-se à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social. Caracteriza-se no propósito

O que se verifica no Estado Social é, em total contraposição ao Estado Liberal, uma completa primazia dos direitos coletivos e sociais sobre os direitos individuais. A igualdade só pode ser atingida mediante a materialização do direito, mediante a garantia de direitos sociais, a serem efetivados através da atuação estatal.

Dentro do Estado Social, pode-se perceber que o interesse coletivo é sempre levado em consideração, a despeito dos direitos individuais, senão vejamos:

Tutela antecipada. Delegado de Polícia que pleiteia o fornecimento pela Fazenda do Estado de Medicamento. Prevalência do interesse coletivo face ao individual. Indeferimento. Decisão mantida. Agravo improvido. (TJSP. Agravo de Instrumento 130.817-5/0. Primeira Câmara de direito público. Rel. Des. Carlos de Carvalho. Julgado em 21/03/2000).

Não se trata mais de falar que o direito à saúde previsto no art. 196 da Constituição Federal é norma de natureza programática, ou que o medicamento solicitado não está contemplado na lista de medicamentos a serem fornecidos pelo Ministério da Saúde. Agora o argumento paira na negação desse direito em razão da relevância do “coletivo”, em face do individual. É uma linha de raciocínio ligada ao pensamento jurídico dentro do Estado Social que visa materializar direitos capazes de garantir uma igualdade de fato.

Na experiência do Estado Social acreditava-se que essa igualdade só poderia ser atingida com a garantia de direitos coletivos e sociais, pelo Estado. O Estado precisaria interferir na autonomia privada para a realização dos direitos fundamentais.

de compatibilizar, em um mesmo sistema dois elementos: o capitalismo, como forma de produção, e a consecução do bem estar social geral, servindo de base ao neocapitalismo típico do Welfare State. É insuficiente a concepção do Estado Social de Direito, ainda que, como Estado Material de Direito, revele um tipo de Estado que tende a criar uma situação de bem estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana. Sua ambigüidade, porém, é manifesta. Primeiro, porque a palavra social está sujeita a várias interpretações. Todas as ideologias, em sua própria visão do social e do Direito, podem acolher uma concepção do Estado Social de Direito, mesmo a ideologia marxista que não confunde o social com o socialista. A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill, a França, com a Quarta República, especialmente, e o Brasil desde a Revolução de 30 foram “Estado Sociais”, o que evidencia concluir, que o Estado Social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo. Em segundo lugar, o importante não é o social, qualificando o Estado, em lugar de qualificar o Direito. Por tudo isso, a expressão Estado Social de Direito manifesta-se carregada de suspeição, ainda que se torne mais precisa quando se lhe adjunta a palavra democrático como fizeram as Constituições da República Federal da Alemanha e da monarquia Espanhola para chamá-lo Estado Social e Democrático de Direito (SILVA, 2005, p. 116).

Nessa onda de materialização do direito, transforma-se a atividade judicial. A tarefa do juiz não se resume mais à simples aplicação automática da regra ao caso concreto.

Esse comprometimento do judiciário com a realidade e com a materialização dos valores da comunidade a qualquer custo é presente ainda em decisões judiciais tomadas nos dias atuais.

Como se pode observar da decisão do caso do delegado de polícia que pleiteava fornecimento de medicamentos vitais para si, o argumento do relator não está de nenhuma forma relacionado à idéia de “*bouche de la loi*”, a exemplo da decisão mencionada acima referente ao pensamento dentro do Estado Liberal. Na verdade, o Tribunal, entendeu que um único indivíduo não poderia exigir do Estado o fornecimento de medicamentos caro sob pena de prejudicar a coletividade.

Cabe concluir que o argumento segundo o qual deve prevalecer o interesse coletivo sobre o privado é em si contraditório, pois é sabido que não há como se conceber direitos coletivos sem direitos individuais. Ao assumir uma postura de proteção do direito da coletividade para negar prestações individuais, o Judiciário acaba por negar qualquer direito a essa mesma coletividade, uma vez que ela é composta por indivíduos e a cada vez que uma pessoa pleiteia medida assecuratória do seu direito legítimo e encontra uma resposta negativa do órgão competente, é a coletividade como um todo que está sendo atingida.

A terceira vertente de valoração é a do Constitucionalismo voltado ao Estado Democrático de Direito⁷, que passa a ser constituído depois da Segunda Guerra Mundial e encontra-se ainda hoje em desenvolvimento. Aqui a proteção aos direitos é integral aos direitos individuais e coletivos. O princípio democrático é a mola propulsora do ordenamento jurídico e a solidariedade coletiva irradia todo o sistema. A ordem jurídica constitucional é aberta e o seu núcleo é a teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Surgem nessa vertente os direitos de terceira dimensão, como os relacionados com a solidariedade, proteção ambiental, do consumidor, etc.

⁷ O Estado de Direito, que como Estado Liberal de Direito quer como Estado Social de Direito, nem sempre caracteriza Estado Democrático de Direito. Este se funda no princípio da soberania popular, que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não seu completo desenvolvimento. Visa assim, a realizar o princípio democrático como

Nesse paradigma, - o do Estado Democrático de Direito – não se fala na substituição do novo paradigma pelo outro, como bem observa Habermas (1997, p. 125), referindo-se ao Estado Liberal e Estado Social:

Durante a controvérsia do Estatuto e do valor posicional da cláusula relativa ao Estado Social na arquitetura da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, desencadeada no início dos anos 50 entre especialistas em direito do Estado, um lado simplesmente negava o que o outro defendia insistentemente. Tratava-se de escolher entre dois paradigmas concorrentes. E a premissa tácita, segundo qual esses paradigmas são mutuamente excludentes, passou a se questionada a partir do momento em que o Estado Social, estabelecido com sucesso, deixou transparecer efeitos colaterais disfuncionais. Do ponto de vista jurídico, um dos aspectos particularmente inquietantes da crise do Estado Social residia na insensibilidade das burocracias estatais emergentes com relação a limitações impostas à autodeterminação de seus clientes – uma fraqueza do paradigma do Estado Social simétrica à cegueira social do direito formal burguês.

garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana. Nesse sentido, contrapõe-se ao Estado Liberal, em que a idéia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direito igual a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito. A igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado Social de Direito que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político. A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação *do status quo*. A Constituição portuguesa instaura o Estado de Direito Democrático, com o “democrático” qualificando o Direito e não o Estado. Essa é uma diferença formal entre as constituições. A nossa emprega a expressão mais adequada, cunhada pela doutrina, em que o “democrático” qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica. O Direito, então, imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular e terá que ajustar-se ao interesse coletivo. Contudo o texto da Constituição portuguesa dá ao Estado de Direito Democrático o conteúdo básico que a doutrina reconhece ao Estado Democrático de Direito, quando afirma que ele é baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, que tem por objetivo a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa. A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos; participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício. Em relação a Lei no Estado Democrático de Direito, cabe salientar que como todo Estado de Direito, ele se submete ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça social não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito de lei, como o que imperou no Estado de Direito clássico. Pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode se apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social. Por último cabe refletir que o Estado Democrático de Direito apresenta como princípios: a) Princípio da constitucionalidade; b) princípio democrático; c) sistema de direitos fundamentais; d) princípio da justiça social; e) princípio da igualdade; f) princípio da divisão de poderes; g) princípio da legalidade; h) princípio da segurança jurídica. (SILVA, 2005, p. 118/122)

Deve-se levar em conta aqui que, se por um lado, os direitos consagrados nos paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social não são mutuamente excludentes, por outro lado, sua relação não é de simples justaposição. Ou seja: os princípios garantidos pelo paradigma do Estado Social não constituem uma segunda fase meramente justaposta à primeira. Na verdade, a cada mudança paradigmática o que se opera é uma releitura, uma reinterpretação dos mesmos direitos fundamentais, quais sejam, liberdade e igualdade. Todos os direitos chamados sociais, assim, como os chamados individuais, decorrem desses dois princípios basilares, que são constantemente ressignificados.

Dessa forma, encontramos decisões jurisprudenciais hoje, que embora utilizem argumentos típicos do Estado Social, acabam por reconhecer o direito no caso concreto, ao invés de, como já mencionado, negá-lo com base em critérios de ponderação (coletivo prevalece em relação ao individual), é o que se verifica, por exemplo, na seguinte decisão:

Mandado de Segurança. Assistência Médica. Impetrante portador de transtorno bipolar. Dever do Estado de Minas Gerais, como gestor do SUS, de prestar a assistência necessitada pela impetrante. Problema médico que demanda recursos e providências razoáveis e passíveis de serem fornecidos pelo Estado. (TJMG. Mandado de Segurança 1.0000.06.438568-5/000-1. Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis. Rel. Des. Jarbas Ladeira. Julgado em 04/10/2006).

É dentro do paradigma do constitucionalismo do Estado Democrático de Direito que tem surgido as mais diversas teorias. Das teorias do discurso à fenomenologia hermenêutica, passando pelas teorias realistas, os últimos cinquenta anos viram florescer teses que tinham um objetivo comum no campo jurídico: superar o modelo de regras, resolver o problema da incompletude das regras, solucionar os casos difíceis e a inefetividade dos textos constitucionais (compromissórios e dirigentes).

O compromisso do constitucionalismo não é apenas justificar a proteção dos direitos individuais e coletivos, mas também, viabilizar canais de abertura de tutelas jurídicas efetivas que possam, de fato, transformar, com justiça material, a realidade social.

Conforme já aludido acima, e após as ponderações acerca do constitucionalismo, cabe agora a feitura de um estudo voltado para evolução do pensamento jurídico da Idade Contemporânea.

Não se pode deixar de esclarecer que a evolução do pensamento jurídicos na Idade Contemporânea é muito complexa, em razão da superação da concepção do direito natural. Por isso, caberá uma abordagem geral, com algumas considerações a respeito das principais correntes ou escolas teóricas do período, a começar pela superação do jusnaturalismo pelo positivismo jurídico.

Desde seu nascedouro até princípios do século XIX, a filosofia do direito constitui-se na doutrina do direito natural, mas, houve também manifestações de várias dimensões. No direito natural da Antiguidade existia a antítese natureza-normas; no da Idade Média a antítese girava em torno do direito divino e do direito humano; no da Idade Moderna a antítese era direito positivo e razão individual. Nessas fases da História, ora o direito natural colocava-se a serviço do direito positivo, ora concebia-se como um auxiliar da luta contra o próprio direito positivo. (KAUFMANN, 2004, p. 59).

No entanto, na Idade Contemporânea, a teoria do conhecimento de Kant, teria desferido o golpe decisivo contra o direito natural ao demonstrar que a razão não se constituía em um arsenal de conhecimento preestabelecido, nem sequer de normas de moral ou de estética susceptíveis de aplicabilidade imediata, mas de uma força capaz de se elevar até esses conhecimentos e normas.

Kant demonstrou que a razão era somente um complexo de perguntas e de pontos de vistas, por intermédio dos quais caminhos para os dados empíricos, e não um complexo de respostas. Demonstrou que a razão não era outra coisa senão um conjunto de formas e categorias que só poderiam autorizar a formulação de quaisquer juízos ou apreciações, com um conteúdo positivo e preciso, depois de receberem determinada matéria ou de serem aplicadas a certos dados empíricos. (ALMEIDA, 2008, p. 199).

O certo é que o positivismo jurídico, após a superação do jusnaturalismo nos fins do século XVIII e início do século XIX, dominou os estudos, as reformas e a interpretação e aplicação do Direito.

Aqui, vale frisar o pensamento de Norberto Bobbio (1995, p. 23), que define características distintivas entre o direito natural e o direito positivo:

a) o primeiro se baseia na antítese universalidade/particularidade e contrapõe o direito natural, que vale em toda parte, ao positivo, que vale apenas em alguns lugares; b) o segundo se baseia na antítese imutabilidade/mutabilidade: o direito natural é imutável no tempo, o positivo muda; c) o terceiro critério de distinção, um dos mais importantes, refere-se à fonte do direito e funda-se na antítese *natura-potesta populus*;
d) o quarto critério se refere ao modo pelo qual o direito é conhecido, o modo pelo qual chega a nós, e lastreia-se na antítese *ratio-voluntas*; o direito natural é aquele que conhecemos através de nossa razão. O direito positivo, ao contrário, é conhecido através de uma declaração de vontade alheia (promulgação); e) o quinto critério concerne ao objeto dos dois direitos, isto é, aos comportamentos regulados por estes: os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos, enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmos indiferentes e assumem uma certa qualificação apenas porque foram disciplinados de um certo modo pelo direito positivo; f) a última distinção refere-se ao critério de valoração das ações e é enunciado por Paulo: o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil.

Com a queda do jusnaturalismo e o advento ao positivismo, a doutrina elenca três correntes do positivismo jurídico referentes à primeira metade do século XX: a) o positivismo lógico-normativo direcionado para o dever ser, para a norma jurídica, considerada somente no plano da sua estrutura formal e não no do seu conteúdo, cuja sistematização mais importante foi a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen; b) o positivismo empirista que, de modo oposto, ocupa-se do ser, dos fatos jurídicos, tais como a psicologia jurídica que trata dos fatos e a sociologia jurídica que se preocupa com os objetivos; c) a filosofia existencialista em algumas de suas dimensões, como a concepção teleológica de Jean-Paul Sartre, para a qual a existência precede a essência – nada nos é dado a priori, nem moral, nem valores, nem conteúdos jurídicos indisponíveis. (KAUFMANN; HESSEMER, 2002, p. 120).

Foi com Augusto Comte na França que o positivismo ganhou projeção no âmbito das ciências sociais. No entanto, o direito no decorrer do século XIX, ainda não havia conseguido se firmar como ciência nos moldes positivistas. Somente com a genealidade de Hans Kelsen, no início do século seguinte, que se tem início uma ciência do direito de impressão francamente positivista, divorciada da tendência sociológica de Comte.

Nesse sentido, Margarida Maria Lacombe Camargo (2003, p. 88), ao se reportar sobre o positivismo jurídico, lembra que:

O positivismo consegue firma-se como ciência nos moldes positivistas, com Hans Kelsen. Não seguiu a tendência sociológica apontada por Augusto Comte. Firmou-se muito mais sobre as bases do formalismo, uma vez que para uma teoria objetiva do direito importava mais o conjunto das normas postas pelo Estado, através de suas autoridades competentes, do que a realidade social propriamente dita.

A vontade do Estado soberano prevalece, assim, sobre a vontade difusa da nação, e o direito positivo passa a reconhecer-se no ordenamento jurídico posto e garantido pelo Estado, como o direito respectivo a cada país. O direito positivo torna-se, então, o único direito que interessa ao jurista, porque é o único direito existente, contrapondo-se em definitivo ao direito natural, de difícil verificação; razão pela qual a maioria dos autores atualmente define direito positivo como contraponto do direito natural.

Percebe-se que o auge do positivismo jurídico foi representado pelo normativismo Kelseniano. Hans Kelsen negava valor científico ao positivismo psicológico e ao sociológico, sob o argumento de que eles apenas se fundamentavam em fatos, ao passo que a verdadeira ciência do Direito deveria se ocupar exclusivamente de normas. Distinguindo ser do dever ser, Kelsen, em sua obra clássica, *Teoria Pura do Direito*, tratou do dever-ser jurídico puro dentro de uma estrutura lógica sem valor do justo ou do ético.

A teoria de Kelsen, apesar da sua relativa perfeição formal, não corresponde à realidade, nem responde aos anseios de justiça social, constituindo-se mais uma das espécies de teorias inconciliáveis com a concepção de um Direito democrático transformador da realidade social. A sua decadência teria começado logo que ele conseguiu exteriorizar seus maiores sucessos, constituídos pelas grandes obras legislativas do final do século XX, como, por exemplo, o Código Penal Alemão.

Kaufmann (2004, p. 122), anuncia que a crítica ao positivismo jurídico foi imanente, situando-se no plano de seus dois dogmas: o primeiro de que o juiz não cria Direito; e o segundo no sentido de que o juiz não pode denegar a justiça. A proibição de o juiz criar o Direito e a proibição de denegação da justiça implicaria em um terceiro dogma, qual seja, a ordem jurídica positiva deve ser fechada e completa, com a ausência de lacunas nas leis. Porém se tornou insustentável a pressuposição de inexistência de lacunas nas leis, de modo que, a fim de se evitar denegação da justiça, o juiz via-se obrigado a utilizar-se de critérios que se situam a *jusante* da lei.

De outro lado, os modelos fechados, auto-suficientes, impermeáveis às mudanças sociais, para os quais o positivismo jurídico teve seu peso preponderante no plano construtivo, não mais respondiam à realidade social. A própria forma de Estado Liberal de Direito individualista precisou ser remodelada para a implantação do Estado Providência. Essas transformações tiveram início já no final do século XX, adquirindo grau máximo de intolerabilidade logo após a Segunda Guerra Mundial.

Surge, assim, uma tensão constante entre segurança de um lado e justiça de outro e o aparecimento de movimentos críticos ao positivismo jurídico, pois analisam a aplicação do direito como atividade criadora. Começa a se falar em uma terceira via além do direito natural e do positivismo jurídico.

Vale recapitular que para o jusnaturalismo, o direito é objetivamente cognoscível e preexistente no logos, na lei divina, na razão. Segundo o positivismo jurídico o direito não está predeterminado, ou pelo menos os conteúdos jurídicos preexistentes não são cognoscíveis, sendo, portanto arbitrário o conteúdo do direito. Diferentemente os defensores de uma “terceira via” defendem, que de fato não estão preestabelecidos todos os concretos conteúdos jurídicos, mas apenas certas estruturas, princípios ou, então, apenas negativamente nos termos do “argumento de injustiça”, que em caso algum vale uma manifesta injustiça legal e que além disso não existe qualquer vinculação absoluta e conteúdos objetivos, mas antes uma vinculação apenas relativa ou, melhor relacional, no interior de determinadas relações. (KAUFMANN; HASSEMER, 2002, p.135).

Surge o movimento denominado de “pós-positivismo”, que abrange todas as concepções de pensamento que procuram valorizar os princípios como mandamentos de otimização de uma ordem jurídica democrática, pluralista e aberta de valores, visando a concretização constitucional.

Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, refletindo acerca do surgimento do pós-positivismo jurídico, explicam que:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética. Gradativamente, diversas formulações antes dispersas ganham unidade e consistência, ao mesmo tempo em que se desenvolve o esforço teórico que procura transformar o avanço filosófico em instrumental técnico-jurídico aplicável aos problemas concretos. O discurso acerca dos princípios, da supremacia dos direitos fundamentais e do reencontro com a Ética – ao qual, no Brasil, se deve agregar o da transformação social e o da emancipação – deve ter repercussão sobre o ofício dos juízes, advogados e promotores, sobre a atuação do Poder Público em geral e sobre a vida das pessoas. (BARROSO; BARCELLOS, 2008, p. 336).

Suas bases filosóficas são ecléticas e compõem uma constelação de autores, os quais mantêm ponto de contato com as concepções tardias de Gustav Radbruch⁸ e passam pelas influências da teoria da justiça de John Rawls, além de incorporarem os elementos da filosofia hermenêutica e as bases da teoria do discurso de Habermas.

Senão vejamos:

O pós-positivismo, como movimento de reação ao legalismo, abre-se, na realidade, a duas vertentes. Uma delas é desenvolvida por autores que buscam na moral uma ordem valorativa capaz de romper os limites impostos pelo ordenamento jurídico positivo, honrando o compromisso maior que o Direito tem com a Justiça. Suas insuficiências seriam resolvidas mediante o recurso aos valores humanitários que, apesar de circunscritos socialmente, pretendem alcançar sua dimensão universal. Tais iniciativas amparam-se, fundamentalmente, na argumentação capaz de legitimar as posições assumidas pelo intérprete, assim como na idoneidade dos mecanismos que se fazem necessários. Poderíamos indicar aqui os nomes de Chaim Perlman, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Robert Alexy. Em outra banda encontram-se autores que abraçam o pragmatismo, como é o caso de Friedrich Müller, Peter Haberle e Castanheira Neves, cujas teorias fundamentam-se antes na realidade do intérprete e nas condições de concretude da norma jurídica, do que numa ordem de valores. (CAMARGO, 2003, P. 138).

Ora, fica fácil visualizar que o pós-positivismo coloca o constitucionalismo em substituição ao positivismo legal, com profundas mudanças em alguns parâmetros, dentre elas convém destacar: valores constitucionais no lugar da concepção meramente formal em torno da norma jurídica; ponderação no lugar de mera subsunção e fortalecimento do Judiciário e dos Tribunais quanto à interpretação e aplicação da Constituição, em substituição à autonomia inquebrável do legislativo ordinário.

Por derradeiro, pode-se afirmar que muito oportuno é o estudo da evolução do pensamento jurídico. Resumidamente, o presente capítulo, passou pelo pensamento jurídico da antiguidade, pensamento jurídico medieval, pensamento jurídico moderno e pensamento jurídico contemporâneo.

⁸ “Foi Gustav Radbruch o primeiro a superar a guerra de trincheiras entre o direito natural e positivismo. Utilizando o jargão atual, com a sua filosofia do direito Radbruch realizou uma mudança de paradigmas: afastamento da filosofia do direito formal praticada sem exceções, depois de Hegel, geralmente designado por teoria geral do direito; refutação de uma filosofia do direito material, na qual estão em causa conteúdos, não formas e estruturas. No entanto, Radbruch, tal como Kelsen, era Kantiano, na medida em que só considerava possíveis proposições apriorísticas, inequívocas do ponto de vista formal, não quanto ao conteúdo. Mas, enquanto por esta razão Kelsen se cingia ao formal, Radbruch filosofava também sobre conteúdos, em especial sobre valores”. (KAUFMANN; HASSEMER, 2002, p.136)

Tudo isso, é de extremada relevância quando se pretende definir o que é neoconstitucionalismo e verificar qual é o melhor entendimento jurídico-filosófico para legitimar a expansão da jurisdição constitucional, rumo à concretização constitucional por intermédio das ações coletivas.

Estabelecida a evolução do pensamento jurídico, passa-se agora a estudar as principais características do positivismo jurídico, para só depois adentrarmos ao pós-positivismo jurídico, corrente em que se assenta o neoconstitucionalismo.

1.5 AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO POSITIVISMO JURÍDICO

Para um bom entendimento de neopositivismo, como novo método de compreensão jurídica, e já tendo estudado o marco inicial do positivismo jurídico dentro da evolução do pensamento jurídico, linhas volvidas, é indispensável agora retroceder à análise das características mais marcantes do positivismo jurídico e das razões que exigem a sua superação.

Assim, com base no pensamento de Norberto Bobbio,⁹ iremos explanar sete características principais do positivismo jurídico:

⁹ Segundo Norberto Bobbio (*apud* EMERIQUE, 2007, p. 357), podemos identificar sete pontos que identificam o positivismo: a) Quanto ao modo de encarar o direito: o positivismo considera o direito como um fato e não como um valor, o que significa que o cientista deve estudar o direito tal como o cientista estuda a realidade natural, isto é, sem formular juízos de valor. Disto resulta uma teoria da validade do direito (formalismo jurídico), pela qual a validade do direito dependa da fundamentação baseada em critérios meramente formais, independente de seu conteúdo. A validade da norma jurídica não está sujeita à afirmação de seu valor. Este aspecto caracteriza a dimensão metodológica do positivismo jurídico. b) Quanto a definição de direito: a definição do direito parte do elemento da coação, de onde provém a teoria da coatividade do direito. c) Quanto as fontes do direito: afirma a teoria da legislação como fonte preeminente do direito, ou seja, o direito é uma *sub specie legis*. d) Quanto a teoria da norma jurídica: compreende a norma como um comando e formula a teoria da imperatividade do direito. e) Quanto à teoria do ordenamento jurídico: considera a estrutura da norma não de forma isolada, mas do conjunto normativo vigente numa dada sociedade. Enfim, sustenta a teoria da coerência e da completude do ordenamento jurídico. A idéia de coerência elimina a possibilidade de existir simultaneamente duas ou mais normas antinômicas, pois trás implícita a noção uma ou mais delas serão inválidas. Também exclui a existência de lacunas no direito. f) Quanto ao método da ciência jurídica ou o problema da interpretação, defende a teoria da interpretação mecanicista, que na atividade do operador jurídico implica na prevalência do elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito (a teoria do direito contida no positivismo encontra-se disposto nas letras *b, c, d, e e f*). g) Quanto à teoria da obediência: sustenta a obediência absoluta da lei enquanto tal. Este elemento diz respeito à ideologia do direito presente no positivismo jurídico.

a) a identificação plena do direito com a lei; b) a completude do ordenamento jurídico; c) o não reconhecimento dos princípios como normas; d) a dificuldade para explicar os conceitos indeterminados; e) a identificação entre vigência e validade da lei; f) o formalismo jurídico; e) o não tratamento da questão da legitimidade do direito.

Antes disso, cabe explanar, que António Manuel Hespanha, faz uma análise no que diz respeito à utilização do positivismo jurídico como instrumento de fundamentação da legalidade dos regimes totalitários:

A fama de que o positivismo gozou, sobretudo nos últimos cinquenta anos, não foi brilhante, porque ele apareceu normalmente associado à conversão da vontade arbitrária de Estados autoritários em direito legítimo – ou seja, em direito a que se devia obedecer”. As posições antilegalistas têm constituído um sinal característico da política do direito de Estados autoritários, para os quais a lei – mesmo que sejam as suas leis e as suas constituições – podem ser sempre um embaraço para o arbítrio do poder. E, por isso, os líderes desses Estados frequentemente apelaram para normas ou valores supralegais (como o direito natural, o gênio nacional, o interesse do povo ou da Nação, a tradição, a oportunidade política, a moral e os bons costumes, a religião, quando não para a simples vontade de chefes carismáticos) para ultrapassarem os limites rigorosos da lei (decisionismo).¹⁰ (HESPANHA, 2009, p. 89-91).

Ora, essa associação do positivismo jurídico como fundamento da legalidade dos regimes totalitários é de fácil observação quando se expõe as suas características fundantes. É o que se faz a partir de agora.

É sabido que a identificação plena do direito com a lei se deu por intermédio da codificação. A codificação foi o germe do positivismo jurídico, baseado no princípio que o Código deveria ser o mais completo possível, para que fosse deixada ao interprete a menor liberdade possível. Buscava-se elaborar um direito que fosse à prova de juízes. Por isto, os Códigos pretendiam regular, ao máximo, as situações fáticas, a fim de que nada sobrasse para os magistrados interpretarem.

¹⁰ Um exemplo: A Constituição do Estado Novo (1933) declarava que a Nação portuguesa constitui um Estado independente, cuja soberania só reconhece como limites, na ordem interna, a moral e o direito (...) (art.4). Ora nem esta referencia, logo preliminar à moral e ao direito – que os juristas de então tendiam a identificar com o direito natural -, impediu o caráter autoritário e frequentemente arbitrário da ação do Estado ou a promulgação de leis primariamente ofensivas das liberdades de opinião e de expressão do pensamento. A importância da lei na salvaguarda contra atos arbitrários do poder ainda foi mais clara nos totalitarismos nazi e bolchevistas, em que a vontade do Fuhrer, do Partido único ou dos seus comissários políticos tinha força de lei. O decisionismo como fundamento do direito foi teórica e filosoficamente justificado por Carl Schmitt, membro do Partido Nacional Socialista e principal teorizador do direito nazi, membro do Conselho de Estado da Prússia, e defensor de que o princípio constitucional fundamental do III Reich era a vontade do Fuhrer e não a mera legalidade. (HESPANHA, 2009, p. 91).

Os Códigos deveriam atender aos interesses do capitalismo, protegendo a propriedade privada e a autonomia da vontade. Prevalencia o ter sobre o ser, contido no modelo do individualismo possessivo, marcado pelo protagonismo do burguês proprietário, do sujeito de direitos e do pai de família.

Para o positivismo jurídico, o direito objetivo é completo, sem lacunas, sem antinomias, sem ambiguidades e coerente. Não se admitia falar em lacunas.

A completude do ordenamento jurídico decorre da característica anterior, centrada na noção de segurança jurídica e na crença na centralidade da produção legislativa como forma de manifestação do direito. Acreditava-se na rígida separação entre as funções estatais, não cabendo aos juízes ir além da mera declaração do texto da lei. Verifica-se que o dogma da completude do ordenamento jurídico é insustentável na sociedade moderna, caracterizada por rápidas transformações socioeconômicas e por uma multiplicidade de idéias e informações.

Característica também peculiar do positivismo é não reconhecer os princípios como normas. Sua utilização se resumia à função menor e acessória de preencher eventual lacuna jurídica, caso esta antes não pudesse ser colmatada pela analogia e pelos costumes. Isso é confirmado no ordenamento jurídico brasileiro nos artigos 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e 126 do Código de Processo Civil. Os processos de integração de lacunas, mencionados acima são intrassistemáticos e referidos em ordem hierárquica.

Caberia ao juiz buscar, em primeiro lugar, a analogia, depois os costumes e, por último, os princípios gerais de direito. Dessa forma, os princípios não eram reconhecidos como fonte autônoma do direito.

Quando se deparava com conceitos indeterminados, o positivismo jurídico, não conseguia resolver satisfatoriamente. Para os casos denominados de difíceis, a tese positivista prega que o juiz, na ausência de um padrão normativo prévio e determinado, teria o poder discricionário para decidir do melhor modo que lhe parecesse.

Ao que parece, os conceitos jurídicos indeterminados¹¹ foram confundidos com os atos discricionários. Com isto, o conceito de discricionariedade administrativa foi deturpado e ensejou a consagração equivocada da discricionariedade judicial. Tal confusão contribuiu para o arbítrio do administrador público e do próprio judiciário, na medida em que representou a negação da força normativa dos princípios e da capacidade da técnica de ponderação para resolver os casos difíceis. (CAMBI, 2009, p. 82).

¹¹ PRIMEIRA TURMA RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 24.699-9 DISTRITO FEDERAL RELATOR: MIN. EROS GRAU; RECORRENTE(S): BERNARDO ROSENBERG'; ADVOGADO (A/S): RODRIGO ALVES CHAVES E OUTRO (A/S); RECORRIDO (A/S) : UNIÃO; ADVOGADO (A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO; **EMENTA:** RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE.

1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, *caput*, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90. 2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de “conceitos indeterminados” estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração. 3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De

outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos. 4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido.(...) De mais a mais, como tenho observado¹, a discricionariedade, bem ao contrário do que sustenta a doutrina mais antiga, não é consequência da utilização, nos textos normativos, de “conceitos indeterminados”. Só há efetivamente *discricionariedade*

quando expressamente *atribuída*, pela *norma jurídica válida*, à autoridade administrativa, essa margem de decisão à margem da lei. Em outros termos: a autoridade administrativa está autorizada a atuar *discricionariamente* apenas, única e exclusivamente, quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Insisto em que a *discricionariedade* resulta de expressa *atribuição* normativa à autoridade administrativa, e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos, dos quais resultam, por obra da interpretação, as normas jurídicas. Comete erro quem confunde discricionariedade e interpretação do direito. (...) Os atos administrativos que envolvem a aplicação de “conceitos indeterminados” estão sujeitos ao *exame e controle* do Poder Judiciário. “*Indeterminado*” o termo do conceito --- e mesmo e especialmente porque ele é contingente, variando no tempo e no espaço, eis que em verdade não é conceito, mas *noção* ---, a sua interpretação [*interpretação = aplicação*] reclama a *escolha de uma, entre várias interpretações possíveis, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada*. 11. Como a atividade da Administração é infralegal --- *administrar é aplicar a lei de ofício*, dizia Seabra Fagundes ---, a autoridade administrativa está vinculada pelo *dever de motivar* os seus atos. Assim, a análise e ponderação da motivação do ato administrativo informam o controle, pelo Poder Judiciário, da sua *correção*. 12. O Poder Judiciário verifica, então, *se o ato é correto*. Não, note-se bem --- e desejo deixar isso bem vincado ---, *qual o ato correto*. 13. E isso porque, repito-o, sempre, em cada caso, na *interpretação*, sobretudo de textos normativos que veiculem “conceitos indeterminados” [vale dizer, *noções*], *inexiste uma interpretação verdadeira [única correta]*; a única interpretação correta --- que haveria, então, de ser *exata* --- *é objetivamente incognoscível* (é, *in concreto, incognoscível*). Ademais, é óbvio, o Poder Judiciário não pode substituir-se à Administração, enquanto personificada no Poder Executivo. Logo, o Poder Judiciário verifica se o ato *é correto*; apenas isso.

Dentro da concepção positivista, a identificação entre vigência e validade da lei era resultado da ausência de um controle adequado da constitucionalidade, que partia da visão de que a Constituição era uma mera carta de intenções políticas que não vinculava o legislador ordinário. Vale ressaltar também, que pelo formalismo jurídico positivista, a validade da norma decorre do procedimento anterior à sua elaboração e independe do seu conteúdo. Está assentado no método dedutivo e na crença de que ele é capaz de oferecer soluções determinadas para problemas variáveis.

O positivismo jurídico identificava legalidade com legitimidade, considerando legítima toda lei que, previamente, tivesse observado o procedimento legislativo. A norma jurídica era considerada válida somente em razão das formas de sua produção, independentemente de seu conteúdo.

A juridicidade da norma dependia apenas da sua positivação, bastando que fosse elaborada por uma autoridade competente e que seguisse as formas previstas para a sua produção. A separação rígida entre o direito e a moral, ou entre a validade e a justiça, não permitia a submissão da lei a vínculos substanciais, impostos por princípios ou por direitos fundamentais expressos na Constituição.

Cabia aos Códigos disciplinar, exaustivamente, todas as condutas humanas juridicamente relevantes e as respectivas sanções, para que o trabalho do interprete se resumisse a enquadrar o fato concreto na regra jurídica.

Prevalecia a superioridade do legislador frente aos juízes. A visão do princípio da separação dos poderes era simplificada na soberania do legislador frente ao servilismo dos juízes. O raciocínio judicial se limitava à constatação das condições para a imposição da regra jurídica. A sentença era resultado de mero silogismo judiciário, reduzindo o Direito a um cálculo matemático. (CAMBI, 2009, p. 83).

1.6 AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO NEOPOSITIVISMO

Fica fácil identificar que o marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo (BARROSO, 2008, p. 247).

A aproximação entre a lei e a razão foi característica do jusnaturalismo moderno, pois o jusnaturalismo tem origens no pensamento grego a mais de 2000 anos. O jusnaturalismo moderno é um marco filosófico do Direito, pois, funda-se no ideal da existência de direitos inerentes à condição humana e também na existência de uma limitação do poder do Estado frente ao indivíduo.

O jusnaturalismo moderno, por clara influência Iluminista, foi o combustível teórico das revoluções liberais e das primeiras Constituições escritas e codificações. Tinha clara influência de outros ramos do pensamento e, não dispunha de uma construção calcada na cientificidade.

A ascensão do positivismo jurídico, com sua busca pela objetividade científica, equiparando o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça. Tal corrente dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX e foi a responsável pela superação do jusnaturalismo moderno.

Conforme dito, a derrocada do positivismo está simbolicamente associada à derrota dos regimes fascista e nazista.

Finda a 2ª Grande Guerra, e com a convicção de que o direito desassociado da moral e da ética poderia servir de instrumento para a legitimação de regimes totalitários e de práticas bárbaras, conclui-se que a aproximação, quase absoluta, entre direito e norma e sua rígida separação da ética, não corresponde ao estágio do processo civilizatório atual e, nem ao que se pretendia alcançar.

Porém, o direito estava impregnado do cientificismo dominante até então, e os estudiosos não pretendiam um simples retorno ao jusnaturalismo, com suas incertezas, conceitos vagos e grande dependência de elementos metajurídicos.

Neste contexto, o pós-positivismo, surge com o propósito não de simples oposição, mas de superação do conhecimento até então posto, introduzindo no ordenamento positivo as idéias de justiça e legitimidade.

Concebeu-se então o pós-positivismo, como uma terceira opção entre as concepções jusnaturalista e positivista, pois, não se podia abrir mão de um direito com um mínimo de certeza, clareza e capaz de trazer certa segurança jurídica, ao mesmo tempo em que, não mais se podia conceber um direito desvincilhado da moral e da filosofia.

No pós-positivismo incluem-se idéias ricas e heterogêneas onde incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento da normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente promove-se uma reaproximação entre o Direito e a ética. (BARROSO, 2008, p. 249).

O neopositivismo é estudado como uma conseqüência filosófica do neoconstitucionalismo. Apresenta-se como uma forma de interpretação e aplicação do direito, diferente do positivismo.

Para o neopositivismo a norma jurídica não se confunde com o texto da lei, ao contrário do que propugnava a Escola da Exegese¹². Com o *Code Napoléon*, formou-se a Escola da Exegese, que erigiu este Código como sendo a única fonte do Direito Civil, reduzindo o trabalho exegético à explicação literal dos textos legais. (CAMBI, 2009, p. 23).

¹² Sob a ênfase do racionalismo, surge, na França, em 1804, o Código Civil Francês, mais conhecido como Código de Napoleão. A idéia de sistema como conjunto de elementos estruturados de acordo com as regras de dedução impõe-se no campo da filosofia, com especial repercussão no direito. A criação de um corpo sistemático de normas capaz de uniformizar o direito, suprimindo a obscuridade, a ambigüidade, a incompatibilidade e a redundância entre os vários preceitos normativos regionais e setoriais, objetivando sua aplicação, revela uma vitória da razão sobre outras formas espontâneas de expressão cultural. E como movimento doutrinário proveniente dos grandes comentaristas do novo código, surge a chamada Escola da Exegese (CAMARGO, 2003, p. 137).

Para o positivismo o direito se apoiaria somente na disposição legal, dependendo apenas do auxílio de um processo puramente lógico, recorrendo o intérprete à subsunção como meio para a obtenção da conclusão silogística. No entanto, a norma não pode ser identificada com o seu texto literal, pois, mesmo na interpretação gramatical, é indispensável distinguir os diferentes sentidos da palavra, os quais devem ser esclarecidos tanto a partir de dados materiais como pela língua, a exigir a diferenciação e avaliação normativo-jurídica dos campos associativos que lhe são conexos. (COELHO, 1993, p. 18/19).

O que houve foi uma tentativa de manipular ideologicamente o Direito, com fundamento de que a lei seria a tradução da vontade geral e do bem comum. Essa manipulação ideológica partiu da burguesia que, pretendendo a manutenção do status quo, visou ocultar o conflito de classes e de interesses, difundindo a idéia de paz e harmonia, ordem e progresso, consenso e felicidade geral. A preocupação com a ideologia está inserida na própria noção de Direito, uma vez que, etimologicamente, a palavra Direito traduz, no senso comum, a idéia daquilo que se dirige para o caminho do bem, como algo bom e justo. (COELHO, 1993, p.19).

O positivismo não pode ser superado por meio da renúncia ao direito positivo ou à positividade do direito. Porém, a positividade do direito não se confunde com o legalismo.

As Constituições modernas, ao ocuparem o lugar dos Códigos, acabam por superar a identificação plena do direito com a lei (legalismo), fruto da concepção liberal de direito. O princípio da supremacia da lei não mais prevalece, pois a lei não é mais vista como produto perfeito e acabado pelos princípios constitucionais de justiça e pelos direitos fundamentais. (MARINONI, 2006, p. 93).

Ademais, a norma não se confunde com o texto. Interpretar é determinar o significado objetivo de um texto: antes da interpretação, não há norma, apenas um texto. Não há um significado interno ao texto, que prescindia da interpretação; por isto, interpretar não é declarar algo já existente no texto, mas resultante da decisão do intérprete que, com o uso da linguagem, constrói versões de significado.

A obtenção do conteúdo semântico do texto é tarefa da hermenêutica jurídica, baseada em três postulados metodológicos que refutam a metodologia de dedutivo-positivista: a) a letra da lei ou da Constituição não dispensa a averiguação de seu conteúdo semântico; b) a norma não se identifica com o texto; c) o âmbito normativo da norma está relacionado com elementos de concretização relacionados com o problema dependente de decisão. (CANOTILHO, 2003, p. 1216).

A letra da Constituição ou da lei pode ter uma influência maior ou menor, dependendo da força do texto normativo. Quando o imperativo lingüístico do texto é forte (prazos, normas de organização e competência), a sua influência na definição do caso concreto é maior, quando o texto da norma contém conceitos vagos ou prevê elementos valorativos (dignidade da pessoa humana, erradicação da pobreza, promoção do bem comum), menor é a capacidade de influir na decisão dos casos concretos. (CAMBI, 2009, p. 87).

Pode-se afirmar que o direito nunca está concluído nos textos legislativos. Não é obra exclusiva ou monopólio do autor da regra jurídica, porque o processo de produção jurídica não está todo contido na sua elaboração. Somente se inicia com os legisladores, mas vai terminar apenas quando devidamente efetivado, o que pode ocorrer por força de decisão administrativa ou judicial.

As Constituições atuais não apenas constituem limites para o legislador, mas também prevêem um programa positivo de valores que devem ser por eles concretizados.

Ao contrário da idéia positivista de direito, que conferia caráter secundário e subsidiário aos princípios jurídicos, a Constituição se firma como uma ordem objetiva de valores ou um sistema aberto de princípios e de regras.

É sabido que os princípios são valores axiológicos do sistema jurídico e, conseqüentemente, possuem força normativa imediata. Não exercem apenas a função secundária de preenchimento das lacunas na lei. São fontes primárias do direito, subjacentes às regras, expressando juridicamente os valores e os fins de uma sociedade. (CAMBI, 2009, p. 87).

Os valores não se confundem com os princípios ou com as regras. Aqueles possuem caráter somente axiológico, enquanto estes tem sentido deontológico-teleológico. Os valores não determinam o que deve ser, mas o que é melhor. Por isso dependem de apreciação racional. Na colisão entre dois valores, não se questiona o que é devido, apenas o que é melhor.

Os princípios por versarem normas finalísticas estabelecem fins a serem atingidos pela promoção de bens jurídicos, que impõe condutas necessárias para a sua preservação ou realização. Logo possuem caráter deontológico (porque estipulam razões para a existência de obrigações, permissões ou proibições) e teleológico (porque a obrigações, permissões e proibições decorrem dos efeitos advindos de determinado comportamento que preservam ou promovem determinado bem jurídico). (CAMBI, 2009, p. 88).

Os princípios não se dissociam dos valores, porque representam o seu aspecto deontológico, posto que, além de demonstrarem que algo é bom e vale a pena ser buscado (caráter axiológico das normas), como fazem os valores jurídicos, determinam também que esse estado de coisas deve ser preservado ou promovido.

As regras, por serem normas imediatamente descritivas de comportamento, possuem caráter deôntico (na medida em que estipulam razões para a existência de obrigações, permissões ou proibições) e deontológico (porque tais obrigações, permissões e proibições decorrem de uma norma que estabelece “o que” deve ser feito).

Os direitos fundamentais, entendidos como princípios, compreendem tanto direitos subjetivos quanto expressam uma ordem objetiva de valores. Nesta medida, os princípios se irradiam ou se expandem por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e a aplicação das normas e permitindo a leitura moral do direito. (BARROSO, 2007, p. 11).

Vale ressaltar que regras e princípios se complementam, já que ambas as espécies normativas envolvem, mediata ou imediatamente, comportamentos e fins. Aquelas se preocupam em descrever condutas para atingir certas finalidades, enquanto estes prevêm fins, cuja realização ou preservação depende de determinados comportamentos.

Por essa complementariedade, cabe afirmar, que a estrutura da regra facilita a realização do valor da segurança jurídica, enquanto a dos princípios favorece a justiça das decisões. Assim, quanto mais regras houver no sistema jurídico, mais previsível, estável e seguro ele será, já em relação os princípios, quanto mais existirem, maior será o grau de flexibilidade e sua capacidade de acomodar situações imprevisíveis, o que provoca uma sensação de insegurança. (BARCELLOS, 2005, p. 187)

Daí cabe a afirmativa de que a construção de um sistema ideal decorre do equilíbrio entre os valores da segurança jurídica e da justiça, ou seja, é necessário o equilíbrio entre regras e princípios.

É o que pensa Canotilho (2003, p. 1088):

Um ordenamento constituído, apenas por regras seria inconveniente, pelas seguintes razões: a) conduziria a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática; b) imporia a identificação entre o direito e a lei; c) daria mais segurança jurídica, porém inviabilizaria os espaços livres para a complementação e o desenvolvimento do sistema jurídico, especialmente o constitucional, caracterizado pela existência de normas abertas. Por outro lado, um sistema baseado somente por princípios também seria inaceitável, porque, em razão da estrutura aberta dos princípios, da sua aplicabilidade dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, levaria à construção de um ordenamento jurídico incapaz de reduzir as complexidades do próprio sistema e, portanto, extremamente inseguro.

O que pretende o neoconstitucionalismo é uma nova teoria da norma, que possibilite a conjugação de regras e de princípios, bem como uma nova teoria da interpretação jurídica que não seja nem puramente mecanicista nem, tampouco, absolutamente discricionária.

Para se construir uma nova interpretação constitucional (nova teoria da norma), é importante frisar em linhas gerais a diferença entre princípios e regras.

As regras se esgotam em si mesmas, não tendo nenhuma força constitutiva fora do que elas significam. Isto é, proporcionam o critério das ações, dizendo como se deve ou não se deve agir, em situações específicas, previstas pelas próprias regras. As regras, não possuem suporte fático, tendo significado operativo apenas frente a determinado caso concreto, ou seja, não podem ser concebidos em abstrato e seu alcance somente pode ser entendido em razão dos casos concretos. (ZAGREBELSKY, 2008, p. 118).

Em contrapartida, os princípios não dizem, diretamente, como se deve agir, podendo ser aplicados diante de situações concretas. Os princípios são mandamentos de otimização, isto é, jamais podem ser realizados completamente e, mais, podem ser concretizados de modos diferentes, dependendo das diferentes ações concretas a serem adotadas. São constituídos por um conjunto aberto de condutas, tendo um componente representacional altamente complexo.

Diferentemente dos princípios que são mandamentos ou comandos de otimização, as regras possuem mandamentos ou comandos definitivos, na medida em que descrevem comportamentos a serem cumpridos e pré-determinam os efeitos desejados, sem se preocuparem com os fins que as condutas descritas procuram realizar. Assim, podem ser definidas como normas que estabelecem com maior exatidão o comportamento devido (maior grau de determinação da ordem e maior especificação dos destinatários), prevendo indiretamente os fins e, por isto, dependem menos intensamente da sua relação com outras normas ou de atos institucionais de interpretação para que seja determinada a conduta devida. (ÁVILA, 2001, p. 21).

Em relação aos princípios cabe salientar que estabelecem estados ideais, objetivos mais ou menos amplos a serem alcançados, mas não mencionam necessariamente as ações ou condutas que devem ser praticadas para a obtenção desses fins.

São normas imediatamente finalísticas e mediatamente de condutas, uma vez que estabelecem, diretamente, as finalidades e, com menor exatidão, o comportamento devido, e com isso requerem mais intensamente a relação com outras normas e atos institucionais de interpretação para a determinação da conduta devida. (ÁVILA, 2001, p.21/23).

Resumindo, as regras instituem deveres definitivos, não dependendo das possibilidades fáticas e normativas, ao contrário dos princípios, que instituem deveres preliminares, dependentes das possibilidades fáticas ou normativas. (ÁVILA, 2001, p. 26).

Para se saber se uma norma é regra ou princípio, não é tão relevante a denominação dada pelo legislador, mas sim a análise da prescrição normativa entre a conduta e os fins. É

que, há normas positivamente intituladas de direitos que também expressam princípios (ex: direitos fundamentais) e outras denominadas princípios, mas que são regras de aplicação de outras normas (ex: legalidade, irretroatividade). (ÁVILA, 2001, p. 21/23).

Outra relevante diferença entre regras e princípios está no modo de aplicação. As regras são aplicadas por subsunção, enquanto os princípios, por ponderação.

Assim, as regras por exigirem a realização de comandos determinados, tem pretensão de exclusividade, isto é, ou são consideradas cumpridas, ou são consideradas descumpridas: tudo ou nada.

Por fim, os princípios por serem mandamentos de otimização, devem ser aplicados na maior medida possível, ou seja, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. As colisões de princípios não se resolvem no plano da validade, não tendo os princípios, a pretensão de exclusividade. Havendo colisões principiológicas, não há como definir que sempre um princípio prevaleceria sobre o outro; tudo vai depender das circunstâncias apresentadas no caso concreto. A colisão entre princípios depende da instituição de critérios de prevalência entre os princípios envolvidos, a serem estabelecidos de acordo com as circunstâncias do fato concreto e em função do peso relativo de cada princípio. (CAMBI, 2009, p. 95).

É notório que para o neopositivismo, a norma não é mera descrição da lei ou da Constituição, mas é resultado de sua interpretação (método concretista da norma). A norma jurídica somente adquire normatividade quando se transforma em norma de decisão aplicável aos casos concretos.

Tal afirmação tem cabimento porque os produtos normativos, resultantes dos procedimentos legislativos, não resolvem todos os problemas. Não determinam a tomada de decisão jurídica, em razão: a) da incerteza da linguagem; b) da possibilidade de conflitos entre normas; c) do fato de que pode haver casos que exigem resolução jurídica, mas cuja solução não é providenciada por nenhuma norma válida; d) da possibilidade, em casos especiais, de tomar uma decisão que vai contra a letra da lei. (ALEXY, 2001, p. 268).

Ao se afirmar que o direito não se resume ao texto da lei ou da Constituição, pode-se inferir também que o direito não emana única e exclusivamente do Estado-legislador. Portanto

o direito não se esgota em um catálogo de regras ou princípios. O império do direito é definido pela atitude interpretativa dirigida à política, em sentido amplo.

A concretização envolve tanto os participantes diretos do procedimento de interpretação-aplicação da Constituição quanto o público. Todos os participantes do processo de concretização normativo exercem papel importante, já que colocam a norma em contato com a realidade. Ademais, o método concretista está fundado no pluralismo jurídico, ou seja, revela a superação da concepção monista, segundo a qual somente o grupo político detém o poder de criar e ditar normas jurídicas. Isto permite visualizar não apenas fontes formais do direito, mas atribuir juridicidade a manifestação de grupos menores. (COELHO, 2008, p. 286).

O método concretista exerce um papel ainda mais relevante na concretização normativo-constitucional, uma vez que a Constituição está repleta de normas de caráter aberto, indeterminado, podendo existir diferentes níveis de realização ou de concretização (legislativo, administrativo e judicial) para que a norma constitucional se aproxime da realidade. (CANOTILHO, 2003, p. 1222).

Assim, diferentemente o positivismo jurídico procurou criar uma ciência jurídica com características análogas às ciências exatas. Tal afirmação é ancorada pelas seguintes razões: a) o direito se distanciou da moral, por estar fundado na realidade objetiva e distanciado de especulações filosóficas; b) deveria ser fundado em juízos de fato, baseados no conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que pudessem representar uma tomada de posição quanto à realidade; c) o sujeito deveria ser neutro, porque o direito seria um dado objetivo, uma vez que era concebido com um conjunto de conceitos que deveriam existir independentemente dos casos concretos ou de quem tivesse de julgá-los, possuindo o valor intrínseco sem necessitar de correspondência com a realidade. (CAMBI, 2009, p. 113).

Tais premissas conduziram a compreensão positivista do direito ao formalismo jurídico. Dessa forma, a norma tinha validade em razão da observância dos critérios formais prévios à sua elaboração, independentemente de seu conteúdo. Simplesmente se impunha a subsunção dos fatos processualmente conhecidos às normas gerais e abstratas. O raciocínio positivista conduz a um sistema fechado, no qual as decisões legais corretas seriam

deduzidas por meio de procedimentos lógicos, a partir de regras jurídicas predeterminadas, sem referência a fins sociais, políticas e *standards* morais.

No que se convencionou chamar direito pós-moderno¹³ a pretensão é combater a negação de direitos por critérios meramente formais, privilegiando o conteúdo em detrimento do apego excessivo à forma. Critica os métodos de coerção e restrição de acesso a direitos, baseados no império do rito, do procedimento, do acesso condicionado pela burocracia, que fazem com que o direito seja acessível tão somente àqueles que sobrevivem as armadilhas e artimanhas criadas pelo sistema jurídico. (BITTAR, 2005, p. 432).

O positivismo jurídico separava o direito da moral, porque pregava a idéia de um direito neutro, isto é, incapaz de impor uma moral que pudesse ser justificada de maneira universal.

A decadência do positivismo jurídico está associada, historicamente, à derrocada dos regimes autoritários (fascismo e nazismo), para os quais o ordenamento jurídico deveria ser indiferente aos valores éticos, bastando a aplicação da lei em sentido formal, sem qualquer consideração pelo seu conteúdo.

¹³ Vale aqui frisar o conceito de pós-modernidade. Pós-modernidade é a condição sócio-cultural e estética do capitalismo contemporâneo, também denominado *pós-industrial* ou *financeiro*. O uso do termo se tornou corrente, embora haja controvérsias quanto ao seu significado e pertinência. Tais controvérsias possivelmente resultem da dificuldade de se examinarem processos em curso com suficiente distanciamento e, principalmente, de se perceber com clareza os limites ou os sinais de ruptura nesses processos. Segundo um dos pioneiros no emprego do termo, o francês Jean-François Lyotard, a "condição pós-moderna" caracteriza-se pelo fim das metanarrativas. Os grandes esquemas explicativos teriam caído em descrédito e não haveria mais "garantias", posto que mesmo a "ciência" já não poderia ser considerada como a fonte da verdade. Para o crítico marxista norte-americano Fredric Jameson, a Pós-Modernidade é a "lógica cultural do capitalismo tardio", correspondente à terceira fase do capitalismo, conforme o esquema proposto por Ernest Mandel. Outros autores preferem evitar o termo. O sociólogo polonês Zygmunt Bauman, um dos principais popularizadores do termo Pós-Modernidade no sentido de forma póstuma da modernidade, atualmente prefere usar a expressão "modernidade líquida" - uma realidade ambígua, multiforme, na qual, como na clássica expressão marxiana, *tudo o que é sólido se desmancha no ar*. O filósofo francês Gilles Lipovetsky prefere o termo "hipermodernidade", por considerar não ter havido de fato uma ruptura com os tempos modernos - como o prefixo "pós" dá a entender. Segundo Lipovetsky, os tempos atuais são "modernos", com uma exarcebação de certas características das sociedades modernas, tais como o individualismo, o consumismo, a ética hedonista, a fragmentação do tempo e do espaço. Já o filósofo alemão Jürgen Habermas relaciona o conceito de Pós-Modernidade a tendências políticas e culturais neoconservadoras, determinadas a combater os ideais iluministas.

O problema de se acreditar que as normas tem validade independentemente de seu conteúdo é permitir que qualquer Estado, mesmo aqueles onde a democracia não seja observada, transformem-se em Estado de Direito. Isto aconteceu com o nazismo e o fascismo que se apoderaram da lei para justificar as suas ações criminosas. O princípio da legalidade formal ou da mera legalidade é insuficiente para garantir mecanismos eficientes de controle dos abusos dos órgãos decisórios, não inibindo o uso totalitário e antidemocrático do poder.

A preocupação com o conteúdo dos direitos está expresso nas Constituições modernas, ao preverem direitos fundamentais como limites e vínculos aos detentores do poder, estabelecem instrumentos capazes de determinar critérios de legitimação do direito.

A previsão de direitos constitucionais impôs uma nova relação entre o direito e a moral. Os princípios e valores, contidos na Constituição (dignidade da pessoa humana, solidariedade social, liberdade, igualdade) abriram uma via de penetração moral no direito positivo.

O neopositivismo, a qual se assenta o neoconstitucionalismo, promove a reaproximação do direito com a moral¹⁴, buscando a concretização dos valores compartilhados por toda a comunidade, em certo momento e lugar, a fim de legitimar o exercício do direito enquanto instrumento do poder.

¹⁴ Vale mencionar rapidamente semelhanças e diferenças entre direito e moral. O direito possui como características: a heteronomia; a coercibilidade; a bilateralidade. O direito é atributivo da conduta humana. Heteronomia, coercibilidade e bilateralidade seriam as notas essenciais do direito porque as obrigações jurídicas se formulam da comunidade para o indivíduo, e não o contrário, porque o descumprimento de comandos jurídicos pode ter como modo a aplicação de sanções, e mesmo o exercício do comando jurídico sob a força física, uma vez que o Estado monopoliza a violência e, por fim, porque as relações jurídicas pressupõem ao menos a interação de dois sujeitos para existir e serem cumpridas. Unilateralidade, incoercibilidade e autonomia seriam as notas essenciais da moral, significando exatamente o oposto do indicado acima como característico do direito. Se a moral demanda do sujeito uma atitude (solidariedade), seu estado de espírito, sua intenção e seu convencimento interiores devem estar direcionados no mesmo sentido vetorial das ações exteriores que realiza (intenção solidária, e não interesseira). É certo que a norma ética se constitui, na medida da norma jurídica, de um comando de ordenação e orientação da conduta humana (dever-ser), tornando-se critério para averiguação da ação conforme ou desconforme, mas há que se notar esse diferencial. Se o direito demanda do sujeito uma atitude (não matar), se conforma com a simples não ocorrência do fato considerado criminoso, não arguindo acerca da volição (rivalidade). De fato, o que se há de dizer é que a moral se caracteriza por uma série de dados (espontaneidade, consciência, unilateralidade, conduta anterior...) que a faz algo distinto do direito (coercitividade, bilateralidade, heteronomia, atributividade...). O que há que se questionar agora é qual a relação mantida entre direito e moral, visto que foram analisados os principais aspectos que caracterizam cada qual dos ramos normativos. E, nesse sentido, só se pode afirmar que o direito se alimenta da moral, tem seu surgimento a partir da moral, e convive com a moral continuamente, enviando-lhe novos conceitos e normas, e recebendo novos conceitos e normas. A moral é, e deve sempre ser, o fim do direito. Com isso pode-se chegar à conclusão de que direito sem moral, ou direito contrário às aspirações morais de uma comunidade, é puro arbítrio, e não direito. O consenso, no

entanto, não existe entre aqueles autores que visam a tratar da questão de saber se o direito é mais largo ou mais estreito que os domínios da moral. De qualquer forma, é interessante perceber como alguns autores possuem acuidade para detectar na moral uma forma também de dilatar a construção da pacificidade social, meta, a princípio, do direito. De qualquer forma, pode-se mesmo admitir que o direito acaba por desempenhar um certo papel ético. Ainda que esse seu papel ético não se chame mínimo ético, o direito acaba desenvolvendo uma certa função social moralizadora das atitudes humanas na relação indivíduo/coletividade. (BITTAR, 2010, p. 62/64).

2 OS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS: UMA ANÁLISE DAS PERSPECTIVAS FORMAL, SUBSTANCIAL E PROCEDIMENTAL

Quando se fala em perspectiva formalista, substancialista e a procedimentalista, está a se dizer, que tais perspectivas encontram embasamento em três paradigmas constitucionais, ou seja, o liberal, o social e o democrático. Importante é a explanação das perspectivas aludidas, para o fim de identificar qual é a melhor maneira de legitimar os ideais neopositivistas dentro do Estado Democrático de Direito, no que tange a concretização constitucional.

2.1. FASE FORMALISTA

Com a realização de uma breve retrospectiva, será possível verificar que a liderança absolutista dos monarcas, começou a se chocar com os interesses de uma nova classe social que se formava, qual seja, a burguesia. Esta classe ganhava, vertiginosamente, força econômica, decorrente de suas atividades laborais, e apelo social aos seus pleitos, por possuir maior penetração nas camadas sociais mais populares, não coincidindo, no entanto, os seus reais interesses com os desvalidos.

A tensão gerada pelos interesses destes grupos sociais (interesses exclusivos da burguesia) acabou por fomentar algumas revoluções, dentre as quais, a Revolução Francesa é o melhor exemplo. Simplesmente, tais revoluções alteraram o sistema de organização social, deixando para trás o Estado absolutista, com o surgimento do Estado Liberal, ou de direito, que acompanhou a ascendência do constitucionalismo moderno.

Na verdade o Estado Liberal nasce com uma forte desconfiança dos governantes e dos juízes, por razões históricas e políticas, vez que os seus ocupantes possuíam ligação com o sistema de governo anterior, o que fez com que o Estado se organizasse em função do Poder Legislativo.

Surgiu o dogma de que somente o governo de leis seria capaz de garantir direitos aos componentes de uma sociedade, gerando assim um fortalecimento das atividades desempenhadas pelo Poder Legislativo, com o discurso de que as leis deveriam ser criadas pelos representantes do povo.

O que a classe social dominante burguesa pretendia neste momento era que o Estado atrapalhasse o mínimo possível o desenvolvimento de suas atividades econômicas, sendo este chamado somente para garantir as liberdades clássicas, o que revelava um intenso apelo individualista.

Este momento do constitucionalismo moderno é identificado como o do Estado de Direito Liberal, relacionado aos direitos fundamentais ditos de 1ª geração ou 1ª dimensão. É sabido que a 1ª dimensão de direitos é composta pelos direitos de liberdade, que correspondem aos direitos civis e políticos oponíveis ao Estado (direito à vida, à liberdade, à propriedade, etc).

No modelo de constitucionalismo moderno, especificamente o liberal, era salutar que a Constituição não possuísse a força normativa atual, sendo-lhe reservado um espaço de coadjuvante na condução dos projetos políticos e jurídicos daquele momento histórico, vez que dependia de normas infraconstitucionais para maior concretização.

Diante das idéias liberais, o centro do sistema jurídico era reservado aos Códigos de Direito Privado, e não às Constituições, sendo o Código Napoleônico um bom exemplo do primado da lei que reinou durante este período.

Sob o império da lei, que privilegiava a atuação legislativa, pode-se afirmar que a liberdade concedida ao magistrado para a aplicação do direito, que se resumia na lei, era mínima, ou quase nula. Neste momento não existia a possibilidade de se questionar a constitucionalidade de uma lei, já que não existiam mecanismos jurídicos para tanto.

Evidente a existência de uma desconfiança nas intenções dos juízes, que possuíam fortes vínculos com a nobreza e com os reis, sendo que se acreditava que a entrega das resoluções dos conflitos à opinião do juiz seria uma afronta à segurança jurídica que se queria à época (MONTESQUIEU, 2000, p. 170).

Por outro lado se acreditava fielmente no poder de antevisão dos legisladores, que seriam capazes de enxergar antecipadamente todos os problemas que poderiam surgir na sociedade, promovendo as soluções através das leis promulgadas no Legislativo, às quais o juiz deveria estar totalmente vinculado, só se aceitando certa liberdade quando a lei expressamente lhe concedesse.

O direito neste período era enxergado como um sistema normativo de regras abstratas e gerais, que eram consideradas válidas e aplicadas indistintamente para todos os pertencentes da comunidade emissora das normas de direito.

Dáí que, costumeiramente, identifica-se neste período uma atividade judicial de aplicação que se denomina como formalismo, em que toda a ação do magistrado estaria submetida a uma ordem previamente definida, bastando tão somente promover a subsunção do fato à norma pré-existente.

É o que afirmou Menelick de Carvalho Netto (2000, p. 479):

É claro que sob este primeiro paradigma constitucional, o do estado de Direito, a questão da atividade hermenêutica do juiz só poderia ser vista como uma atividade mecânica, resultado de uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e distintos, e a interpretação algo a ser evitado até mesmo pela consulta ao legislador na hipótese de dúvidas do juiz diante de textos obscuros e intrincados. Ao juiz é reservado o papel de mera “*bouche de la loi*”.

Segundo Cappelletti (1999, p. 32), as escolas de pensamento que defendiam o formalismo acreditavam na ilusão da idéia de que a posição do juiz é a de mera declaração do direito, numa atividade não criativa, que impunha uma lógica dedutiva, protegida de uma valoração pessoal.

O modelo até então existente enxergava uma atuação judicial bem restrita, vinculada à idéia de soluções absolutas e abstratas proferidas pelas leis, cabendo ao juiz, em sua atividade de aplicação do direito ao caso concreto, o emprego de uma lógica cartesiana, separada de suas crenças pessoais ou aos valores sociais, no sentido de encontrar a lei correta para o caso apresentado, numa intenção clara de manter o juiz não somente imparcial, mas também neutro (CAPPELLETTI, 1999, p. 33).

2.2. FASE SUBSTANCIALISTA

Por mais que a formação do Estado Liberal tivesse sido uma conquista da sociedade moderna, o que se constatou na prática foi uma extrema exploração humana feita pelo próprio homem, que resultou numa acumulação de riquezas jamais vista na história da humanidade.

Este momento histórico de ruptura com o modelo de Estado anterior se insurgiu contra aqueles ideais fundantes do modelo liberal, que colocou o homem totalmente desprotegido diante das armadilhas do sistema de produção, o qual vislumbrava somente o aumento vertiginoso e socialmente descomprometido do capital.

A opressão imposta na ordem liberal fez surgir novas idéias comprometidas com uma igualdade que se materializasse no mundo fático, e não somente perante a lei, e com direitos que garantissem melhores condições de vida para as camadas exploradas da sociedade, que não se limitassem a uma proteção burguesa.

Existia um sentimento por parte da população de total descompromisso por parte do Estado, já que a camada excluída e explorada não conseguia desfrutar das necessidades vitais mínimas.

Os pensamentos socialistas, comunistas, passam a questionar o modelo vigente, ganhando forte apoio dos movimentos de massa, que pleiteavam direitos para toda uma coletividade de trabalhadores, como o direito de greve, salário, saúde, educação, lazer, etc. O principal efeito desta revolta social sem dúvida foi à transformação do Estado Liberal num Estado Social ou Estado do Bem-Estar Social, que ensejou o reconhecimento e permitiu uma nova valoração aos direitos fundamentais.

É o que aponta Menelick de Carvalho Netto (2000, p. 480):

Mudanças profundas também de toda ordem conformam a nova sociedade de massas que surge após a 1ª Guerra Mundial e, com ela o novo paradigma constitucional do Estado Social. (...) Não se trata apenas de acréscimo dos chamados direitos de segunda geração (os direitos coletivos e sociais), mas inclusive da redefinição dos de 1ª (os individuais); (...) O Estado assume toda a dimensão do público e tem que prover os serviços inerentes aos direitos de 2ª geração à sociedade, como saúde, educação, previdência, mediante os quais alicia clientelas.

Assim, surgem os chamados direitos de 2ª dimensão, que são aqueles que imputam ao Estado ações positivas, conhecidos como direitos a prestação, por exemplo, direitos sociais, culturais, coletivos. Tais direitos foram inseridos nas constituições, mas limitados a uma visão individual do direito.

Diante da criação destes novos direitos, o Estado, adaptou a sua forma de atuar, focando as suas atenções não somente para a edição de leis, mas para a concretização das políticas públicas, que demandavam ações positivas de execução dos direitos fundamentais sociais.

Isso favoreceu uma maior evidência do Poder Executivo diante de uma contenção da importância do Poder Legislativo, num processo de equilíbrio de forças entre estes dois poderes, que uniram esforços no sentido de garantirem a materialização dos direitos fundamentais sociais. Verifica-se nesse período a hegemonia do Poder Executivo, que adquiriu vasta discricionariedade no desenvolvimento de suas atividades.

É o que demonstra Oswaldo Luiz Palu (2004, p. 226-227):

Com o advento do Estado Social, a situação tornou-se contraditória, sendo que a lei tornou-se um mero instrumento de governo, expressão de uma maioria passageira e

circunstancial; por outro lado, tudo passou a exigir-se do Governo, ou seja, as demandas tornaram-se imensas e, como se sabe, não se governa sem um ato normativo prévio e abstrato. Essa tendência fez um caminho fastidiosamente inverso daquele traçado pelos iluministas; novamente o Executivo detinha um incomensurável poder.

Essa nova concepção de Estado Social, criador e executor das leis, possibilita também uma necessária modificação dentro do âmbito do ordenamento jurídico, em especial à atuação judicial na aplicação das normas jurídicas, como bem observa Menelick de Carvalho Netto (2000, p. 480)”

(...) o próprio ordenamento ganha um novo grau de complexidade. O juiz agora não pode ter a sua atividade reduzida a uma mera tarefa mecânica de aplicação silogística da lei tomada como a premissa maior sob o qual se subsume o fato. A hermenêutica reclama métodos mais sofisticados como as análises teológicas, sistêmica e histórica capazes de emancipar o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria lei, profundamente inserida nas diretrizes de materialização do Direito que a mesma prefigura, mergulhada na dinâmica das necessidades dos programas e tarefas sociais.

Simplesmente o que se vê é atividade judicial acompanhando as profundas mudanças realizadas na maneira de agir do Estado, buscando auxiliá-lo para o maior implemento possível dos direitos fundamentais sociais. É o início da queda do reinado do formalismo.

Começa a se falar em princípios como instrumentos de aplicação do direito, inicialmente denominados como princípios gerais do direito (aproximação entre direito e moral). No entanto os referidos princípios não possuíam a mesma hierarquia normativa das regras.

Essa mudança na atuação dos juízes, dentro do Estado Social, tem como marca a atuação do Poder Judiciário comprometido com a materialização dos direitos fundamentais sociais, verdadeiramente como um garantidor destes direitos. A doutrina identifica essa como fase substancialista do Poder Judiciário.

O movimento substancialista se opõe a fase formalista em que o Poder Judiciário não possuía poder de interpretação e discricionariedade. Para o substancialismo o Poder Judiciário deveria atuar como protetor dos direitos fundamentais sociais.

Em destaque Mauro Cappelletti¹⁵ (1999, p. 13), desenvolve um estudo analisando a atuação dos juízes como legisladores, ou seja, questiona se o juiz é mero intérprete aplicador do direito, ou se participa da atividade legislativa na criação do direito. Demonstra também, toda a insatisfação existente contra o formalismo da atuação judicial típica do período liberal e que o Poder Judiciário com o surgimento do Estado Social, assume novas responsabilidades, dentre as quais se destaca o controle judiciário da atividade do executivo.

Com uma visão substancialista Cappelletti (1999, p. 79) conclui que a única diferença existente entre o legislador e o juiz na criação do direito possui natureza formal ou procedimental-estrutural, que se refere ao fato de que o legislador exerce uma função ativa na produção do direito, enquanto que o juiz deve se guardar numa posição passiva, devendo ser acionado para tanto, o que demonstraria certa limitação de quantidade de produção do direito e não de qualidade da produção. Percebe-se que Cappelletti, entende que o Poder Judiciário seria capaz e legitimado a produzir direitos para garantia e proteção dos direitos fundamentais e aos princípios democráticos.

Assim, o juiz no desenvolvimento de suas atividades, possuiria discricionariedade para dizer o direito, ainda que não houvesse uma produção democrática de normas legais. Seguindo seu raciocínio ninguém seria melhor do que o magistrado para proteger os direitos fundamentais e garantir o acesso plural da sociedade excluída ao sistema de valores democráticos, ficando a democracia fortalecida pela atuação do Poder Judiciário.

Dentro da fase substancialista, cabe salientar a importante contribuição de Ronald Dworkin. Em 1977 publica a obra *“Taking Rights Seriously”*, fruto de um compêndio de artigos anteriormente escritos, que permitiu a reinserção de padrões morais no campo da normatividade, no que tange aos valores da justiça e equidade.

Dworkin, em *Taking Rights Seriously*, define como tese central à possibilidade – negada tanto pelo positivismo quanto pelo utilitarismo – da existência de direitos jurídicos (*legal rights*) que não estejam necessariamente expressos no texto constitucional. Para ele, o direito não se resume ao chamado direito positivo, isto é, aquele expresso em leis ou quaisquer outras espécies normativas.

¹⁵ No Brasil, diversos autores se filiam a este pensamento, dentre eles Paulo Bonavides, Eros Grau, Fabio Comparato, Lenio Luiz Streck.

Direitos não se confundem com regras. São mais do que isso. Podem não estar escritos em um texto normativo. Assim, o direito é cognitivamente aberto à moral; conteúdos morais que informam desde o início a prática jurídica de uma comunidade de princípios. Uma postura que reduza o direito a regras expressas é incapaz de perceber a força irradiante dos princípios. Princípios para Dworkin são direito positivo e, no mais das vezes, encontram-se implícitos.

Nesse ensejo, Dworkin veicula um ataque geral contra o positivismo de Hart, afirmando que o mesmo só consegue oferecer justificção plausível para o modelo de regras, não alcançando um sistema mais complexo de direito que ele passa a expor.

Ao estabelecer as diferenças entre as regras e os princípios, Dworkin promove uma revolução na interpretação jurídica de via dupla, pois ao mesmo tempo em que expandia a possibilidade de se buscar dar ao caso a solução mais justa, ampliando a aplicação do direito, também restringia o giro decisionista discricionário pregado pelo positivismo, uma vez que o intérprete deveria buscar a solução dentro do sistema normativo vigente do direito, principalmente através dos princípios (2007a, p. 50-63).

É com a diferença entre regras e princípios que Dworkin inicia a avaliação dos *hard cases*, alegando que, mesmo quando nenhuma regra disciplina um caso, uma das partes pode, mesmo assim, ter o direito de ganhar a causa (2007a, p. 127), passando a estabelecer as diferenças entre princípios e políticas, que terminam por levar Dworkin a afirmar que os argumentos de política se referem à comunidade, ao passo que os argumentos de princípio servem para garantir direitos do indivíduo ou de um grupo, sendo que os princípios são proposições que estabelecem direitos e as políticas, proposições que descrevem objetivos (2007a, p. 141).

Para dar conta da complexidade desse ordenamento jurídico que é composto não só por regras, mas também por princípios, Dworkin cria a figura de um jurista de características sobre-humanas, devidamente contextualizado, que passará a ser seu companheiro por toda a sua biografia, sendo por ele chamado de juiz Hércules, um juiz filósofo com habilidades extraordinárias, sobre-humanas, dotado de um conhecimento impecável dos princípios e regras contidos no ordenamento jurídico e do conjunto de precedentes da história institucional dos tribunais norte-americanos, capaz de descobrir a única resposta correta em cada caso concreto. (2007a, p. 165).

Com o juiz Hércules, Dworkin desenvolve uma teoria de direito que buscará encontrar a essência do direito através de um processo intelectual coerente, que se utilizará de princípios constitucionais para a análise de casos concretos, onde os direitos devem ser institucionais, e não preferenciais (2007a, p. 158). Ele deve, a partir de cada caso concreto, reconstruir a teoria do direito que justifica, de forma mais consistente, o sistema jurídico existente, identificando, desta forma, o princípio que rege aquela situação fática.

Dworkin, busca demonstrar que juízes, quando se utilizam de princípios para fundamentar suas decisões, não atuam como legisladores (criadores do direito), mas como aplicadores do direito. A fundamentação por princípios não se confunde com a fundamentação por “*policies*” (argumentos políticos). Os primeiros constituem o direito e podem (devem) ser utilizados por juízes na atividade de aplicação do direito. Já os segundos, não. Estão circunscritos à atividade de justificação do direito, isto é, à deliberação legislativa.

Em sua construção filosófica, Dworkin enfatiza os direitos fundamentais em detrimento da soberania popular, buscando proteger esta categoria de direitos contra violações advindas de processos majoritários de deliberação. Para ele, portanto, a soberania popular é limitada pelos direitos fundamentais, vez que a lei, advinda de um processo legislativo majoritário, nem sempre é justa. Assim, as decisões judiciais devem, desta forma, ser alicerçadas nos princípios, na busca da racionalidade e da coerência nas decisões judiciais e em nome da preservação dos direitos fundamentais.

Diante da concepção dworkiana, cabe frisar que os juízes são também protagonistas da transformação social, participando positivamente na democracia contemporânea, por ser um poder estratégico capaz de afirmar e proteger os princípios democráticos. Ademais a transferência de algumas decisões do Poder Legislativo para o Poder Judiciário pode ser mais benéfica para os setores excluídos do processo democrático, como os pobres e as minorias. Geralmente, parte da população possui maior influência sobre as decisões do Legislativo, o que lhes proporciona maiores vantagens, em detrimento dos não tão prósperos, o que também se verifica com a maioria no Legislativo, que termina funcionando mais severamente contra as minorias, numa maior probabilidade de violação dos direitos das minorias.

É fácil perceber que Dworkin possui uma grande preocupação, qual seja, a de não contaminar as decisões jurídicas com argumentos de políticas, eis que os argumentos de políticas tratam de objetivos de toda a comunidade, e não de direitos, tutelando objetivos gerais da comunidade e não direitos individuais ou de um grupo, como o fazem os princípios.

Em sua obra posterior, “*O império do direito*”, Dworkin desenvolve melhor a idéia da sua teoria do direito como integridade. O direito como integridade se apresenta como uma concepção do direito que exige uma atividade interpretativa eterna e mutável, por estabelecer que os juízes continuem interpretando até mesmo o material já interpretado por eles próprios, sendo, portanto, ao mesmo tempo, produto e fonte de inspiração da interpretação jurídica (2007 b, p. 273).

Na visão do estudioso estadunidense, o princípio da integridade, exigível na legislação e no julgamento, demonstra a razão de se exigir a consideração de decisões juridicamente tuteladas, pois o direito deve ser visto e construído como um todo, numa cadeia de contínua interdependência. Ainda segundo o autor, a integridade diz respeito a princípios, e não exige nenhuma forma simples de coerência em termos políticos (2007b, p. 266).

O entendimento dworkiano do direito como integridade é, nas palavras do próprio autor, “mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo”, justamente por se apresentar como programa de interpretação, ao contrário das concepções jusfilosóficas que se apresentam como interpretações (2007b, p. 272).

A idéia é de coerência de princípios, de forma a se justificar o direito erigido, numa construção interminável de uma espécie de romance em cadeia (2007 b, p.275), onde cada romancista tem a incumbência de tentar criar o melhor romance possível, sob um olhar de autoria individual e não coletiva.

O seu juiz Hércules deveria se curvar diante de certas deliberações políticas, pois, segundo o autor, Hércules não seria um passivista, totalmente subordinado às autoridades eleitas, mas, com certeza absoluta, também não seria um ativista. Assim, ele não se intrometeria num julgamento do legislador quando se convencesse de que se tratasse de questão “fundamentalmente política, e não de princípios”. Conclui Dworkin, refutando as críticas, afirmando que:

Hércules não é um tirano usurpador que tenta enganar o povo, privando-se de seu poder democrático. Quando intervém no processo de governo para declarar inconstitucional alguma lei ou outro ato de governo, ele o faz a serviço de seu julgamento mais consciencioso sobre o que é, de fato, a democracia e sobre o que a Constituição, mãe e guardiã da democracia, realmente que dizer (2007b, p. 476).

Dworkin ainda chama atenção para o fato de que os tribunais são as capitais do império do direito, e os juízes são seus príncipes, mas não são seus videntes e profetas (2007b, p. 486), demonstra a sua viva preocupação com a discricionariedade judicial.

A visão substancialista de Dworkin sobre o direito é caracterizada na figura do juiz Hércules, que teria a enorme missão de conseguir enxergar concretamente todas as complexidades que envolvem o julgamento de um caso, procurando obter sempre a melhor decisão possível para o caso, numa franca tentativa de proteger os direitos fundamentais contra as determinações políticas utilitaristas.

Dworkin pode ser considerado um substancialista moderado, em transição para o procedimentalismo, por diversas razões, dentre as quais se destacam o fato de distinguir os princípios das regras e da política, recusando-se a aceitar um controle judicial permeado por argumentos de política e o fato de considerar e se submeter, em casos de julgamentos exclusivamente políticos, às decisões políticas pré-estabelecidas por autoridades eleitas.

Isso não impede, entretanto, uma crítica ao modelo hercúleo, pois, na concepção dworkiana de direito, a decisão sobre o destino da comunidade continua sendo tomada por uma única cabeça. O juiz seria escolhido, o oráculo que desvendaria os problemas que afligissem a sociedade e seus cidadãos. Por ser ele um produtor do direito como o legislador, ele seria o principal responsável por fornecer soluções compatíveis com as necessidades por ele identificadas, ainda que a comunidade atingida apontasse para outras soluções observadas.

Assim, a possibilidade de o provimento judicial não atender aos reais anseios da sociedade seriam grandes, pois seriam analisadas sob a ótica de uma única pessoa, limitada como qualquer outra, que não possui legitimidade para sozinho apresentar significado aos direitos fundamentais em qualquer situação.

Este pensamento reflete, assim, de certa forma, a visão dominante de seu tempo. A de que um ser humano superior seria capaz de captar todas as necessidades da sociedade vigente e de decidir a melhor forma como a mesma deveria se conduzir dali em diante. É a crença na razão única, unidimensional. Algo que os novos tempos não vão mais tolerar.

2.3. FASE PROCEDIMENTAL

É possível identificar que os paradigmas dos Estados Liberal e Social são relacionados aos direitos de liberdade e da igualdade. Com a evolução dos paradigmas constitucionais e com a formação de novas concepções sociais, estes direitos sofreram profundas transformações em seus conteúdos.

Se no Estado Liberal o direito à liberdade era entendido como o direito de se fazer exatamente tudo aquilo que a lei não proibisse, no Estado Social tal direito era entendido numa perspectiva de materialização mínima, de forma a se conferir maior igualdade entre os afetados pela lei. O que se verifica no Estado Social é, em total contraposição ao Estado Liberal, uma completa primazia dos direitos coletivos e sociais sobre os individuais.

Ocorre que, como o processo de evolução é contínuo, o sujeito constitucional passou a perceber que, embora lhe fosse garantida uma liberdade com igualdade social, a mesma não se realizava na medida da sua necessidade. A promessa do Estado Social não se cumpria no seu dia-a-dia, razão pela qual o sistema passou a ser questionado ao ponto de ruir.

A crise do Estado Social se deve a diversos fatores, como por exemplo, a incapacidade do Estado de prover todas as necessidades que prometia suprir. Mas, dentre estes vários fatores, identificou-se que o principal deles seria a ausência da participação, de discussão dos beneficiados da norma (CARVALHO NETTO, 2001, p. 90).

A visão do Estado Social de que, através de um sistema pré-estabelecido, com regras amplas e gerais, materializadas pelo Poder Executivo poder-se-ia atender plenamente as necessidades sociais, foi corrompida pela desconsideração dos favorecidos. Estes passaram

a entender que o rumo de suas vidas deveria ser ditado por suas próprias decisões, e não por compreensões totalitárias e genéricas de um sistema paternalista.

Na medida em que a sociedade foi se tornando plural e complexa, o sujeito constitucional foi entendendo que suas reais necessidades somente seriam atendidas através de uma maior participação na vida política, o que demandava uma abertura no processo de tomada das decisões políticas.

A derrocada do Estado Social faz surgir, a partir da década de 70, o Estado Democrático de Direito, denominado também como Estado Constitucional democrático, que tem como principal característica a formação contínua de um processo de participação popular.

Não é sem razão que Menelick Carvalho Netto (2000, p. 481) afirma que o paradigma do Estado Democrático de Direito reclama um direito participativo, pluralista e aberto.

Juntamente com o surgimento do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais evoluíram em novas compreensões, surgindo, assim, a 3ª e a 4ª dimensões, normalmente identificadas com os direitos à solidariedade e à participação democrática respectivamente. Com isto, reafirma-se a idéia do pluralismo, sofisticando-se o direito de forma a atender não mais o indivíduo ou o grupo, mas a toda a coletividade que, indistintamente, seria detentora de direitos caríssimos à sua própria sobrevivência pacífica.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, ao contrário do que acontece nos anteriores, não há mais um duelo entre autonomia privada e pública, como bem observa Habermas (1997, p. 183):

(...) o paradigma procedimental do direito resulta de uma controvérsia acerca de paradigmas, partindo da premissa, segundo a qual o modelo jurídico liberal e o do Estado Social interpretam a realização do direito de um modo demasiado concretista, ocultando a relação interna que existe entre autonomia privada e pública, e que deve ser interpretada caso a caso.

Não existe mais uma identificação entre o público e o estatal. O primeiro passa a ser muito maior do que o segundo, incluindo associações de defesa de direitos, entidades de

proteção ao meio ambiente, entre outros. Nessa relação entre público e privado, a marca essencial é que não há contradição ou primazia de um sobre o outro.

Ademais, a interpretação do direito assume conotações muito diferentes. Como observa Menelick de Carvalho Netto (2002, p. 37).

Os denominados direitos de primeira e segunda geração ganham novo significado. Liberdade e igualdade são retomados como direitos que expressam e possibilitam um comunidade de princípios, integrada por membros que se reconhecem como livres e iguais, co-autores das leis que regem sua vida em comum. Esses direitos fundamentais adquirem uma conotação de forte cunho procedimental que cobra de imediato a cidadania, o direito de participação, ainda que institucionalmente mediatizada, no debate público constitutivo e conformador da soberania democrática do novo paradigma, o paradigma do Estado Democrático de Direito e de seu Direito participativo, pluralista.

No Estado Democrático de Direito não se pretende que a decisão popular seja novamente substituída por um poder de Estado. É justamente este o marco divisório do Estado Social para o Estado Democrático de Direito: a participação ativa da sociedade na tomada das decisões políticas e jurídicas.

O Estado Social do Estado, não deve ser substituído pelo Estado Democrático de Direito do Poder Judiciário. Neste novo paradigma o Judiciário é convocado a ouvir mais os seus jurisdicionados para o proferimento da melhor decisão para o caso concreto, abandonando-se as máximas decisionistas.

Assim, o que se busca é a cidadania plena¹⁶, que possibilitará uma democracia saudável. É a capacidade de auto-organização. Enquanto os substancialistas entendem que essa capacidade somente ocorrerá através de uma intervenção mais firme do Estado na autonomia privada, para os procedimentalistas apenas uma sociedade ativa garantirá uma democracia suficiente para atender as expectativas dos envolvidos.

¹⁶ Será explanado aqui o conceito de cidadania na concepção de Hannah Arendt e Thomas Humphrey Marshall. No seu livro "As origens do totalitarismo", 1951, Hannah Arendt consolidou o seu prestígio como sendo uma das maiores pensadoras políticas do mundo ocidental. Nesta obra é descrito o processo pelo qual, depois que os Tratados de Paz puseram fim à Primeira Guerra Mundial, os direitos do homem herdados da tradição das Revoluções, passaram por uma reavaliação de efeito, pois, existiam categorias de pessoas consideradas "sem direitos" por serem apátridas, e, assim, os direitos do homem demonstravam a sua ineficácia quando havia uma desvinculação a um espaço público, Estado ou cidadania. Essa também era a situação das pessoas pertencentes às minorias nacionais de muitos países, por força das guerras, que se tornavam refugiados de guerra. Na afirmação da Arendt (1989, p. 330), uma vez fora do país de origem, permaneciam sem lar, quando deixavam seu Estado, tornavam-se apátridas: quando perdiam seus direitos humanos, perdiam todos os direitos, eram o refugio da terra. A crítica dessa autora era a de que os direitos do homem se tornam abstratos

quando as pessoas se encontram desvinculadas de um Estado, de uma cidadania, ou seja, conforme relata: “os direitos do homem, afinal, haviam sido definidos como inalienáveis porque supunha serem independentes de todos os governos: mas sucedia que, no momento em que seres humanos deixavam de ter governo próprio, não restava nenhuma autoridade para protegê-los e nenhuma instituição disposta a garanti-los”. Conforme aponta Lafer (1997, p. 58) a reflexão que Arendt efetua em torno da condição do apátrida permite-lhe concluir que, num mundo como o do século XX, inteiramente organizado politicamente, perder a cidadania significava ser expulso da humanidade, de nada valendo os direitos humanos aos expelidos da trindade Estado, povo e território. Assim, o conceito de direitos humanos, baseados na suposta existência de um ser humano em si, desmoronou no mesmo instante em que aqueles que diziam acreditar nele se confrontaram pela primeira vez com seres humanos que havia realmente perdido todas as outras qualidades e relações específicas, exceto ainda que eram humanos. O mundo não viu nada de sagrado na “abstrata nudez de ser unicamente humano”. Essa é a frase da autora que melhor exterioriza o embate dos direitos humanos com as condições fáticas existentes naquele momento totalitário. Importante salientar que o elenco dos direitos humanos contemplados pelo Direito Positivo foi sendo alterado ao longo do século XVIII até os nossos dias atuais. Caminhou-se, historicamente, dos direitos humanos de primeira geração (os direitos civis e políticos de garantia, de cunho individualista voltados a tutelar a diferença entre Estado e Sociedade e impedir a dissolução do indivíduo num todo coletivo) para os direitos de segunda geração (os direitos econômicos, sociais e culturais concebidos como créditos dos indivíduos com relação à sociedade, a serem saldados pelo Estado em nome da comunidade nacional). O processo de asserção histórica das duas gerações de direitos humanos, que são direitos de titularidade individual, foi inspirado pelos legados cosmopolita e universalista do liberalismo e do socialismo, como bem menciona Lafer (1997). Para Hannan Arendt, a experiência histórica dos apátridas possibilitou a sua conclusão no sentido de que a cidadania é o direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direito dos seres humanos não é um dado, mas sim um construído histórico de convivência coletiva. Logo, a dignidade humana, do mesmo modo que os direitos humanos tornam-se questões de política prática, isto é, tornam-se a construção de uma comunidade que engloba a totalidade dos seres humanos, permitindo, com isso, a possibilidade de ação de cada um dos seus componentes no bem comum.

O sociólogo inglês T.H. Marshall analisou, na metade do século XX, o desenvolvimento da cidadania, como sendo o desenvolvimento dos direitos civis, seguidos dos direitos políticos e dos direitos sociais, nos séculos XVIII, XIX, XX, respectivamente. Introduziu o conceito de direitos sociais, sustentando que a cidadania só é plena se dotada de todos os três tipos de direito e esta condição está ligada à classe social. Tendo em vista que a cidadania tem assumido, historicamente, várias formas em função dos diferentes contextos culturais, o conceito de cidadania, enquanto direito a ter direitos, tem se prestado a diversas interpretações. Entre elas, tornou-se clássica a concepção de Marshall, que, analisando especificamente o caso inglês e sem pretensão de universalidade, generalizou a noção de cidadania e de seus elementos constitutivos. A teoria sociológica da cidadania, desenvolvida por Marshall, abarca os direitos e obrigações inerentes à condição de cidadão. Na sua obra “Cidadania, Classe Social e Status” (1967) há a divisão do conceito de cidadania em três partes/elementos: civil, político e social. O autor ressalta que a análise é ditada mais pela história do que pela lógica. Tal posicionamento recebe grande crítica, pois, a linearidade apresentada pelo autor somente ocorrera nos países de primeiro mundo e, mais especificamente, na Inglaterra. Ainda assim, o modelo marshalliano continua sendo um recurso teórico importante e de referência para os estudos comparativos do desenvolvimento da cidadania em outros países. Logo, como se trata de uma tripartição clássica no pensamento jurídico e sociológico, convém citá-la na íntegra (1967, p. 63) conforme segue: O elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à Justiça. Este último difere dos outros porque é o direito de defender e afirmar todos os direitos em termos de igualdade com os outros e pelo devido encaminhamento processual. Isto nos mostra que as instituições mais intimamente associadas com os direitos civis são os tribunais de justiça. Por elemento político se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. As instituições correspondentes são o parlamento e conselhos do Governo local. O elemento social se refere a tudo o que vai desde o direito a ter um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar uma vida de um ser civilizado de acordo com padrões que prevalecem na sociedade. As instituições mais intimamente ligadas com ele são o sistema educacional e os serviços sociais. A história nos mostra que não existe apenas um único caminho para a cidadania. No entanto, isso não desprestigia a teoria sociológica de Marshall, pois, segundo Santos (1997, p. 68) um dos principais méritos de sua análise consiste exatamente na articulação que este opera entre cidadania e classe social, e nas consequências que dela retira para caracterizar as relações entre cidadania e capitalismo. O “modelo” de cidadania desenvolvido por Marshall, indubitavelmente, é um recurso teórico importante e continua sendo referência para os estudos comparativos do desenvolvimento da cidadania em toda sociedade global.

Na busca pela solução do problema da emancipação social, os substancialistas dão enfoque ao tratamento das conseqüências da letargia, reforçando, infelizmente, todo o

Na busca pela solução do problema da emancipação social, os substancialistas dão enfoque ao tratamento das conseqüências da letargia, reforçando, infelizmente, todo o processo de dependência, enquanto que os procedimentalistas se concentram nas causas do imobilismo social, buscando incentivar os envolvidos a participar do processo democrático.

Após todo o exposto, imperiosa é a definição contemporânea do que é cidadania, pois, esta não é uma definição estanque, mas sim um conceito histórico (mutável) que acarreta uma variação de sentido no tempo e no espaço, de acordo às circunstâncias históricas em que se insere. Ser cidadão, na atualidade, significa ter direito a vida, a liberdade, a propriedade, a igualdade perante a lei, em resumo, é ter direitos civis. É também poder participar na escolha e no destino da sociedade, votar, ser votado, enfim, ter direitos políticos. Acontece que os direitos civis e políticos não asseguram a democracia sem os direitos sociais, que são aqueles que garantem a participação do indivíduo na riqueza coletiva: o direito a educação, ao trabalho, a um salário justo, a saúde, a uma velhice tranqüila, etc. Assim, cidadania plena corresponde a ter direitos civis, políticos e sociais. Não se pode, entretanto, imaginar uma seqüência única, linear e determinista para a evolução da cidadania no mundo, pois, esta se instaurou a partir dos processos de lutas que culminaram em fatos que modificaram a história das sociedades (ex: independência dos E.U.A, Revolução Francesa, Revolução Industrial, etc). Estes eventos “modificadores” romperam com o princípio de legitimidade ao Poder que vigorava até então, baseado nos deveres de súditos em relação ao Estado, e passaram a estruturá-lo a partir dos deveres do Estado em conseqüência dos direitos dos cidadãos. Como corolário destas conquistas, diferentes lutas foram travadas visando ampliar o conceito e a prática da cidadania no mundo ocidental, estendendo-a para mulheres, crianças, minorias nacionais, étnicas, etárias, etc. Portanto, podemos afirmar, categoricamente, que na acepção mais ampla e moderna a cidadania é a expressão concreta do exercício da democracia e efetividade ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. A cidadania plena é aquela alcançada pela aquisição de titularidade de direitos civis, políticos e sociais. Esta qualidade, se tomada *lato sensu*, permite ao cidadão se valer de duas formas na condição do Estado, quais sejam, a direta e a indireta. A forma direta refere-se à utilização de instrumentos já comumente associados como aptos à sua interferência na soberania, ou seja, na condução da vida política interna do Estado, que são: a possibilidade de votar e ser votado (sufrágio), de participar de plebiscito e/ou referendo e de propor projetos de Lei de iniciativa popular (art. 14, da Constituição Federal). Em relação à forma indireta constata-se que foram criados outros meios e instrumentos, que se concretizam como *longa manus* do cidadão na efetivação dos valores ligados à cidadania, quais sejam: a criação ou aprimoramento dos direitos assegurados legalmente (positivados), através da atuação dos representantes eleitos pelos nacionais, legitimados a conduzirem os poderes: executivo e legislativo, a princípio, conforme os interesses da coletividade, por exemplo, concretizando políticas públicas de atendimento ou normatizando vias de acesso que facilitem a busca de efetivação destes direitos; outros que protegem os cidadãos, por meio de ações coletivas, cujo interesse de agir nasce diante do descumprimento de algum dos valores supremos assegurados na carta política, buscando a tutela do poder judiciário, que é a última barreira concreta entre os cidadãos e as arbitrariedades do Estado, cuja função primordial é a pacificação social dos conflitos, visando o bem comum. Esta tutela jurisdicional coletiva esta voltada à proteção: tanto o interesse público primário, representando os interesses da coletividade em geral (art. 5º, LXXIII e LXX, da CF); quanto os interesses metaindividuais, como a proibidade administrativa, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (art. 6º da CF), os danos morais e patrimoniais causados ao meio-ambiente (em todas as suas formas, natural, artificial, cultural, etc), ao direito do consumidor, à ordem urbanística, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, as infrações à ordem econômica e economia popular, etc (art. 129, III, da CF e Lei 7.347/85).

As ações estatais devem se centralizar nas causas do imobilismo social, tudo para garantir as condições mínimas de participação de cada indivíduo no processo de deliberação democrático, para que os cidadãos participem de forma efetiva das decisões político-jurídicas de sua sociedade.

O entendimento é o de que a intervenção judicial cria uma cultura paternalista que impede o pleno exercício da cidadania ativa num regime comunicativo democrático, de forma a cultivar o individualismo totalmente dependente do Estado, não sendo necessária a intervenção do Judiciário, mas antes a criação de canais comunicativos que consagrem o poder democrático do povo.

Segundo a corrente procedimentalista, a análise fática de atuação do judiciário marcado por uma compreensão substancialista da Constituição, demonstra que o Judiciário tem se transformado em escoadouro das demandas sociais reprimidas

A Constituição deve, de acordo com essa perspectiva, apenas garantir a existência de meios e procedimentos para que os indivíduos criem o seu próprio direito. Os seus princípios não devem, portanto, expressar conteúdo substantivo, mas somente instrumentalizar os direitos de participação e comunicação democrática.

Assim, para os procedimentalistas, a intervenção judicial somente seria legítima para garantir o procedimento democrático e a forma deliberativa da formação da vontade política, por não competir ao Poder Judiciário dizer sobre o que decidir (conteúdo), mas apenas como decidir, de forma a garantir aos cidadãos a liberdade de participação política ativa.

Dentre os procedimentalistas, é em Habermas que se pode encontrar suporte para a análise da legitimidade da atuação do Poder Judiciário no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Quando desenvolve sua teoria do discurso, Habermas verifica a legitimidade da jurisdição constitucional reconhecendo abertamente a relação de reciprocidade que envolve o direito e o poder político afirmando que o direito legítimo é produzido a partir do poder comunicativo e este último é novamente transformado em poder administrativo pelo caminho do direito legitimamente normatizado (HABERMAS, 2003a, p. 212).

Entretanto, na teoria do discurso habermasiana, considerando esta relação entre o direito e o poder político, o princípio da soberania popular é (re)interpretado de forma a implicar o princípio da ampla garantia legal do indivíduo, garantido através de uma justiça independente, os princípios da legalidade da administração e do controle judicial e parlamentar da administração e o princípio da separação entre a sociedade e o Estado, que privilegia a formação comunicativa do poder como filtro entre o poder social e o poder administrativo (HABERMAS, 2003a, p. 212-213).

O poder político deve, então, ser subtraído do poder comunicativo dos cidadãos que, em sua totalidade, são os agentes capazes de gerar convicções comuns. Para Habermas, a decisão fundamentada e obrigatória sobre políticas e leis deve ser extraída de um procedimento equilibrado que envolva a opinião popular e a vontade parlamentar, considerando o pluralismo político e a “formação informal da opinião na esfera pública política, aberta a todos os cidadãos”, mesmo que nem todos os cidadãos possam participar dos debates. O princípio da soberania popular teria, assim, seu conteúdo esgotado através do “princípio que garante esferas públicas autônomas e do princípio da concorrência entre os partidos” (HABERMAS, 2003a, p. 213-214).

De acordo com o filósofo alemão, as arenas públicas de debates, onde ocorrem as ações comunicativas interativas devem ser protegidas pelos direitos fundamentais, visando o fluxo livre de opiniões, as pretensões de validade e as tomadas de posição, impedindo que tais espaços possam ser organizados como corporações (HABERMAS, 2003a, p. 214).

Partindo então da teoria de Dworkin, Habermas procura desenvolver uma abordagem sobre o tema do papel e da legitimidade da jurisdição constitucional em sua teoria do discurso, de forma a preservar a racionalidade da jurisdição dworkiana em que a segurança do direito e a aceitabilidade racional das decisões são igualmente sopesadas, transpondo o pensamento de Dworkin para os seus pressupostos comunicativos.

No pensamento habermasiano, a legitimidade da jurisdição não se obtém através de um processo isolado de decisão racional do aplicador do direito. É fruto também de uma metodologia racional de um processo de legislação (HABERMAS, 2003a, p. 297). Por mais capacidade e astúcia que tenha o aplicador do direito, a legitimidade de sua decisão não será obtida somente pela racionalidade do seu discurso jurídico. Ela deve ser construída, assim,

através de uma atividade hermenêutica que leve em consideração a racionalidade da prática legislativa.

O direito não se separa em compartimentos estanques. É um processo contínuo de aperfeiçoamento. Não há desenvolvimento sem embasamento. A legitimidade da jurisdição constitucional só se fará presente diante da consideração de toda a cadeia evolutiva do direito, o que não permite a desconsideração do seu processo democrático de formação.

A jurisdição constitucional deve estar assim realmente preocupada em ocupar o seu verdadeiro papel no paradigma do Estado democrático de direito, sempre voltada para a legitimidade de suas decisões, que não permitem o abandono do princípio da soberania popular, extraída através de ações dialogadas.

Desta forma, fica claro em Habermas (2003a, p. 326) que a função do tribunal constitucional seria a de proteger o sistema de direitos capaz de garantir as autonomias privada e pública dos cidadãos, que seriam verificados especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. A força legitimadora da formação democrática da vontade estaria assim nos pressupostos comunicativos e nos procedimentos, que viabilizariam a tomada dos melhores argumentos (HABERMAS, 2003a, p. 345).

Ao adotar uma concepção procedimentalista da democracia, Habermas amplia, de forma sensível, a necessidade de observância pelos juízes das políticas públicas formuladas pela própria sociedade. Habermas propõe, pois, que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitado a proteger um processo de criação democrática do Direito. A compreensão de Habermas acerca do potencial democratizante da Constituição, como um verdadeiro espaço de debate entre os diversos segmentos das comunidades contemporâneas corresponde a uma concepção pluralista da sociedade atual. Muito embora sua aplicação no Brasil esbarre em questões de ordem prática como, por exemplo, a baixa capacidade de mobilização política da massa de eleitores, como decorrência direta da deficiência estrutural dos meios de distribuição dos bens culturais – é válida como uma concepção de Constituição que impõe uma importante tarefa aos juízes, qual seja, a de não ceder à tentação de um ativismo judicial sem antes recorrer a

argumentos democráticos que justifiquem sua intervenção em sede de políticas públicas. (STREAK, 2002, p. 138).

2.4.1 Conceito de Neoconstitucionalismo

Inicialmente cabe alegar que os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Harbele, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. Por outro lado, tanto entre os referidos autores como entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política, há, por exemplo, adeptos do liberalismo político¹⁷, comunitaristas¹⁸ e procedimentalistas¹⁹. (SARMENTO, 2009, p. 11-12).

É constatável que o direito brasileiro vem sofrendo mudanças profundas nas últimas duas décadas que podem ser relacionadas à emergência de um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais, tal fenômeno tem sido denominado de neoconstitucionalismo.

Essas mudanças envolvem vários fenômenos diferentes, que podem ser sintetizados da seguinte forma: 1) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do direito; 2) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, teorias da argumentação, etc; 3) constitucionalização do direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos

¹⁷ Ronald Dworkin e Carlos Santiago Nino são, sem sombra de dúvida, autores liberais, não no sentido que se atribui ao termo no Brasil – de adeptos de doutrina econômica favorável ao Estado Mínimo e ao mercado –, mas sim no sentido corrente na filosofia política, que se associa o liberalismo à defesa dos direitos individuais e da neutralidade do Estado em relação às diversas concepções sobre a “vida boa” existentes na sociedade.

¹⁸ Lenio Streck, que se alinha ao neoconstitucionalismo, defende posturas tipicamente comunitaristas, como o papel da Constituição na definição de modelos de vida boa para orientação da vida social e da ação individual (cf. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 95-288).

¹⁹ Antonio Cavalcanti Maia, um dos mais ardorosos defensores do neoconstitucionalismo no país, é também procedimentalista e adepto das teorias jurídicas de Jürgen Habermas. Veja-se, neste sentido, o seu denso texto “Nos vinte anos da Carta Cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo”.

do ordenamento; 4) reaproximação entre o direito e a moral, com a penetração cada vez maior da filosofia nos debates jurídicos; 5) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário (SARMENTO, 2009, p. 10-11).

Para melhor compreender o neoconstitucionalismo vale de forma sintética descrever algumas linhas relatando o processo histórico que ensejou o seu advento. Assim, na Europa Ocidental, a partir do segundo pós-guerra.

Com efeito, até a Segunda Guerra prevalecia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo Parlamento como a fonte principal – quase que exclusiva – do direito, e não atribuía força normativa às constituições. Estas eram vistas, sobretudo como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário, na defesa de direitos. Os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis, e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos Parlamentos. (SARMENTO, 2009, p. 12).

Depois da Segunda Guerra, na Alemanha e na Itália, e algumas décadas mais tarde, após o fim de ditaduras de direita, na Espanha e em Portugal, assistiu-se a uma mudança significativa deste quadro. A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera de forma exemplar no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador. (SARMENTO, 2009, p. 12/13).

Com efeito, as constituições europeias do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para as decisões das maiorias legislativas, mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contém importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições, como a economia, as relações de trabalho e família.

Uma interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais pelo Poder Judiciário deu origem ao fenômeno de constitucionalização do direito, que envolveu a

ampliação da influência das constituições sobre todo o ordenamento, levando à adoção de novas leituras de normas e institutos nos mais variados ramos do direito.

Como boa parcela das normas mais relevantes dessas constituições caracteriza-se pela abertura e indeterminação semânticas a sua aplicação direta pelo Poder Judiciário é necessário a adoção de novas técnicas e estilos hermenêuticos, ao lado da tradicional subsunção. Dessa forma, a teoria neoconstitucionalista, fruto do pós-positivismo, busca construir novas grades teóricas que se compatibilizem com os fenômenos acima referidos, em substituição àquelas do positivismo tradicional, consideradas incompatíveis com a realidade.

A terminologia neoconstitucionalismo designa o constitucionalismo contemporâneo, em contraposição ao constitucionalismo moderno, este proveniente da Europa continental, que se afirmou entre o final do século XVII e o início do século XIX e designa um modelo constitucional que se sustenta sobre dois postulados: a limitação dos poderes do Estado e a proteção dos direitos e garantias individuais.

Segundo Lênio Luis Streck (2004, 159/160):

O neoconstitucionalismo tem por objetivo superar as barreiras interpretativas impostas pelo positivismo legalista. A superação de tais obstáculos poderá ser viabilizada em três fontes: a) por intermédio da teoria das fontes, haja vista que a lei já não é mais a única fonte – a Constituição passa a ser fonte auto-aplicativa; b) por uma substancial alteração da teoria da norma, imposta pela nova concepção dos princípios, cuja problemática também tem relação com a própria fonte dos direitos; e c) por uma radical mudança no plano hermenêutico-interpretativo para passar do paradigma da interpretação para a compreensão para a interpretação. Percebe-se que o neoconstitucionalismo propõe, assim, a superação do paradigma do direito meramente reprodutor da realidade para um direito capaz de transformar a sociedade, nos termos do modelo constitucional previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Essa superação deve ser realizada a partir do Estado Democrático de Direito, de forma a proporcionar o surgimento e a implantação de ordenamentos jurídicos constitucionalizados.

No neoconstitucionalismo, a interpretação da Constituição é aberta e pluralista e a idéia que gira em torno da construção de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, conforme tese proposta por Peter Habermas corresponde às novas posturas constitucionais, mantendo-se perfeita sintonia com a principiologia do Estado Democrático de Direito implantada na Constituição da República Federativa do Brasil. (ALMEIDA, p. 138).

Como bem salientou Luis Pietro Sanchis (2009, p. 132),

“Trabalhamos hoje com mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços extensos em favor da opção legislativa ou regulamentadora; onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário e por último, coexistência de uma constelação plural de valores, por vezes tendencialmente contraditória, em lugar de uma homogeneidade ideológica em torno de um pequeno grupo de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas”.

O neoconstitucionalismo identifica uma série de mudanças, tanto no Estado, como no Direito Constitucional, podemos desta forma, com o fito de facilitar sua compreensão, identificar no neoconstitucionalismo, três marcos:

No que se refere ao marco histórico do neoconstitucionalismo, cabe afirmar que ele coincide com a ascensão do pós-positivismo, ou seja, as últimas décadas do século XX. O neoconstitucionalismo é difundido depois do fim da 2ª Grande Guerra, sobretudo a partir dos anos 70, sendo incorporado em diversas cartas constitucionais que não mais se limitavam apenas em separar os poderes estatais, mas possuíam normas que condicionavam a atuação estatal e definiam fins e objetivos para o Estado. Tais constituições continham um amplo catálogo de direitos fundamentais fundantes de uma nova relação entre o Estado Constitucional que emergia e os cidadãos. São exemplos representativos as Constituições portuguesa (1976), espanhola (1978), brasileira (1988) e colombiana (1991).

Nesta fase os métodos de resolução de conflitos normativos já não são suficientes. As decisões judiciais dependem de argumentos complexos, exigem decisões envolvendo princípios que vão além do uso do esquema lógico-dedutivo e requerem também por parte do juiz o uso da racionalidade teleológica. Assim, o constitucionalismo alicerçado em princípios e direitos parece exigir que os juízes, ao se depararem cada vez mais com casos difíceis, se tornem filósofos e, além disso, dominem complexas técnicas de ponderação de bens e valores.

O marco filosófico do neoconstitucionalismo é o pós-positivismo marcado por uma aproximação entre a ciência jurídica e os aspectos axiológicos do direito. O pós-positivismo foi objeto de análise posteriormente.

O marco teórico, nada mais significa que o modelo de constituição identificado no neoconstitucionalismo é o de uma constituição expandida, marcada pela positivação de um amplo catálogo de direitos fundamentais, pela presença de princípios e regras na constituição

e por peculiaridades na interpretação e aplicação das normas constitucionais. Em resumo é o estudo da força normativa da Constituição, da expansão da jurisdição constitucional e do desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Cabe destacar aqui a lição de Lênio Streck (2003, p.110), se pronunciando quanto ao novo papel representado pela Constituição:

“No moderno constitucionalismo, uma das conquistas reside exatamente na nova configuração da relação entre os poderes do Estado. A renovada supremacia da Constituição vai além do controle de constitucionalidade e da tutela mais eficaz da esfera individual de liberdade. Com as Constituições democráticas do século XX, outro aspecto assume lugar cimeiro: trata-se da circunstância de as Constituições serem erigidas à condição de norma diretiva fundamental, que se dirige aos poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização dos valores constitucionais (direitos sociais, direito à educação, à subsistência, à segurança, ao trabalho, etc). A nova concepção de constitucionalidade une precisamente a idéia de Constituição como norma fundamental de garantia com a noção de Constituição enquanto norma diretiva fundamental”.

Um aspecto importante ligado ao marco teórico do neoconstitucionalismo é o fato de que ele está referido não só ao fato de que certas formações jurídicas apresentam uma determinada estrutura constitucional, como ao fato de que assistimos a uma rearticulação da tradicional forma de encarar a divisão dos poderes. É indiscutível, em tempos de neoconstitucionalismo, o crescente protagonismo do judiciário, em especial das Cortes Constitucionais.

O plano da efetivação concreta dos direitos constitucionais, individuais e coletivos, é o ponto central para o neoconstitucionalismo. A implantação material desses direitos, especialmente no plano coletivo, que é potencializado, transformará a realidade social, diminuindo as desigualdades quanto ao acesso aos bens e valores inerentes à vida e à dignidade da pessoa humana.

Lênio Streck (2004, p.23), define bem:

“o papel do Judiciário em um Estado que se quer democrático é distinto daquele que se lhe atribui na formulação clássica sobre suas relações com os demais poderes estatais. Do judiciário hoje, não é de se esperar um posição subalterna frente a esses outros poderes, a quem caberia a produção normativa. O juiz não há de se limitar apenas, como disse Montesquieu, *La bouche de La loi*, mas sim *La bouche Du droit*, isto é, a boca não só da lei, mas do próprio direito”

Tendo visto os três marcos do neoconstitucionalismo, parece apropriado tecer algumas linhas da recepção do neoconstitucionalismo no Brasil. Ele teve início após a promulgação da Constituição de 1988. É claro que já existia controle de constitucionalidade desde a promulgação da República, porém, na cultura jurídica brasileira de até então, as constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas, não passando muitas vezes de meras fachadas, por exemplo, a Constituição de 1824 falava em igualdade, e a principal instituição do país era a escravidão negra; a de 1891 instituiu o sufrágio universal, mas todas as eleições eram fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas enquanto ela vigorou o Congresso esteve fechado e o Presidente legislava por decretos.

Até 1988 a lei valia muito mais do que a própria Constituição e, no direito público, o decreto (hoje se verifica a existência de medidas provisórias) e a portaria valiam mais que a lei. Diferentemente dos dias atuais, anteriormente o judiciário não gozava de um papel importante com atuação independente. Então visando alterar o rumo das coisas, o Congresso Nacional Constituinte de 1987/1988, promulgou uma constituição contendo um amplo e generoso elenco de direitos fundamentais de diversas dimensões – direitos individuais, políticos, sociais e difusos – aos quais conferiu aplicabilidade imediata. Além do mais o papel do Poder Judiciário foi reforçado com a consagração do princípio da inafastabilidade da tutela judicial, com a criação de inúmeros remédios constitucionais, ampliação dos mecanismos de controle de constitucionalidade. (SARMENTO, 2009, p. 24).

Ademais, a Constituição de 1988 regulou uma grande quantidade de assuntos, subtraindo um vasto número de questões do alcance do legislador. Também, ela hospedou em seu texto inúmeros princípios vagos, mas dotados de forte carga axiológica e poder de irradiação.

No âmbito da ampliação do controle abstrato de constitucionalidade (vasto elenco de legitimados ativos para propositura de ação direta de inconstitucionalidade, a instituição do controle de inconstitucionalidade por omissão, tanto por ação direta quanto por mandado de injunção), tem gerado, indiscutivelmente, uma expansão da atuação do Poder Judiciário.

Papel importante exerceu a doutrina brasileira na recepção do neoconstitucionalismo. Primeiramente, alguns autores como Luis Roberto Barroso e Clemerson Merlin, passam a defender a tese de que a Constituição como norma jurídica, deveria ser aplicada pelos juízes,

o que não acontecia. Ora, o que hoje parece patente naquela época parecia algo revolucionário, já que existia a cultura jurídica de encarar a Constituição apenas como um depósito de promessas, cuja efetivação dependeria quase sempre da boa vontade do legislador e de governantes. Posteriormente, muito importante para o desenvolvimento dos ideais neoconstitucionalistas no Brasil foi a chegada das teorias jurídicas ditas pós-positivistas. Foram marcos relevantes a publicação da 5ª edição do *Curso de direito constitucional*, de Paulo Bonavides, bem como o livro *A ordem econômica na Constituição de 1988*, de Eros Roberto Grau, que divulgaram entre nós a teoria dos princípios de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy e fomentaram discussões importantes, como a ponderação de interesses, o princípio da proporcionalidade e eficácia dos direitos fundamentais. Após constata-se uma crescente em cursos de pós-graduações em direito voltadas ao pensamento de filósofos que se voltaram para o estudo da relação entre o direito, moral e política, a partir de uma perspectiva pós-metafísica, como John Rawls e Habermas. (SARMENTO, 2009, p. 26).

Por derradeiro, merece que fique consignado o alerta: o principal “obstáculo” posto no horizonte dessa nova configuração teórica e de sua implementação em nossa cultura jurídica reside, em termos, conforme já explanado, no alargamento dos poderes dos juízes.

Tal raciocínio permite chegarmos às seguintes indagações: Será que o alargamento da discricionariedade judicial não se transformará em arbítrio violador da própria democracia? De que forma entender a tradicional estrutura da divisão dos poderes agora como referência, dentro do paradigma neoconstitucionalista, Cortes Constitucionais que funcionam de fato como legisladores intersticiais? Estaremos condenados ao subjetivismo ou ao decisionismo judicial? Como legitimar tais fatores?

Eis algumas questões que serão respondidas após uma reflexão do conceito moderno de Constituição aliado a idéia de força normativa e a busca pelo entendimento da legitimação da expansão da jurisdição constitucional e o nascimento de uma nova hermenêutica constitucional.

2.4.2 Conceito moderno de Constituição e força normativa da Constituição

Será feita aqui inicialmente uma demonstração de quatro modelos conceituais de Constituição. No entanto, sem convertê-la em objeto principal do trabalho, será feita a seguinte divisão: I - modelo axiológico de Constituição como ordem; II - modelo *descritivo* de Constituição como *ordem*; III - modelo *descritivo* de Constituição como *norma*; IV - modelo *axiológico* de Constituição como *norma*. (COMANDUCCI, *apud* CARBONELL, 2007, p. 41-67).

O modelo axiológico de Constituição como ordem a identifica como um conjunto de fenômenos sociais que, no seio da esfera político-jurídica, é dotado de amplo valor intrínseco ou revela-se gerador de normas. Para este modelo, a Constituição faz referência direta a uma ordem, a uma determinada estrutura da sociedade ou do Estado e apenas indiretamente a normas. As normas são geradas pela ordem expressa na Constituição e são fundamentais apenas enquanto reconduzíveis a essa ordem. (CARBONELL, 2007, p. 43).

Em relação ao modelo descritivo de Constituição como ordem, a identifica, também, como um conjunto de fenômenos sociais, sem, contudo, atribuir-lhe valor intrínseco. A Constituição representa uma ordem, neste modelo, por cristalizar as relações de poder. A ordem não tem valor intrínseco, pois pode ser alterada a qualquer momento em que a estabilidade que a mantém ruir. Com base neste segundo prisma, aparece o terceiro modelo conceitual de Constituição. Surge o modelo descritivo de Constituição como norma, que a concebe como um conjunto de regras jurídicas positivas, consuetudinárias ou reunidas em um documento, as quais se fazem superiores, ainda que formalmente, a outras regras jurídicas.

Importante vislumbrar que Comanducci enquadra uma variável importante dentro desse modelo, ou seja, cabe atribuir *status* normativo à Constituição, e distingui-lo do *status* normativo comum da lei a partir de um critério de ordem exclusivamente formal (procedimento de alteração, por exemplo); ou também pelo conteúdo das normas. (COMANDUCCI, *apud* CARBONELL, 2007, p. 41-67).

Essa identificação substantiva das normas constitucionais pode envolver, como bem ressalva Comanducci, mais do que uma mera descrição; mas distingue-se do quarto modelo porque não realiza uma valoração declarada, uma defesa aberta desse conteúdo, como ocorre no modelo axiológico.

O conceito de Constituição de Kelsen demarca o território entre modelo descritivo de Constituição como norma “material” e o modelo axiológico, é sabido que o autor rejeita, na posição de cientista do Direito, qualquer compromisso de ordem valorativa.

Por fim, há que se falar, necessariamente, de um modelo axiológico de Constituição como norma, que atribui especial valor ao conteúdo normativo de uma Constituição. Este modelo ganha espaço com as Constituições mais recentes, promulgadas, sobretudo, nos últimos vinte anos, dotadas de largas pautas substanciais.

Comanducci discrimina cinco características dos novos textos constitucionais, que aparecem positivamente valoradas, em conjunto, ou separadamente, pelo quarto modelo:

a) supremacia e centralidade constitucional – a orientar a interpretação de todas as demais normas do ordenamento jurídico; b) composição por normas do tipo regras e do tipo princípio, expressos ou reconstruíveis a partir do texto; c) nexos estreitos com a democracia – constitui limite ou pressuposto à regra da maioria; d) ponte entre o Direito e a Moral ou a Política – abre o sistema jurídico a considerações morais, a partir dos princípios positivados; e) aplicação distinta da operada com as leis, com métodos específicos como a ponderação. (COMANDUCCI, *apud* CARBONELL, 2007, p. 52)

O modelo axiológico de Constituição como norma, que atribui valor intrínseco ao conteúdo das normas constitucionais, é característico do movimento neoconstitucionalista.

É o que defende o autor Miguel Carbonell (2007, p.09/10):

El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda guerra mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas <<matrimateriales>> o substantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Ejemplos representativos de este tipo de Constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991.

O neoconstitucionalismo toma como objeto de estudo as Constituições surgidas depois da Segunda Guerra Mundial, marcadas por uma grande e detalhada pauta material, de que é exemplo a Constituição brasileira de 1988. Pressupõe, em decorrência dos novos textos constitucionais, uma prática jurisdicional fundada em parâmetros interpretativos de ordens distintas, como os valores, mediante um raciocínio jurídico mais complexo. Compõem esse raciocínio específicos métodos de interpretação, como a ponderação, a proporcionalidade, a razoabilidade, a máxima efetividade, etc.

A comparação é cabível, pois a Constituição brasileira de 1988, por tratar, de modo minucioso, de temas antes delineados em leis, é exemplo de texto constitucional de pauta substantiva alargada, objeto específico de estudo do modelo axiológico de Constituição como norma.

Como bem salientou Pietro Sanchís (2005, p. 04):

“a constituição já não é mais uma norma *normarum* à moda de Kelsen, encarregada somente de distribuir e organizar o poder entre os órgãos estatais, mas é uma norma com amplo e denso conteúdo substantivo que os juízes ordinários devem conhecer e aplicar a todo conflito jurídico”.

As constituições políticas de determinados Estados, ao incorporar certos princípios (dignidade da pessoa humana, solidariedade social, liberdade, igualdade) ao direito positivo como princípios juridicamente válidos e como expressão da ética política moderna, estabeleceram uma relação necessária entre direito e moral, chegando à idéia de Constituição Aberta.

Assim, quando se fala em superação do ideal reinante até o século XIX de que a Constituição é apenas um documento político e que a norma constitucional não é norma jurídica e que a materialização do conteúdo constitucional ficava a cargo do legislador ou do administrador, fala-se da força normativa da Constituição.

Tal concepção começou a se alterar no século XX, após o fim da 2ª Grande Guerra, inicialmente na Alemanha, depois na Itália e mais tardiamente na Espanha e em Portugal. Neste aspecto muito se deve aos escritos de Konrad Hesse em sua obra *A força normativa da constituição*.

Segundo Hesse, o entendimento da ordenação jurídica, frente a realidade, somente é possível se compreendermos o seu condicionamento recíproco. A separação radical, no plano constitucional, entre a realidade (ser) e a norma (dever ser), não leva a avanços nesta indagação. A norma constitucional não possui existência apartada da realidade. A essência da norma está na sua vigência, ou seja, na possibilidade da situação por ela regulada vir a concretizar-se no plano fático. Tal pretensão de ser eficaz não pode ser separada das condições históricas de sua realização.

Assim, a Constituição não é apenas a expressão do ser, refletindo a realidade fática de sua vigência, consubstanciada nas forças políticas e sociais, mas, é também, um dever ser, graças a esta pretensão de eficácia que visa imprimir uma ordem e forma à realidade política e social.

A constituição nos dizeres de Hesse (1991, p. 17) é determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, lhe determina. A força da realidade expressa na Constituição e a sua normatividade, como força conformadora da realidade, não podem ser separadas ou confundidas, portanto, a Constituição real e a Constituição jurídica condicionam-se mutuamente. A Constituição adquire força normativa, na medida em que logra realizar a pretensão de eficácia de sua norma.

La Constitución se compone de normas. Esta contienen requerimientos dirigidos a la conducta humana” (HESSE, 1983, p. 26). O Direito Constitucional neste sentido não pode estar desvinculado da atuação humana, pois, somente quando atua como formador e conformador da realidade histórica (através da atuação humana) é que cumpre a sua função.

Tal realização depende da medida em que a Constituição motive e determine a conduta humana, na medida, portanto, em que as normas se achem em vigor não somente hipoteticamente, mas também na prática. Tal vigência real não significa apenas o fato da Constituição existir.

O processo constituinte é o ato de vontade do poder constituinte, de um poder originário do qual deriva todo o poder constituído e cujos mandatos hão de obedecer-lhe por emanarem de sua vontade. O Poder Constituinte se origina mediante atuação humana histórica

(geralmente assembleia constituinte) e o que faz nada mais é que a formulação de um texto constitucional sobre aquilo que está acordado.

A vontade do constituinte histórico não pode fundamentar a vigência real da Constituição e não pode mantê-la. A Constituição mantém-se através de sua força normativa, ou seja, de sua capacidade de operar com a realidade histórica de forma determinante e reguladora.

Esta força normativa se acha condicionada pela possibilidade de realização do conteúdo da Constituição. Quanto maior a conexão entre os preceitos constitucionais e as circunstâncias históricas, tanto maior será sua força normativa. Quando a Constituição ignora o estado de desenvolvimento espiritual, social, político ou econômico de seu tempo, se vê privada do germen da força vital resultando incapaz de conseguir realizar o que nela está disposto. Sua força vital e operativa se baseia em sua capacidade para se conectar com as forças espontâneas e as tendências vivas de sua época e de sua capacidade de desenvolver e coordenar estas forças.

A força normativa da Constituição se acha condicionada pela vontade constante dos implicados no processo de realização do conteúdo da Constituição. Resulta fundamental esta vontade, a qual se apóia sobre o consenso que assegura à ordem jurídica uma firme estabilidade.

É imprescindível que o acordo firmado pelo constituinte histórico se mantenha entre aqueles cuja atuação e cooperação foi prevista pelo constituinte através das normas constitucionais, quanto mais intensa for esta vontade de constituição maiores serão as possibilidades de realização da Constituição.

A Constituição e realidade não podem ficar isoladas uma das outras. A fim de poder dirigir a conduta humana em todas as situações, a norma em maior ou menor medida necessita de concretização, a qual, somente é possível, quando se toma em consideração neste processo o contexto normativo, as singularidades das relações vitais concretas sobre as quais a norma vai incidir.

Ora, a concretização do conteúdo de uma norma constitucional, assim, como a sua realização, somente é possível incorporando-se as circunstâncias da realidade que esta norma está chamada a regular. As singularidades destas circunstâncias integram o âmbito normativo que é o conjunto de dados do mundo social afetados pelo preceito normativo. O âmbito normativo se acha submetido às mudanças históricas. Os resultados da concretização da norma podem mudar apesar do texto da norma continuar idêntico. Tudo isto resulta em uma mutação constitucional constante – fato que raramente se manifesta com nitidez.

Dessa forma, sintetizando o que ficou mencionado linhas volvidas, oportuno é o conceito da Constituição Brasileira de 1988, elucidado por Eros Grau (2003, p. 230):

A Constituição do Brasil não é mero instrumento de governo, enunciador de competências e regulador de processos, mas, além disso, enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Não compreende tão-somente um estatuto jurídico do político, mas um plano global normativo da sociedade e, por isso mesmo, do Estado brasileiro. Daí ser ela a Constituição do Brasil, e não apenas a Constituição da República Federativa do Brasil. Os fundamentos e os fins definidos em seus artigos 1º e 3º são fundamentos e os fins da sociedade brasileira.

Pautado num novo conceito de constituição, considerando sua força normativa surge um novo paradigma, o neoconstitucionalismo, responsável pela expansão da jurisdição constitucional, gerando a necessidade de desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional legitimadora de inúmeras modificações encontradas no atual ordenamento jurídico.

Em seção própria será abordada a questão da expansão da jurisdição constitucional e da nova hermenêutica constitucional como reflexos do neoconstitucionalismo, não sem antes aprofundar o estudo da dimensão dos direitos coletivos fundamentais e dos direitos sociais. O que se pretende é demonstrar que dentro da base teórica do neoconstitucionalismo as ações coletivas funcionam como instrumentos da concretização constitucional. No entanto, tal instrumentalização ensejará inúmeras discussões, no que tange a legitimidade da expansão da jurisdição constitucional.

3 DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS E SUAS GARANTIAS – AÇÕES COLETIVAS

Com base na evolução do pensamento jurídico e nos ideais neoconstitucionalistas de efetivação dos direitos coletivos (destacamos), podemos iniciar o referido tópico com a seguinte afirmação: hoje a Constituição já não está encarregada somente de distribuir e organizar o poder entre os órgãos estatais, mas é uma norma com amplo e denso conteúdo substantivo que os juízes ordinários devem conhecer e aplicar a todo conflito jurídico.

No entanto conforme José Carlos Vasconcellos dos Reis (2003, p 11), nem sempre foi assim:

(...) é que o problema do esvaziamento do conteúdo normativo da Constituição, a descrença na eficácia jurídica de suas normas (de uma específica categoria de normas), possui raízes históricas. O constitucionalismo moderno é filho de toda uma profunda reação ao poder absoluto. Quando a Constituição exteriorizou-se num instrumento escrito, protegido pela rigidez constitucional, estava aí traduzido um sentimento de “desconfiança” contra o poder absoluto. Esta primeira camada de Constituições apresenta-se, como não poderia deixar de ser, com acentuado teor revolucionário e evidente inspiração no direito natural, pela influência iluminista. A Constituição que emerge da fase contra-absolutista se apresenta, portanto, como conceito político e filosófico, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, é uma expressão ideologicamente comprometida. As Declarações de Direitos desse momento histórico tinham, de fato, a índole de um manifesto revolucionário. Tratava-se de textos com inegável expressão e relevância política, mas não se vislumbrava a sua percepção enquanto documentos verdadeiramente jurídicos.

Com a advinda do constitucionalismo social foi que ocorreu uma profunda transformação: a positivação, no corpo das novas Constituições, dos direitos sociais e das normas programáticas²⁰, visando a tornar o político e o social também jurídico.

²⁰ Para José Afonso da Silva (1998, p. 140/148) as normas constitucionais podem ser de eficácia porém, contida e limitada. As normas de eficácia plena são aquelas que no momento em que a Constituição entra em vigor, estão aptas a produzir todos os seus efeitos, independentemente de norma infraconstitucional, são aquelas que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata. As normas de eficácia contida embora tenham condições de, quando da promulgação da nova Constituição produzir todos os seus efeitos, poderá a norma infraconstitucional reduzir a sua abrangência. Já as normas de eficácia limitada são aquelas que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada, não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional. O autor divide as normas de eficácia limitada em dois grandes grupos, quais sejam, as normas de princípio institutivo (ou organizativo) e normas de princípio programático. As normas de eficácia, declaratórias de princípios institutivos ou organizativos contêm esquemas gerais (iniciais) de estruturação de instituições, órgãos ou entidades. Já as normas de eficácia limitada, declaratórias de princípios programáticos, veiculam programas a serem implementados pelo Estado,

A inserção das normas programáticas no texto constitucional teve a mesma gênese dos direitos sociais. No entanto, as normas programáticas tiveram negada sua natureza jurídica de maneira contundente o que gerou uma crise da juridicidade das Constituições²¹. Tal ceticismo à juridicidade e à imperatividade da Constituição abateu-se com vigor mais evidente sobre as normas programáticas, certamente devido ao fato de que, nesta categoria de normas, manifesta-se com mais força a característica típica da linguagem constitucional que enseja maior abertura, maior grau de abstração. (VASCONCELLOS DOS REIS, 2003, p.21).

Até meados do século XX, grande parte da doutrina negava a natureza jurídica das normas programáticas, reduzindo-as a um mero programa de normas jurídicas futuras, com valor puramente político ou ético.

Após a Segunda Grande Guerra, a doutrina constitucional foi incorporando esta idéia, que constitui atualmente um entendimento praticamente unânime, de tal forma que se pode dizer que o problema central do constitucionalismo contemporâneo consiste na determinação do caráter jurídico das normas programáticas e da eficácia e aplicabilidade de todas as normas constitucionais.

visando a realização de fins sociais (arts. 196, 205, 215, 218 da CF). Assim, normas programáticas são aquelas através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado

²¹ Gilberto Bercovici (2008, p. 02/06) explica que após a promulgação da Constituição de 1988, um dos grandes debates constitucionais gira em torno da concepção de constituição dirigente, introduzida no Brasil a partir da obra *Constituição dirigente e vinculação do legislador* (1982), do constitucionalista José Joaquim Gomes Canotilho. Para ele, a constituição dirigente busca racionalizar a política, incorporando uma dimensão de legitimidade material pelos fins e tarefas previstos no texto constitucional. A constituição, assim, não é só garantia existente, mas também um programa para o futuro. Esta dimensão transformadora é ressaltada por todas as versões de constituição dirigente. Seja a constituição dirigente “revolucionária”, como a portuguesa de 1976, em cuja versão original havia a consagração da transição ao socialismo como um dos objetivos da República. Seja a constituição dirigente “reformista”, como a espanhola de 1978 e a brasileira de 1988, que, embora não proponham a transição para o socialismo, determinam um programa vasto de políticas públicas inclusivas e distributivas. Os críticos vão encontrar na constituição dirigente as “normas programáticas”, noção desenvolvida de maneira mais profunda a partir do debate sobre a Constituição da Itália de 1947. A concepção de norma programática teve enorme importância, ao afirmar que os dispositivos sociais da constituição eram também normas jurídicas, portanto, poderiam ser aplicadas pelos tribunais. Estas idéias tiveram repercussão e sucesso no Brasil, mas norma programática passou a ser sinônimo de norma que não tem qualquer valor concreto. Toda norma incômoda passou a ser programática, bloqueando na prática, a efetividade constitucional.

Tal problema gerou o surgimento das chamadas teorias críticas do Direito, de caráter marxista, todas buscando denunciar o Direito enquanto instrumento de legitimação das classes dominantes, incapaz de estar a serviço de qualquer bem comum, incapaz de prestar-se a qualquer movimento emancipatório, servindo apenas como forma de ocultação das contradições sociais e da dominação de uma classe sobre as outras.

Assim, cabe agora o enfrentamento no sentido de verificar qual é a dimensão dos direitos coletivos na Constituição Federal de 1988, é claro que tomando como base o neoconstitucionalismo.

Para se fazer o presente estudo é necessário que por meio de interpretação lógico-sistemática extraia do texto constitucional, em especial a partir de seus vetores principiológicos, as grandes diretrizes que irradiam nova tônica e alcance aos direitos denominados difusos, direitos que envolvem grupos, classes e coletividades e que expressam uma vontade coletiva proclamada pela insurgência de novos movimentos sociais, contrapondo a doutrina que nega a natureza jurídica das normas programáticas (ex: direitos sociais/direitos da coletividade).

A Constituição de 1988, ao projetar um Estado Democrático de Direito voltado ao bem estar social, acenando à insuficiência do modelo liberal de Estado, aperfeiçoa o mecanismo de tutela de direitos. Do garantismo individual evolui-se ao garantismo coletivo, afastando-se a idéia de que direitos e deveres fundamentais estejam relacionados estritamente com o indivíduo. Deste modo, consagra o texto a titularidade de direitos fundamentais e a capacidade de exercício por parte de entes coletivos, o que reflete a abertura da nova Carta à problemática dos conflitos metaindividuais. (PIOVESAN, 1995, p. 114/115).

Cabe observar que desde o preâmbulo a Constituição de 1988 projetou a instituição como um Estado Democrático “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado brasileiro, destacam-se a cidadania e dignidade da pessoa humana, em conformidade com o art. 1º, II e III. Por sua vez, construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a

e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, constituem os objetivos fundamentais do Estado. É a primeira vez que um texto constitucional, num reconhecimento implícito dos sérios problemas que afligem a sociedade brasileira – pobreza, marginalização, desigualdades sociais e regionais, discriminação – traça metas a serem perseguidas, objetivos fundamentais a serem alcançados.

Note-se que, em consonância com estes objetivos fundamentais traçados pela Constituição, situam-se os princípios da ordem econômica, consagrados pelo art. 170. Dentre eles, frisem-se os princípios da redução das desigualdades regionais e sociais, função social da propriedade, defesa do consumidor e defesa do meio ambiente. Determina o texto que a finalidade da ordem econômica é assegurar a todos existência digna, conforme os ditames de justiça social.

Infere-se destes dispositivos quão acentuada é a preocupação da Constituição em assegurar a dignidade e o bem-estar da pessoa humana, como um imperativo de justiça social.

A busca do texto em resguardar o direito à dignidade humana é redimensionada, na medida em que, enfaticamente, privilegia a temática dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, tece a Constituição nova topografia, apresentando no início de seu texto avançado “Carta de direitos e garantias fundamentais”. A nova topografia constitucional, ao valorizar a temática dos direitos fundamentais, não se limita a assegurar direitos individuais. Se, sob a égide da antiga Constituição, o universo de direitos estava sistematizado pelo título “Dos direitos e garantias individuais”, com a nova Constituição nasce nova Declaração de Direitos, agora sob a denominação “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”. Abre-se o texto ao fenômeno da reorganização e articulação da sociedade civil, marcado pela emergência de novos movimentos sociais, portadores de direitos constitucionais coletivos e difusos. (PIOVESAN, 1995, p. 117).

Passa a Constituição a consagrar direitos metaindividuais: os direitos coletivos e difusos. Diferenciam-se, portanto, dos direitos individuais na medida em que nestes a fruição se esgota no círculo de atuação de seu destinatário, não se confundindo ainda com os direitos coletivos porque estes se referem a determinada classe ou a determinada categoria.

Rompe-se, assim, o ideário liberal-individualista no qual toda cultura jurídica brasileira estava inspirada.

Contudo, não bastaria a declaração de novos direitos, se não fossem asseguradas novas garantias, isto é, aos direitos metaindividuais há de ser conferida uma tutela específica. Surgem as novas garantias constitucionais de cunho coletivo, como por exemplo, o mandado de segurança coletivo, e com a ampliação do objeto da tutela da ação popular e da ação civil pública.

Ademais, a tutela dos direitos difusos na Constituição abrange: a) direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social; b) direito à educação; c) garantia pelo Estado do exercício dos direitos culturais, d) incentivo do Poder Público ao desenvolvimento científico, pesquisa e capacitação tecnológicas; e) direito ao meio ambiente sadio; f) assistência do Poder Público à maternidade, à infância e à adolescência, bem como às pessoas portadoras de deficiência; g) função social da propriedade; h) direito ao planejamento; i) Direitos dos índios.

Se a tutela dos direitos difusos na nova ordem constitucional envolve a proteção de tão variados bens, que constituem, em sua maioria, verdadeiros direitos sociais, qual a eficácia destes novos direitos difusos?

Desde logo parte-se da premissa que a nova ordem constitucional, ao consagrar um Estado Democrático voltado ao bem-estar social, está a apontar uma gama de atribuições do Poder Público, ainda mais quando estabelece os direitos coletivos/difusos.

Constata-se que, estas normas constitucionais veiculadoras de programas de atuação do Estado, denominam-se normas programáticas. Se assim o é, impõe-se para o estudo da aplicabilidade das normas definidoras dos direitos difusos, a análise do plano eficaz das normas denominadas programáticas, ou seja, o que se pretende é verificar a capacidade de

produção de efeitos das normas constitucionais programáticas, normas que condensam princípios definidores dos fins do Estado, de conteúdo eminentemente social, consagradores de direitos difusos. (PIOVESAN, 1995, p. 120).

Flávia Piovesan (1995, p.121), faz a seguinte indagação:

Se as normas programáticas implicam o dever jurídico do Estado de criar pressupostos matérias indispensáveis ao seu exercício efetivo, e esse dever corresponde a faculdade do cidadão de exigir as prestações constitutivas do direito. Esta correlação entre direito e dever tem sua imperatividade reforçada pela nova ordem constitucional, que estabelece em seu artigo 5º, parágrafo 1º, imediatamente, o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Contudo, com relação a parte significativa do universo dos direitos difusos, constata-se que sua eficácia implica prestações positivas dos Poderes Públicos. Como assegurar, então, a eficácia desses direitos?

Quanto a esta indagação, significativos foram os avanços da nova ordem constitucional. Ao consagrar o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 também institui toda uma sistemática voltada ao controle da omissão do Poder Público. Nasceram os mecanismos de controle da omissão inconstitucional – a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Assim, conjugando, por meio de interpretação sistemática, o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, os novos mecanismos de controle da omissão inconstitucional e o fortalecimento da ação civil pública, qual seria a resultante no plano da eficácia dos direitos difusos?

Uma resposta estaria no repúdio à inércia do Estado à concretização de direito difuso fundamental, posto que a omissão estatal violaria a ordem constitucional, tendo em vista a exigência de ação, o dever de agir no sentido de garantir direito fundamental, levando-se em conta a força normativa da constituição e o controle de constitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Há uma força normativa na Constituição, idéia defendida, na Alemanha, após a Segunda Guerra Mundial, por Konrad Hesse. Na sua clássica concepção, reconhece-se que a Constituição jurídica é condicionada pela realidade histórica, cujas circunstâncias concretas não pode ignorar. Porém, a Constituição não é somente a mera expressão da realidade de seu tempo, mas, graças ao seu caráter normativo, ordena e conforma a realidade social e política.

Tal concepção tem de associar-se à idéia de que não há, na Constituição, dispositivo algum despido de normatividade. Todos os preceitos de um texto constitucional são normas

jurídicas. Aliás de forma pioneira no Brasil, Rui Barbosa escreveu, em passagem clássica, que “não há, numa Constituição, cláusulas a que se deve atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições, pois todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos” (BARBOSA, 1933, p.489).

Com estas constatações, a Constituição deixa de ser um puro conceito ideal e passa a ser compreendida como um documento jurídico, com um conteúdo preciso e efeitos determinados, sobre os cidadãos e sobre o Estado.

No Brasil, o pioneirismo histórico de um estudo sistemático da eficácia das normas constitucionais, rompendo com a doutrina clássica norte-americana que as dividia em normas “auto-aplicáveis” e “não-auto-aplicáveis”, foi Meirelles Teixeira, que percebeu uma graduação da eficácia, e salientou que mesmo as normas programáticas possuem tal atributo, embora em intensidade menor (MEIRELLES TEIXEIRA, 1991, p. 314, *apud* VASCONCELLOS DOS REIS, 2003, p. 31).

No entanto, o grande marco doutrinário para a sistematização do problema da eficácia jurídica das normas constitucionais se deu com a monografia *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, de José Afonso da Silva (2004, p. 47-48). O autor após uma análise crítica daquela doutrina que negava a natureza jurídica das normas programáticas, se manifesta da seguinte forma:

“Queremos demonstrar a improcedência daquela posição negativista, não só reafirmando a eficácia jurídica, maior ou menor, de todas as disposições constitucionais, e especialmente destacando o importante papel que as chamadas normas programáticas exercem na ordem jurídica e no regime político do país. Todas as disposições constitucionais têm a estrutura lógica e o sentido das normas jurídicas. São imperativos que enlaçam dois ou mais sujeitos de uma relação, atribuindo direitos e obrigações recíprocos; quando nada, atribuindo situações de vantagem e de vínculo ou desvantagem”.²²

Fica superado o entendimento de que as normas programáticas apresentam consistência jurídica inferior, não conferindo fruição alguma, nem permitindo exigir qualquer desfrute. Então, as normas programáticas passam a apresentar nítida eficácia positiva. Pode-se dizer que a nova ordem constitucional, ao criar instrumentos inéditos na ordem jurídica, vem

²² Os autores Luís Roberto Barroso, Eros Grau, conceituam a efetividade como a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social, representando a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais, e simbolizando a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e os ser da realidade social.

a instaurar aos preceitos programáticos uma força obrigatória e vinculante, asseguradora da eficácia de direitos difusos.

Dessa forma importa salientar o pensamento de Canotilho que chega a falar em morte das normas programáticas. O autor reconhece que existem normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que impõem uma atividade e dirigem materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional de simples programas, exortações morais, juridicamente desprovidos de qualquer vincutividade. Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. (CANOTILHO, 1999, p. 1.102).

Com foco no que foi desenvolvido anteriormente, pode-se dizer que as ações coletivas devem funcionar na atualidade como instrumentos da viabilização dos direitos coletivos ou sociais, já que a potencialização da força normativa da Constituição e com a compreensão de tais direitos como norma e não como mera declaração abstrata de propósitos ou exortações morais, deve-se necessariamente concluir que das normas constitucionais decorrem, como de quaisquer outras normas, consequências jurídicas.

Percebe-se que com a sólida defesa dos argumentos lançados no atual capítulo e nos anteriores será inevitável a aparição de um novo perfil do Poder Judiciário brasileiro, com a expansão da jurisdição constitucional e um conseqente protagonismo. Então será preciso pensar na legitimação do protagonismo do judiciário, para que não haja violação ao princípio da separação de poderes e ao princípio da democracia. É o que será feito, após a exposição de alguns conceitos relacionados aos direitos coletivos e as ações coletivas.

3.1. DIREITOS COLETIVOS *LATO SENSU*

Há um momento no qual os interesses individuais, agrupando-se, despojam-se de sua carga egoística, para formar um novo ente: o interesse coletivo. O presente momento do direito aponta para a necessidade de efetiva proteção de posições jurídicas que fogem à antiga fórmula individual em sentido estrito. Hoje a doutrina se preocupa em interpretar e definir as ações coletivas. Existe, assim, uma escala crescente de coletivização dos direitos.

Inicialmente, apareceram os direitos de primeira geração, ou seja, aqueles que de modo pioneiro constaram das Constituições de diversos países. Podem ser incluídos os direitos civis e políticos, ambos pertencentes à primeira fase do constitucionalismo.

Os direitos de segunda geração resultam do impacto causado pela Revolução Industrial e o nascimento da classe operária. Sem um salário digno, o acesso à saúde, à educação, tudo o mais parecia meramente ilusório. As Constituições da França (1793 e 1848), além da Brasileira de 1824 e a Alemã de 1849, já previam os direitos de segunda geração que objetivavam igualdade de oportunidades, valorizando a dignidade da pessoa humana, com garantia de alimentação, saúde e amparo aos idosos. Tais direitos dirigiam-se à proteção, não do homem isoladamente, mas das coletividades, de grupos, sendo direitos de titularidade difusa ou coletiva. Tem-se aqui o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural. (GOMES JÚNIOR, 2004, p. 2).

Rodolfo de Camargo Mancuso (2005, p. 23), explana que:

Os direitos de terceira geração originaram da noção de um mundo globalizado, dividido em nações ricas e pobres, desenvolvidas e subdesenvolvidas. Incluem-se nos direitos de terceira geração o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, etc. Segundo a doutrina, fala-se em direitos de terceira geração, assim equidistantes dos direitos individuais como dos valores corporativos, já agora tomando o homem em dupla projeção: de um lado, na sua integração física com o planeta e, de outro lado, na sua interação com os semelhantes, podendo falar-se de direitos de fraternidade ou de comunhão universal. Neste último plano, pontificam os chamados interesses metaindividuais, notadamente os de maior amplitude social, ditos Difusos.

Em derradeiro, o grande número de conflitos sociais que se instauraram nos últimos séculos ensejaram, cada vez mais, a busca pela tutela de direitos como a saúde, educação, cultura, segurança, meio ambiente.

Surge então, o que se denomina de direitos coletivos *lato sensu*. Os direitos coletivos *lato sensu*, são entendidos como gênero, dos quais são espécies: os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos. Em conhecida sistematização doutrinária, haveria os direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) e os direitos acidentalmente coletivos (individuais homogêneos). Insta salientar que o artigo 81, parágrafo único do CDC e os projetos de Código Brasileiro de Direito Processual Coletivo, realizam idêntica subdivisão.

Importante é a definição lançada por Rodolfo de Camargo Mancuso (2005, p.27), que ressalta que um direito pode sempre ser conceituado como coletivo se presentes os seguintes requisitos: a) um mínimo de organização, a fim de que tenha a coesão necessária à formação e identificação do interesse em causa; b) a afetação desse interesse a grupos determinados (ou a menos determináveis) que serão seus portadores; c) um vínculo jurídico básico, comum a todos os aderentes, conferindo-lhes unidade de atuação e situação jurídica diferenciada.

3.2. DIREITOS DIFUSOS

Segundo Hugo Migro Mazzilli (2005, p.50/51), direitos difusos devem ser entendidos da seguinte maneira:

Difusos – como os conceitua o Código de Defesa do Consumidor – são interesses ou direitos “transindividuais”, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (Código de Defesa do Consumidor, artigo 81). Os interesses difusos compreendem grupos indeterminados de pessoas, entre as quais inexistem vínculo jurídico ou fático preciso. São como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis que se encontram unidas por circunstâncias de fatos conexas. Advirta-se, porém, que embora o Código de Defesa do Consumidor se refira a ser uma situação fática o elo comum entre os lesados que compartilhem o mesmo interesse difuso, é evidente que essa relação fática também se subordina a uma relação jurídica (como, de resto, ocorre com quaisquer relações fáticas e jurídicas); entretanto, no caso dos interesses difusos, a lesão ao grupo não decorrerá diretamente da relação jurídica em si, mas sim da situação fática resultante.

Os direitos difusos são aqueles transindividuais (metaindividuais, supraindividuais, pertencentes a uma coletividade), de natureza indivisível (só podem ser considerados como um todo), e cujos titulares sejam pessoas indeterminadas (ou seja, indeterminabilidade dos sujeitos, não havendo individuação) ligadas por circunstâncias de fato, não existindo um vínculo comum de natureza jurídica, v.g., a publicidade enganosa ou abusiva, veiculada através da imprensa falada, escrita ou televisionada, a afetar número incalculável de pessoas, sem que entre elas exista uma relação jurídica base. Por essa razão, a coisa julgada que advier das sentenças de procedência será *erga omnes* (para todos), ou seja, irá atingir a todos de maneira igual.

O objeto dos interesses difusos é indivisível. Assim, por exemplo, o interesse ao meio ambiente hígido, porquanto compartilhada por número indeterminável de pessoas, não pode

ser quantificado ou dividido entre os membros da coletividade; também o produto da eventual indenização obtida em razão da degradação ambiental não pode ser repartido entre os integrantes do grupo lesado, não apenas porque cada um dos lesados não pode ser individualmente determinado, mas porque o próprio objeto do interesse é indivisível. Destarte, estão incluídos no grupo lesado não só os atuais moradores da região atingida, como também os futuros moradores do local; não só as pessoas que ali vivem atualmente, mas até mesmo as gerações futuras que, não raro, também suportarão os efeitos da degradação ambiental. Em si mesmo, portanto, o próprio interesse em disputa é indivisível. (MAZZILLI, 2005, p. 51).

Nesse ensejo, como individualizar as pessoas lesadas com o derramamento de grandes quantidades de petróleo na Baía da Guanabara, ou com a devastação da Floresta Amazônica? Como determinar exatamente quais as pessoas lesadas em razão de terem tido acesso a uma propaganda enganosa, divulgada pelo rádio ou pela televisão?

Assim, são beneficiários dessa tutela jurisdicional todos os consumidores, pessoas indeterminadas e que, por circunstâncias fáticas, principalmente de tempo e lugar, estão expostas às práticas indicadas.

3.3. DIREITOS COLETIVOS *STRICTO SENSU*

Conforme já estudado linhas volvidas, ao mesmo tempo em que admite esse conceito amplo de interesses coletivos, o Código de Defesa do Consumidor, entretanto, introduziu também um conceito mais restrito de interesses coletivos. Coletivos, em sentido estrito, são interesses transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável de pessoas, reunidas por uma relação jurídica básica comum (Código de Defesa do Consumidor, artigo 81, parágrafo único, II).

O doutrinador Fredie Didier (2009, p. 75), faz a seguinte ponderação:

Cabe aqui uma advertência. Embora o Código de Defesa do Consumidor se refira a uma relação jurídica básica, entendida como o elo comum entre os lesados que

comunguem o mesmo interesse coletivo (tomado em seu sentido estrito), é preciso admitir que essa relação jurídica disciplinará inevitavelmente uma hipótese fática concreta. Entretanto, no caso de interesses coletivos, a lesão ao grupo não decorrerá propriamente da relação fática subjacente, e sim, da própria relação jurídica viciada que une o grupo. Nesse particular, cabe frisar que essa relação jurídica base pode dar-se entre os membros do grupo “*affectio societatis*” ou pela sua ligação com a parte contrária. No primeiro caso temos os advogados inscritos na OAB; no segundo, os contribuintes de determinado imposto. Os primeiros ligados ao órgão de classe, configurando-se como classe de pessoas; os segundos ligados ao ente estatal responsável pela tributação, configurando-se como “grupo de pessoas”. Cabe ressaltar que a relação-base necessita ser anterior à lesão.

Tanto os interesses difusos quanto os coletivos são indivisíveis, mas se distinguem não só pela origem da lesão como também pela abrangência do grupo. Os interesses difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis ou determinadas, ligadas pela mesma relação jurídica básica. Assim, o elemento diferenciador entre o direito difuso e o coletivo é, portanto, a determinabilidade e a decorrente coesão como grupo, categoria ou classe anterior à lesão, fenômeno que se verifica nos direitos coletivos *stricto sensu* e não ocorre nos direitos difusos.

Não por outro motivo a coisa será “*ultra partes*”, nos termos do art. 103, II do CDC, ou seja, para “além das partes”, mas limitado ao grupo, categoria ou classe; e os autores dos processos individuais não serão prejudicados, desde que optem pela suspensão destes processos enquanto se processa a ação coletiva ou poderão, ainda, excluir-se do seu âmbito pelo “*right to opto ut*” (direito de sair) com a continuidade de suas ações individuais.

3.4. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

O legislador foi além da definição de direitos difusos e coletivos *stricto sensu* e criou uma nova categoria de direitos coletivos, que denominou direitos individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, do CDC). A gênese dessa proteção coletiva tem origem nas *class actions for damages*, ações de reparação de danos à coletividade do direito norte americano.

Tal categoria de direitos representa uma ficção criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva de direitos individuais

com dimensão coletiva. Sem essa previsão legal, a possibilidade de defesa coletiva de direitos individuais estaria vedada.

Os interesses individuais são a base do conceito de direito subjetivo, em que a proteção estatal garante direta e imediatamente o interesse particular, que pode ser exigido do Estado. Entretanto, a antiga concepção da iniciativa processual monopolizada nas mãos do titular do direito subjetivo demonstra sua inadequação em face das novas relações jurídicas que envolvem milhares de pessoas, na mesma situação, com o mesmo fundamento jurídico, como, por exemplo, os consumidores de automóveis (DIDIER, 2009, p. 76).

Dessa nova perspectiva do Direito, em que os limites entre o público e o privado estão diluídos, surgiram os chamados direitos individuais homogêneos, que estão uniformizados pela origem comum, mas permanecem essencialmente individuais. Ocorre que sua tutela processual pode ser coletiva, através da ação civil pública, inclusive com legitimidade do Ministério Público, quando forem relevantes para a sociedade.

Para o Código de Defesa do Consumidor, interesses individuais homogêneos são aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato (Código de Defesa do Consumidor, artigo 81, parágrafo único, III).

A sentença na hipótese de tutela de direito individual homogêneo deve ser genérica, limitando-se a reconhecer a responsabilidade do réu pelos danos causados, conforme disposição expressa do art. 95 do CDC. Futuramente, deverão os consumidores lesados ou seus herdeiros se habilitar no processo, a título individual, para procederem à liquidação da sentença, provando o dano sofrido, o seu montante e que se encontram na situação amparada pela decisão. (MARQUES, 2009, p. 389).

3.5. SURGIMENTO DAS AÇÕES COLETIVAS

O surgimento das ações coletivas remonta a duas fontes. Primeiro, e mais conhecido, o antecedente romano da ação popular em defesa *das rei sacrae, rei publicae*. Ao cidadão era atribuído o poder de agir em defesa da coisa pública em razão de sentimento, do forte vínculo

natural que o ligava aos bens públicos *lato sensu*, não só em razão da relação cidadão/bem público, mas também pela profunda noção de que a República pertencia ao cidadão romano, era seu dever defendê-la. Já as ações coletivas das “classes”, antecedente mais próximo das atuais *class actions* norte-americanas e da evolução brasileira das ações coletivas disciplinadas no CDC, são existentes na prática judiciária anglo-saxã nos últimos oitocentos anos. (DIDIER, 2009, p. 78).

Com base nas considerações acima, cabe agora uma retrospectiva em relação às ações coletivas até sua chegada e evolução no Brasil.

Alega Boaventura Sousa Santos (2000, p. 29), que:

(...) a partir dos movimentos sociais, os cidadãos se conscientizaram de que os processos de mudança constitucional lhes deram direitos significativos – direitos sociais e econômicos. Em razão disso, estes movimentos enxergam no Direito e nos tribunais um importante cenário para reivindicação de seus interesses e de suas justas aspirações.

Com a Revolução Industrial do século XVIII, surgiram os movimentos sociais conflitivos. Em razão da denominada ascensão das massas, intensificada no decorrer da história, passou-se a exigir a tutela coletiva desses conflitos massificados. O verdadeiro ponto de partida dessa emergência social, portanto, é a Revolução Industrial inglesa, que se espalhou por todo o mundo com a industrialização e a criação da classe operária. Foi a partir deste momento histórico que os conflitos sociais aumentaram, atingindo coletividades de pessoas.

Com efeito, podiam ser identificados conflitos massificados entre a necessidade de criação de novos postos de trabalhos para a classe operária e o interesse empresarial na contenção dos custos de produção. Dentro do âmbito desses conflitos, surgiram os movimentos sindicais, como os primeiros corpos intermediários para a representatividade de determinada massa da sociedade: a classe operária. Consequentemente verificou-se o surgimento de vários segmentos sociais, como os sindicatos, as associações de bairros, as associações de defesa do meio ambiente e do consumidor.

Tal circunstância fez com que começassem a ser criados instrumentos legais para a tutela, em juízo, dos interesses ou direitos coletivos.

Nesse ínterim, os novos direitos havidos no âmbito da sociedade de massa exigiram o desenvolvimento, pela ciência processual, de instrumentos judiciais para viabilizar, em juízo, sua tutela. A partir da constatação dessa realidade, entra em cena a ação coletiva, que se presta justamente a tal finalidade.

Em relação às origens da ação coletiva, não se trata de um fenômeno contemporâneo, pois existe há pelo menos oito séculos, muito embora haja diferenças relevantes entre as primeiras ações medievais, as modernas e as contemporâneas.

Para o autor Márcio Flávio Mafra Leal (1998, p. 21/22):

(...) a gênese das ações coletivas é encontrada na Inglaterra Medieval (século XII). Tratava-se de conflitos envolvendo uma comunidade (aldeões) de um vilarejo contra os senhores (*lords*) por problemas relativos à administração e utilização das terras nos feudos; fiéis (*parishers*) disputando o pagamento de dízimos com os párcos; corporações (*guilds*) questionando o pagamento de tributos ou arrendamentos impostos pela autoridade local ou pelo senhor.

Há que se fazer uma distinção entre as duas interpretações. Na ação coletiva medieval não se questionava a representação dos direitos alheios, vez que o direito material era mais ou menos compartilhado indistintamente pela comunidade. Ou seja, o membro da comunidade que figurava como autor da ação não representava o direito de um conjunto de indivíduos, mas de uma coletividade.

Utilizando-se dos conceitos atuais e fazendo-se um paralelo com a realidade pretérita, a ação coletiva medieval poderia ser vista como uma ação de uma comunidade sem personalidade jurídica, representada, para efeitos processuais, por um membro da comunidade. Essa ação medieval guarda semelhança com a ação para a defesa de direitos difusos contemporânea.

Já o *Bill of Peace* originou as ações que cuidam de vários e independentes direitos individuais tratados processualmente de uma vez, cuja *ratio* era evitar a multiplicação de litígios. (GRINOVER, 1998, p. 126).

No contexto medieval, não havia discussão acerca da representatividade do autor da ação coletiva, por não se discernir indivíduo de comunidade como se concebe hoje. Sob tais

condições, o processo judicial era voltado para o mérito do litígio, tornando as partes e sua definição como algo não problemático ou secundário.

Márcio Flávio Mafra Leal (1998, p.32), contribui dizendo que:

Na fase da modernidade, há a continua ascensão do individualismo radical e a diminuição da importância dos grupos na estrutura social e no sistema jurídico. A concepção do indivíduo autônomo em face da comunidade a que pertence e a idéia de direito subjetivo passam a exigir um título e uma teoria que fundamente a possibilidade de que o autor represente os demais indivíduos ausentes da relação processual. Nessa perspectiva, a legitimação para ser parte foi, gradativamente, circunscrevendo-se a pessoas físicas e corporações (pessoas jurídicas), que foram sendo consideradas as únicas unidades reconhecidas a se representar em juízo (*legal entity*), tornando as entidades que não se encaixavam nesse conceito de pessoa de existência jurídica problemática.

A partir do século XVIII, estabeleceu-se o problema de se justificar teoricamente a representação de grupos informais, que não se enquadravam no conceito jurídico de corporação. À época, duas classes se destacaram: as sociedades por ação (*joint-stock companies*) e as sociedades de amigos (*friendly societies*). A técnica da primeira consistia na reunião de grande capital por intermédio do oferecimento de ações captadas no mercado aberto a quem quisesse investir. As sociedades de amigos tinham finalidade de assistência mútua em que se administrava um fundo comum, utilizado em caso de problemas de saúde, com reembolso em prazo determinado.

Ambas as sociedades foram obtendo reconhecimento legislativo, o que determinou o fim do recurso a ação coletiva na Inglaterra para dirimir seus conflitos. A partir daí, as ações coletivas foram rareando até se chegar a um período de hibernação, até sua revitalização na versão americana do século XX, por intermédio das *class actions for damages*.

Na sociedade contemporânea, surge uma outra entidade, também sem personalidade jurídica, que dificilmente pode se configurar em uma pessoa para efeito de representação processual ou extraprocessual: é aquela formada por indivíduos inseridos em grupos, classes e categorias, identificados em razão da pertinência a uma raça, origem, gênero sexual, nível cultural e de emprego, do consumo de determinado produto, de pertencer a uma determinada faixa etária, entre outras formas contingenciais e, as vezes, efêmeras de agrupamento. Muitos desses grupos frequentemente estão em situação desvantajosa em relação à parte contrária, de modo que se torna um imperativo de nossos tempos a busca de um instrumento jurídico que

possibilite a representação desse grupo e de uma forma processual em que a decisão final vincule todo o segmento social representado. Daí a necessidade da ação coletiva, para possibilitar ao Estado apreciar e julgar os novos direitos em questão (LEAL, 1998, p. 23-32).

Quanto às *class actions* norte-americanas, Vincenzo Vigoriti (*apud*, GRINOVER, 1998, p. 254), assim as delinea:

A *class action* no sistema norte-americano, baseada na *equity*, pressupõe a existência de um número elevado de titulares de posições individuais de vantagem no plano substancial, possibilitando o tratamento processual unitário e simultâneo de todas elas, por intermédio da presença, em juízo, de um único expoente da classe.

A *class action* norte-americana de início teve contornos imprecisos, até ser disciplinada pelas *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938, tendo sido normatizada pela *Rule n.23*, que fixou as seguintes regras fundamentais:

a) a *class action* seria admissível quando impossível reunir todos os integrantes da class; b) caberia ao juiz o controle sobre a adequada representatividade; c) também ao juiz competiria a aferição da existência da “comunhão de interesses” entre os membros da class. (VIGORITI, *apud*, GRINOVER, 1998, p.126)

Com vistas à tentativa de sistematização do grau da comunhão de interesses, resulta uma classificação das *class actions* em *true*, *hybrid* e *spurious*, conforme a natureza dos direitos objeto da controvérsia (*joint*, *common* ou *secondary*, ou ainda *several*), com diversas consequências processuais. Em contrapartida, as *Federal Rules* de 1966 (*Rule n° 23*) não mais contém a tripartição anterior, passando a definir as *class actions* de maneira geral e unitária, com acréscimo de requisitos referentes à admissibilidade da ação. Ressalte-se que a tutela judicial dos interesses e direitos coletivamente tratados permanece no sistema norte-americano, tendo por instrumento a *class action*. (GRINOVER, 1998, P. 126).

No Brasil, o sistema das *class actions for damages* norte-americanas, devidamente adaptado à *civil law*, inspirou a criação das ações coletivas em defesa de interesses difusos ou coletivos, de natureza indivisível, por intermédio da denominada Lei 6.938/81 e a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85).

Contudo, a lei era destinada à proteção de bens coletivos indivisivelmente considerados, de modo que não viabilizava a reparação dos danos pessoalmente sofridos,

cabendo aos indivíduos diretamente prejudicados valer-se das ações pessoais ressarcitórias, dentro dos esquemas do processo comum.

Diante de tal dilema, o legislador brasileiro editou a primeira lei que, no âmbito da ação civil pública, cuidou da reparação pelos danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários: a Lei nº 7.913/89, que legitimou o Ministério Público a adotar as medidas judiciais necessárias para evitar prejuízos ou obter ressarcimento dos danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado.

Para suprir esta e outras deficiências, foi editado o Código do Consumidor, que criava a categoria mais abrangente das ações coletivas para a defesa de interesses ou direitos subjetivos individuais, tratados conjuntamente por sua origem comum. E pelo Código veio a consagração definitiva da categoria das *class actions for damages*, a que o Cap. II do Título III confere disciplina específica.

O emblemático papel do Código de Defesa do Consumidor não se resumiu a implementar o sistema brasileiro de *class actions for damages*, antes, derivou de uma preocupação do legislador com a efetividade do processo destinado à proteção do consumidor e com a facilitação de seu acesso à justiça.

Para tanto, mostrou-se necessário o fortalecimento da posição do consumidor em Juízo, mediante um novo enfoque da idéia de equilíbrio entre as partes, que não fosse garantido apenas no plano meramente formal. Imprescindível se revelou, outrossim, a criação de novas técnicas que, ampliando o arsenal de ações coletivas previstas pelo ordenamento, realmente representassem a desobstrução do acesso à justiça e o tratamento coletivo de pretensões individuais que isolada e fragmentariamente poucas condições teriam de adequada condução. Isso tudo, sem olvidar jamais as garantias do devido processo legal, importante conquista que não deve ser negligenciada.

Por fim, cabe salientar que na era da coletivização dos direitos busca-se meios efetivos de tutela, ou seja, é necessário que a tutela jurisdicional coletiva proporcione efetividade no acesso à devida prestação jurisdicional, fazendo valer os direitos fundamentais expressos no texto constitucional. Assim, cabe estudar em consequência os modelos de ações coletivas, os seus fundamentos e princípios.

3.6. MODELOS DE AÇÕES COLETIVAS

Com base nos estudos de Fredie Didier e Hermes Zanetti (2009, p. 54/57), serão analisados agora dois modelos de ações coletivas. O primeiro modelo seria o da *Verbandsklage* alemã, adotado principalmente na Europa Continental. O segundo modelo, qual seja, o *da Class Actions*, de origem norte americana, amplamente difundido em alguns países como o Brasil, o Canadá, recepcionado também em alguns países do norte da Europa continental como a Suécia.

O Modelo da *Verbandsklage* adota a etiqueta alemã das ações sobre normas gerais de contratação, da Lei para o Regulamento das Cláusulas Gerais dos Negócios, denominadas “ações associativas”. Essa tutela coletiva visava atender a demandas materiais decorrentes dos novos direitos do consumidor, do meio ambiente, etc.

As características desse modelo podem ser assim identificadas: a) especial legitimação ativa das associações, com a escolha de um “sujeito supra-individual”, para tutelar em nome próprio o direito que passa a ser considerado como direito próprio; b) distanciamento da tutela dos direitos individuais de forma extremada e radical, por exemplo, a lei italiana sobre meio ambiente não prevê nenhuma hipótese de tutela individual, toda a responsabilidade do dano volta-se para a reparação ao Estado; c) a tutela predominantemente permitida em juízo é somente aquela em que o pedido contém uma tutela inibitória ou injuncional, tutelas voltadas para as obrigações de fazer e não-fazer.

Já o Modelo das *class actions* é originário da *Federal Rule 23*, editada originalmente em 1938 e reformada sucessivamente em 1966 e 1983. A motivação da tutela coletiva neste modelo está presente na necessidade de proteger os indivíduos ou grupo de indivíduos de lesões de massa, que ficariam sem proteção, ou por falta de interesse individual ou por ausência de benefício claro diante de uma tutela muito custosa, complicada ou onerosa.

Tal modelo apresenta características relevantes que devem ser apontadas, tais como: a) a legitimidade do indivíduo ou de um grupo de indivíduos (adequada representação); b) a vinculatividade da coisa julgada para toda a classe; c) adequada notificação para aderir à iniciativa e a razão disto é que a sentença tem efeito vinculante. É o direito de colocar-se a

salvo da coisa julgada. Assim, se um membro da classe entender mais vantajoso fazer valer seu direito como uma ação individual, ele tem o direito de sair do grupo comunicando ao legitimado que não pretende ser representado na demanda coletiva.

Cabe frisar, que a tendência mundial é a universalização do modelo *das class actions*, sem dúvida o mais bem sucedido e difundido entre os ordenamentos jurídicos da *common law* e do *civil law*. Essa tendência pode ser notada no projeto do Código de Processo Civil Coletivo para a Ibero-América e no Projeto Gidi.

3.7. FUNDAMENTOS E OBJETIVOS DAS AÇÕES COLETIVAS

O professor Antônio Gidi (2007, p. 25), assinala os seguintes objetivos das ações coletivas:

Cabe salientar que a existência de uma técnica jurisdicional para a tutela coletiva dos direitos de grupo pode servir à realização de vários objetivos, que podem ser sintetizados em três grupos. Em linhas gerais, pode-se dizer que as *class actions* visam a promover a economia processual, o acesso à justiça e a aplicação voluntária e autoritativa do direito material.

Assim, é possível identificar o objetivo imediato das ações coletivas, qual seja, o de proporcionar eficiência e economia processual, ao permitir que uma multiplicidade de ações individuais repetitivas em tutela de uma mesma controvérsia seja substituída por uma única ação coletiva.

As ações coletivas promovem economia de tempo e dinheiro, não somente para o grupo-autor, como também para o judiciário e para o réu. Pode-se dizer que as ações coletivas são uma espécie de “aspirador de pó judicial”, que suga ações individuais semelhantes e alivia o trabalho dos tribunais.

Dentro do aspecto econômico das ações coletivas, as motivações políticas mais salientes são a redução dos custos materiais e econômicos na prestação jurisdicional; a uniformização dos julgamentos, com a conseqüente harmonização social, evitação de decisões

contraditórias e aumento da credibilidade dos órgãos jurisdicionais e do próprio Poder Judiciário como instituição republicana.

Um segundo objetivo buscado pelas ações coletivas é o de assegurar o efetivo acesso à justiça de pretensões que, de outra forma, dificilmente poderiam ser tuteladas pelo judiciário. Não é difícil vislumbrar que alguns direitos estão à margem da proteção judicial do Estado. E isso acontece, quando uma pessoa sofre uma lesão de reduzido valor financeiro ou é lesada de uma forma sem repercussão financeira imediata, como acontece nos casos de aquisição de produtos sem informação do prazo de validade ou da correta composição química. Os custos financeiros e psicológicos de uma ação judicial seriam desproporcionais ao dano efetivamente sofrido. Nesses casos a vitória em uma ação individual é comparável a uma mosca pousando nas costas de um elefante. No entanto, o equilíbrio da situação se altera, quando centenas ou milhares de pessoas em uma mesma situação podem se reunir com o objetivo de solucionar toda a controvérsia coletiva através de um único processo e de uma única sentença. A ação coletiva coloca, portanto, ambas as partes (o grupo lesado e o réu) em uma posição de igualdade.

O terceiro objetivo buscado pela tutela coletiva dos direitos é o de tornar efetivo o direito material e promover as políticas públicas do Estado.

A *class action* é uma forma extremamente efetiva de realização das políticas públicas²³, uma vez que permite ao Estado conhecer e resolver a totalidade da controvérsia coletiva em um único processo.

²³ As políticas públicas são programas de intervenção estatal a partir de sistematizações de ações do Estado voltadas para a consecução de determinados fins setoriais ou gerais, baseadas na articulação entre a sociedade, o próprio Estado e o mercado (PIZZOLATTI, 2001, p. 172). Como lembra José Reinaldo Lopes (1999, p. 134) as políticas públicas são um conjunto heterogêneo de medidas do ponto de vista jurídico, pois envolvem a discussão de diversos ramos do Direito, tais como as leis que tratam do regime de finanças públicas, leis que regem as concessões de serviços públicos, leis de zoneamento urbano, etc. O traço caracterizador das políticas públicas consiste na utilização de instrumentos cogentes de intervenção do Estado na sociedade, motivo pelo qual o Estado providência represente – no inconsciente coletivo da comunidade jurídica – seu maior símbolo e a redução do papel do Estado na direção da sociedade é sintomático da derrocada do Estado-providência. Para Maria Paula Dallari Bucci (2010, 1,11p.241) políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são metas coletivas conscientes e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato.

A ação coletiva é um poderoso instrumento transformador da sociedade. O seu impacto social pode ser enorme, já que podem ser promovidas mudanças estruturais em instituições extremamente complexas, como escolas, empresas, hospitais, penitenciárias etc. (GIDI, 2007, p.33/ 34).

As motivações sociológicas podem ser verificadas e identificadas no aumento das demandas de massa, que precisa ser controlada em face da crescente industrialização, urbanização e globalização da sociedade contemporânea. A constitucionalização dos direitos e os movimentos pelos direitos humanos e pela efetividade dos direitos fundamentais levaram a interpretação do Direito a um novo patamar, ou seja, o pós-positivismo. É o momento de discutir se frente à nova realidade complexa da sociedade às ações coletivas prestam-se como instrumento para viabilizar a concretização constitucional.

3.8. CONCEITO DE AÇÃO COLETIVA

Na atualidade é fácil verificar que as desigualdades imperam em nossa sociedade. Em que pesem tais circunstâncias, as classes populares, cada vez mais, têm consciência dessa desigualdade, de que ela é injusta e de que viola os seus direitos.

A partir dessa constatação, o crescente protagonismo social e político do sistema judicial e do primado do Direito são intensos. O protagonismo dos tribunais, na opinião de Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 17), emerge de duas vias:

(...) por um lado, o novo modelo de desenvolvimento assenta nas regras de mercados e nos contratos privados e, para que estes sejam cumpridos e os negócios tenham estabilidade, é necessário um Judiciário eficaz, rápido e independente; por outro lado, a precarização dos direitos econômicos e sociais passa a ser um motivo de procura do Judiciário. Muita da litigação que hoje chega aos tribunais deve-se ao desmantelamento do Estado Social (direito laboral, previdência social, educação, saúde etc).

A cada dia constata-se, portanto, a substituição da Administração Pública pelo sistema judicial, que se vê compelido pelas demandas sociais a cumprir as funções daquela, que deveria ter realizado espontaneamente essa prestação social.

Mostra-se inegável, o importante papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário no que se refere às demandas sociais características de nossa sociedade de massa, de modo que o primeiro não pode voltar as costas a essa realidade, pois acabaria por disseminar verdadeiras injustiças.

Segundo Gregório Assagra de Almeida (2008, p. 03), ação coletiva é o instrumento processual constitucional colocado à disposição de determinados entes públicos ou sociais, arrolados na Constituição ou na legislação infraconstitucional – na forma mais restrita, o cidadão, para a defesa via jurisdicional dos direitos coletivos em sentido amplo.

Já Elton Venturi (2007, p. 108/109), define ação coletiva como:

(...) a tutela jurisdicional coletiva assume papel notoriamente essencial, na medida em que se apresenta como meio de solução das mais diferentes controvérsias afluentes na sociedade contemporânea, seja as que envolvem o próprio Estado, constantemente demandado na medida de sua incapacidade em honrar com os inúmeros compromissos constitucionalmente impostos em busca da efetividade dos direitos sociais, seja as que retratam os interesses dos esquecidos pela sociedade moderna (os não-proprietários, os negros, os índios...), cujas reprimidas pretensões podem agora ser canalizadas por via das ações coletivas (...).

Sob este aspecto, a tutela jurisdicional coletiva, a desenvolver-se no âmbito do Poder Judiciário e que tem por objeto viabilizar a discussão judicial de questões socialmente relevantes, pode consistir em instrumento para o acesso das camadas populares à ordem jurídica justa.

Importa destacar que uma das principais hipóteses em que a atuação política do Judiciário ocorre é nas chamadas demandas coletivas, ou seja, aquelas que possuem dimensão metaindividual, não raras vezes implementadora de políticas públicas, pois exigem do Poder Judiciário uma atuação corretiva, no sentido de buscar resultados não alcançados por políticas legislativas ou executivas.

Nessas hipóteses, a atuação política do Judiciário pode ser notada tanto no momento da propositura da demanda, pois o processo se torna um canal de participação popular na concretização dos princípios constitucionais, na definição de políticas públicas e na fiscalização de agentes públicos, bem como no momento da prolação da sentença, no qual o juiz deverá assumir uma postura prospectiva e finalística, visando dar uma resposta adequada e efetiva às novas demandas sociais.

A idéia de ação coletiva que se pretende adotar aqui é assegurar a quem desejar estabelecer alguma pretensão em juízo, condições efetivas para que isso se dê, além de garantir àquele, em face de quem se pretende essa guarida, suficientes meios de ser ouvido, de influir, de apresentar suas versões e de demonstrar também ser em seu benefício à proteção do direito material, ou seja, o que se pretende com as ações coletivas nada mais é do que caracterizá-la como um meio efetivo de concretização constitucional.

No entanto, é sabido que o que se pretende ensejará prestações positivas por parte do Poder Judiciário, que muitas vezes irá decidir de forma criativa e se portará não como legislador negativo, mas sim, como legislador positivo.

3.9. ANÁLISE CRÍTICA DAS AÇÕES COLETIVAS

No presente tópico será feita uma análise crítica no que tange a efetividade das ações coletivas dentro do Judiciário, para tal tomaremos como base a pesquisa de Ana Cristina Bandeira Lins que demonstra em números a inefetividade das ações coletivas.

Através de um relatório a autora sintetiza o resultado de sua pesquisa (a qual iremos nos ater) realizada com o apoio da Escola Superior do Ministério Público da União, que abrangeu o cadastramento das ações coletivas em trâmite na Subseção Judiciária de São Paulo da Justiça Federal, bem como a produção de relatório sobre o trâmite e o êxito das ações. A proposta da pesquisa originou-se a partir da atuação da Excelentíssima Senhora Subprocuradora-Geral da República, Dra. Maria Caetana Cintra Santos, como representante do Ministério Público Federal (MPF) no Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), criado pela Lei 7.347/85 e atualmente disciplinado pela Lei 9.008/95. (LINS, 2007, p. 01/02).

Durante seu mandato de 2001 a 2006, aquela representante do *Parquet* constatou a escassez de recursos oriundos de condenações em ações civis públicas, apesar da vigência por mais de 20 anos da Lei nº 7.347/85.

Diante desse fato, a pesquisa levantou várias hipóteses, quais sejam: são propostas ações civis públicas? Há pedido de destinação de recursos ao FDD? Os pedidos são julgados procedentes? Qual o tempo médio de processamento destas ações? São promovidas execuções pelos legitimados? Os recursos chegam ao FDD?

Para responder a essas questões, a referida Subprocuradora-Geral propôs à Escola Superior do Ministério Público da União a elaboração de um cadastro nacional de todas as ações civis públicas ajuizadas pelo MPF, a fim de se acompanhar seu trâmite e a destinação final de recursos ao FDD.

Contudo, a realização de tal empreitada dependeria da colaboração de Procuradores da República em todo o país, os quais deveriam agir de forma coordenada. Face à dificuldade de tal iniciativa, vislumbrou-se a possibilidade de se fazer um projeto piloto, capaz de indicar respostas às hipóteses apresentadas, com base em amostragem de uma única Subseção Judiciária. Elegeu-se São Paulo, que detém a maior movimentação processual do país. (LINS, 2007, p. 04).

Diante da hipótese de destinação de verbas ao FDD, decidiu-se ampliar o universo das ações examinadas, abrangendo-se também as ações civis públicas propostas por outros legitimados, bem como as ações populares e outras em ritos diversos que tratassem de direitos difusos, as quais poderiam conter condenação em pagamento para o Fundo. Também foram incluídas ações cautelares de ações civis públicas sem propositura da principal, já que em muitas delas as partes chegam a acordo, resolvendo a lide, e outras cautelares com trâmite separado da principal. O conjunto das ações examinadas foi denominado “*ações coletivas*”. (LINS, 2007, p. 03).

Na pesquisa desenvolvida, foi elaborado cadastro das ações em curso na Subseção Judiciária de São Paulo, com especificação de partes, assunto, resumo, pedido de recursos ao FDD e valor, classificação perante o MPF e perante a Justiça Federal. Verificou-se o tempo médio de trâmite das ações em suas diversas fases processuais e conheceu-se o teor das decisões liminares, tutelas antecipadas, sentenças e julgamento de recursos. Entendeu-se importante a verificação das decisões provisórias, pois são indicativos de futura condenação para o Fundo. (LINS, 2007, p. 02).

O projeto piloto se limitou ao universo de *ações coletivas* propostas originariamente perante a Justiça Federal de 1ª Instância da Subseção Judiciária de São Paulo e ainda em trâmite, mesmo que nas instâncias superiores. Não foram examinadas as ações encaminhadas a outras seções judiciárias, nem à Justiça Estadual ou outra Justiça Especial, tendo sido apenas anotadas as quantidades de ações propostas e autores, devido a restrições de tempo e recursos.

Pelos mesmos motivos, não foram incluídas, a princípio, as ações arquivadas. Contudo, durante a realização do trabalho, diante da inexpressiva quantidade de processos em fase de execução, notou-se a importância do exame das ações arquivadas. Entretanto, devido ao limite material e sobretudo temporal para a conclusão da pesquisa, não se pôde, neste primeiro projeto, manusear tais ações. Decidiu-se pela análise das informações constantes no sistema de informática da Justiça e da Procuradoria da República, em busca de informações sobre eventuais remessas de recursos para o FDD. Não se examinou tempo de trâmite dessas ações, mas apenas o teor do julgamento e eventual execução.

Metodologicamente, foram listadas as *ações coletivas* constantes no banco de dados do MPF, por Vara. Independentemente destas listas, foram solicitadas às Varas Federais Cíveis e Previdenciárias a disponibilização de suas *ações coletivas*, para consulta. Portanto, o universo da pesquisa foi definido pelos dados do MPF e da Justiça Federal. . (LINS, 2007, p. 03).

Os processos foram vistoriados na Justiça Federal de 1ª Instância, no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, durante o período de 23 de agosto a 4 de dezembro de 2006. Foram preenchidas fichas relativas a cada processo, com dados cadastrais e de movimentação processual. Foi vedado o acesso a 25 processos em trâmite no Tribunal Regional Federal. Nestes casos, o preenchimento das fichas se deu com base nas informações constantes no portal da Justiça, somadas às do banco de dados da Procuradoria. Assim, as datas de movimentação processual foram aferidas pelas publicações ou ciência pelo Ministério Público. Em relação a esses processos, foi considerado ausente o pedido de condenação a pagamento para o FDD. (LINS, 2007, p. 03).

O levantamento das ações arquivadas também foi feito com base no banco de dados do MPF. As informações sobre julgamento e execução dessas ações foram obtidas no banco de dados do MPF e no portal da Justiça Federal.

Foram excluídas do trabalho as ações dependentes que seguem a movimentação da principal. Cinquenta e sete ações civis públicas em trâmite no Tribunal Regional Federal, as quais versavam sobre um mesmo objeto (Sistema Financeiro de Habitação), em face do mesmo réu, propostas no mesmo dia, pelo mesmo patrono, sem pedido de destinação de recursos ao FDD também foram desconsideradas. Isto porque todas foram distribuídas por dependência à primeira ação proposta. Optou-se por contabilizar a ação principal, já que as demais poderiam estar todas contidas naquela. (LINS, 2007, p. 03).

Para o cálculo do tempo de trâmite das ações, foram anotadas as datas de ocorrência dos seguintes atos processuais: a) Nos Processos de Conhecimento e Liquidação: propositura (protocolo); citação (juntada do último mandado cumprido); saneador, se presente (decisão referente ao art. 331§2º, do Código de Processo Civil); conclusão para sentença; prolação de sentença (baixa em cartório); remessa ao Tribunal Regional Federal; distribuição em 2ª Instância; julgamento de apelação (data do julgamento); julgamento de outros recursos; remessa ao STJ; distribuição no STJ; julgamento de recurso especial; julgamento de outros recursos; remessa ao STF; distribuição no STF; julgamento de recurso extraordinário; trânsito em julgado; baixa à 1ª Instância; b) Nos Processos de Execução: distribuição (ou primeira manifestação de interesse na execução); intimação/citação; propositura de embargos à execução; trânsito dos embargos; pagamento; remessa ao arquivo. (LINS, 2007, p. 04).

No cálculo de tempo médio de cada fase processual, foram consideradas apenas as ações com a fase subsequente já alcançada. As médias são simples, obtidas pela soma do total de dias entre cada fase, dividida pelo número de processos observados, sem tratamento estatístico. Os valores em dias foram divididos por 365 para conversão para ano e por 30, para conversão para mês. (LINS, 2007, p. 04).

Nas médias de tempo por assunto e por autor, foram contabilizadas apenas as ações civis públicas e as ações populares, em virtude da classificação do programa utilizado para alimentação do banco de dados do *Parquet*, denominado *Caetés*, o qual distingue os autores apenas na classificação destes ritos. Serão designadas *ACP MPF* as ações propostas pelo

Parquet; ACP OUTROS aquelas propostas por outros legitimados, ou seja, por associações ou por outros entes públicos que não o MPF; *A POPULAR* as ações populares, propostas por cidadãos. Os demais ritos não foram contabilizados nas divisões por assunto ou autor. (LINS, 2007, p. 05).

A separação por assunto destas ações civis públicas e populares segue a organização interna do MPF, composta por *Câmaras de Coordenação e Revisão (CCR)*, com atribuição para homologar arquivamento dos procedimentos administrativos. Excluindo-se a 2ª CCR, de matéria criminal, foram observadas as divisões de matéria entre as demais Câmaras: *1ª CCR – Direito Constitucional (matéria tributária, administrativa, previdenciária); 3ª CCR – Direito do Consumidor e Econômico; 4ª CCR - Meio Ambiente e Patrimônio Cultural; 5ª CCR - Patrimônio Público e Social; 6ª CCR - Minorias Indígenas e Outras Minorias Tradicionais.* (LINS, 2007, p. 05)

Apesar de a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC) funcionar como verdadeira Câmara, com atribuição para os feitos sobre Direitos Individuais e Sociais, o programa *Caetés* não conta com sua rubrica, classificando-se os processos que lhe são afetos ora como da 1ª CCR, ora como 6ª CCR. Logo, nos totais por assunto obtidos nas matérias dessas duas Câmaras, há que se considerar a abrangência de ações afetas à PFDC. Além dos dados cadastrais e marcos temporais, foram observados os teores das liminares, tutelas antecipadas, sentenças e acórdãos proferidos. Todos os dados obtidos foram lançados em aplicativo do sistema *Caetés*, desenvolvido especificamente para este trabalho. Os magistrados de 1ª Instância foram consultados sobre eventuais peculiaridades e dificuldades no processamento destas ações. (LINS, 2007, p. 05)

O relatório aponta ainda alguns óbices encontrados. Primeiramente, há que se destacar a dificuldade para relacionar as ações que seriam examinadas, diante de falhas nos dois bancos de dados utilizados: o da Justiça Federal e o da Procuradoria da República.

Obedecendo a anterior disciplina do Conselho da Justiça Federal, o cadastramento das ações civis públicas e populares no Judiciário se dava como *05000 - Ações Diversas*, juntamente com diversos outros ritos, tais como justificação, notificação, etc. Com a Resolução 328, de 28 de agosto de 2003, foram criadas pelo mesmo Conselho categorias próprias: 1 – Ação Civil Pública; 2 – Ação Civil Pública do Código de Defesa do

Consumidor; 28 – Ação Popular. Os processos posteriores à efetiva implantação da nova regulamentação foram cadastrados nestes parâmetros.(LINS, 2007, p. 10)

Contudo, o recadastramento das ações estava em curso durante o período de realização da pesquisa. Note-se que as ações nos Tribunais e no arquivo não passaram pelo recadastramento de 1ª Instância. 72,88 % das ações pesquisadas ainda estavam classificadas pela Justiça como *Ações Diversas*. (LINS, 2007, p. 10)

Não dispondo a Justiça de tal listagem, foram examinadas as ações constantes do banco de dados da Procuradoria, além de outras apresentadas espontaneamente pelo Judiciário, com base na memória dos funcionários ou, em raros casos, em listagens elaboradas pelas próprias Varas. Nas Secretarias que dividem o trabalho por rito, foram encontrados diversos processos ainda não constantes da base de dados da Procuradoria. Tratava-se de ações ainda não remetidas ao *Parquet*. Nas poucas Secretarias sem esta divisão interna, foram examinadas apenas as ações constantes do banco de dados ministerial.

Diante dessas dificuldades, é provável que algumas *ações coletivas* não tenham sido examinadas. Tais falhas poderiam ser futuramente suplantadas com a conclusão do recadastramento. Contudo, um problema permanecerá: a classificação das ações de improbidade administrativa.

A nova Resolução não criou categoria própria para tais ações, demonstrando não considerá-las como um rito diferenciado. Não se pretende aqui enfrentar a polêmica questão sobre o rito das ações fundamentadas na Lei nº 8.429/92, mencionando-se apenas não ser a doutrina pacífica sobre a natureza da ação de improbidade.

Independentemente de qualquer posicionamento, cumpre evidenciar que o Setor de distribuição da Justiça Federal de São Paulo classifica tais ações ora como “Ações Ordinárias”, ora como “Ações Civis Públicas”, sem qualquer critério objetivo, seguindo a denominação explicitada pelo autor na inicial. Essa falta de critério impossibilitará o levantamento das ações de improbidade, com base na classificação.

O banco de dados do *Caetés*, seguindo a classificação do Judiciário, continha a mesma incongruência. Para a realização da pesquisa, padronizou-se o cadastramento pelo MPF nas

diversas classes de ação civil pública, pois, além de facilitar a contagem de *ações coletivas*, são divididas de acordo com a matéria e a Câmara correlata. (LINS, 2007, p. 05)

Além dessa falha, as informações de cadastro já constantes no banco de dados do MPF encontravam-se com vários equívocos. Muitas supostas ações civis públicas eram, na verdade, incidentes processuais ou recursos, tais como Impugnação ao Valor da Causa, Exceção de Incompetência, Agravo de Instrumento, etc. Os cadastros foram retificados para a elaboração das estatísticas.

Apesar de o *Caetés* ter campo próprio para anotação de processo findo (*finalizado: sim/não*), tal registro não tem sido utilizado pelos operadores, quando da ciência de decisão definitiva sobre envio dos autos ao arquivo. Tampouco tem sido anotada a redistribuição a outras Varas Federais de São Paulo. (LINS, 2007, p. 05)

Tais equívocos e omissões no banco de dados do MPF geraram listagens de ações a serem examinadas muito maiores do que o necessário. A falta de previsão de exame dos processos arquivados mostrou-se, ao longo da pesquisa, verdadeira limitação à análise crítica, tendo em vista a pouca quantidade de execução em curso. Por isso, eles foram posteriormente incluídos no projeto. Sobre as ações civis públicas e populares arquivadas, foram levantadas informações sobre julgamento e execução, por meio dos dados constantes no *Caetés* e no portal do Judiciário. (LINS, 2007, p. 12)

A referida pesquisa, com base nos dados, hipóteses acima mencionadas chegou aos seguintes números: Foram propostas 1080 *ações coletivas* perante a Subseção Judiciária de São Paulo. O Ministério Público Federal é autor de quase a metade delas. Os demais entes do poder público ajuízam poucas ações. Das 117 ações arquivadas com informações disponíveis, 111 foram extintas sem exame do mérito. Apenas 4 foram procedentes, sem destinar recursos ao FDD. Das 837 ações atualmente em trâmite na referida Subseção, apenas 23,29 % contêm pedido de destinação de recursos ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, dos quais 93,81% formulados pelo Ministério Público Federal. (LINS, 2007, p. 14)

Nos processos em andamento, 62,80% das liminares e tutelas antecipadas pleiteadas foram parcial ou integralmente concedidas. Importante ressaltar que 33,65% das ações sentenciadas foram julgadas parcial ou integralmente procedentes. (LINS, 2007, p. 14).

Entende-se prematura a avaliação do êxito das ações e eventual condenação em pagamento ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, já que apenas 13 das 836 ações de conhecimento em tramitação transitaram em julgado; há somente 8 execuções em curso (uma provisória), das quais apenas duas contêm condenação naquele sentido. (LINS, 2007, p. 14).

Sobre o trâmite das *ações coletivas*, constatou-se a demora de 1.458,29 dias (4 anos) para superarem a 1ª Instância. Verificou-se demora nas diversas fases processuais, destacando-se, além da decisória, a citação, a instrução e a remessa dos autos ao TRF. Relativamente ao julgamento das ações, apurou-se o tempo médio de 445,59 dias (1 ano e 3 meses) para prolação de sentença de mérito em 1º grau. Entre a distribuição ao Relator e o julgamento de recurso de apelação no Tribunal Regional Federal da 3ª Região 1.428,83 dias, em média (3 anos e 11 meses). Quase um quarto das ações coletivas em trâmite está aguardando julgamento de recurso de apelação no processo de conhecimento, pelo referido Tribunal. Tal lentidão se explica, de acordo com os juízes entrevistados, pela enorme quantidade de processos em trâmite e pela especial particularidade das *ações coletivas*, que tratam de temas complexos. (LINS, 2007, p. 15).

Teoricamente pode-se afirmar que na atualidade às ações coletivas se portam como importantes instrumentos para a concretização constitucional dentro da concepção neoconstitucionalista. No entanto em termos práticos, com base nos números levantados na pesquisa mencionada, as ações coletivas não possuem tal efetividade e tudo isso está ligado diretamente ao Poder Judiciário que na maior parte das vezes, ao invés de concretizar valores constitucionais se exime de tal dever por razões variáveis.

4 EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A LEGITIMAÇÃO DAS AÇÕES COLETIVAS COMO INSTRUMENTOS DA CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

A nova onda constitucional trouxe consigo um novo paradigma, qual seja, o da supremacia da Constituição e não a supremacia da lei, de clara inspiração norte-americana. A expansão da jurisdição constitucional, nada mais é do que uma consequência dos ideais neoconstitucionalistas e de outros fatores, como por exemplo, queda do positivismo jurídico, crise da democracia representativa, etc.

Até o fim da 2ª Grande Guerra, considerando-se a doutrina inglesa que dispunha sobre a prevalência do Parlamento Inglês e a francesa que tinha na lei a manifestação da vontade geral, vigia na maior parte da Europa um modelo de supremacia da lei.

Esta nova fórmula propugnava a constitucionalização de direitos fundamentais, que ficavam imunes a eventuais ações maliciosas oriundas do processo político majoritário, incumbindo-se o Judiciário de sua proteção.

Por constitucionalização do direito podemos compreender segundo Miguel Carbonell (*apud* GUAJASTINI, 2008, p. 203) .

un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales.

Ora, por constitucionalização de direitos podemos concebê-lo como sendo uma expansão dos efeitos das normas constitucionais cujo conteúdo, passa a contaminar, por sua força normativa, todo o ordenamento jurídico impregnando-o de valores.

O conteúdo axiológico das normas constitucionais passam a condicionar normativamente toda a legislação infraconstitucional, vinculando todos os Poderes e ainda repercutindo, inclusive, nas relações entre particulares.

A expansão da jurisdição constitucional na Europa se deu com a criação dos Tribunais Constitucionais, na Alemanha (1951), na Itália (1956), a partir dos quais foram criados outros Tribunais em quase toda a Europa.

No Brasil, a jurisdição constitucional expandiu-se verdadeiramente a partir da Constituição de 1988, sendo o Supremo Tribunal Federal o responsável pelo controle de constitucionalidade em nosso ordenamento.

Inegável a atuação proativa do judiciário brasileiro. As decisões proferidas, em sua maioria, foram necessárias e responderam às questões (de repercussão coletiva) que lhe foram submetidas sem usurpação da competência dos demais poderes. Interferências ocorreram, mas aplicando o Direito de forma moderada, respeitando seu livre processo de criação. A atuação intervencionista do Poder Judiciário é fenômeno inerente à maioria das nações e, em todas elas, procura-se tencionar os pólos opostos do ativismo e da autocontenção, a fim de preservar a separação entre os poderes, o processo eleitoral, a democracia e o constitucionalismo.

No Brasil, essa tendência mundial de equilíbrio também precisa ser seguida. A constatação de que a postura ativista tem sido antes uma garantia para a democracia do que um risco não deixa de impor *limites* à atuação do Poder Judiciário. Por isso, as críticas surgidas em face do ativismo são justamente no sentido de não abrir demais o campo de atuação de um Poder e, simultaneamente, fechá-lo para os demais. Entre as principais críticas, destacam-se: os riscos para a atividade democrática e violação aos princípios da separação de poderes.

4.1. O CONCEITO DE DEMOCRACIA NO PARADIGMA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Os regimes políticos podem classificar-se em regimes liberais e regimes totalitários. Nos regimes liberais prevalece uma concepção personalista entre o indivíduo e o Estado. O

poder político subordina-se ao respeito dos direitos fundamentais, segundo o princípio da liberdade. O liberalismo é visto então como o regime que preconiza a conformação da ordem política com o reconhecimento da liberdade política e a liberdade civil de um povo. Nem sempre, a idéia de democracia como sistema de governo conforma-se com o liberalismo, apesar de, conceitualmente, a democracia pressupor a liberdade política. (CARVALHO, 2006, p. 173).

É que, o liberalismo não está obrigado a ser democrático, já que, inclusive, pode o liberalismo ser assegurado pelos sistemas monárquicos e aristocráticos. Algumas vezes tem-se visto também a democracia opor-se ao liberalismo, que se distancia das condições reais de existência do povo: neste caso as liberdades podem ser ilusórias, precárias, impraticáveis e inúteis. (CARVALHO, 2006, p. 174).

É o que explica Norberto Bobbio (1988, p. 53/54):

Esquemáticamente, a relação entre liberalismo e democracia pode ser representada segundo estas três combinações: a) liberalismo e democracia são compatíveis e, portanto, componíveis, no sentido de que pode existir um Estado liberal e democrático e um Estado democrático não-liberal (o primeiro é o dos liberais conservadores, o segundo dos democratas radicais); b) liberalismo e democracia são antitéticos, no sentido de que a democracia levada às suas extremas consequências termina por destruir o Estado liberal ou pode se realizar plenamente apenas num Estado social que tenha abandonado o ideal do Estado mínimo; c) liberalismo e democracia estão ligados necessariamente um ao outro, no sentido de que apenas a democracia está em condições de realizar plenamente os ideais liberais e apenas o Estado liberal pode ser a condição de realização da democracia.

Observa-se que o liberalismo é a teoria do Estado mínimo, ou do antiestado. A concepção minimalista do Estado significa que deve ele atuar apenas com vistas à segurança individual.

No regime político totalitário prevalece uma concepção transpersonalista das relações entre o indivíduo e o Estado. Os direitos fundamentais do indivíduo subordinam-se ao Estado, segundo o princípio da autoridade. Entre estes dois regimes, há o regime autoritário, que admite um limitado pluralismo político, em que o governante ou o grupo dominante exerce o poder dentro de limites mal definidos, embora definidos, sem uma ideologia elaborada, sem extensa ou intensa mobilidade política. (CARVALHO, 2006, p. 175).

Em relação a democracia pode-se dizer que é concebida sobretudo como um regime político, pois, sendo o governo do povo, pelo povo e para o povo²⁴.

José Afonso da Silva (2005, p. 127) aponta que democracia²⁵ possui um conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa da evolução social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Assim, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.

Nesse processo vai-se configurando a nação histórica de povo, pois se não existe democracia sem governo do povo pelo povo, a questão importante é saber o que é povo. A concepção de povo tem variado com o tempo. Em razão disso a democracia da antiguidade grega não é a mesma dos tempos modernos; nem a democracia burguesa capitalista corresponde à democracia popular. Por isso, pode-se definir que a democracia é um processo

²⁴ A democracia formal é caracterizada pelos chamados comportamentos universais, mediante o emprego dos quais podem ser tomadas decisões de conteúdo diverso. Chama-se democracia substancial porque faz referência a certos conteúdos inspirados em ideais característicos da tradição do pensamento democrático, com relevo para o igualitarismo. Segundo uma velha forma que considera a democracia como governo do povo para o povo, a democracia formal é mais um governo do povo; a substancial é mais um governo para o povo. Como a democracia formal pode favorecer uma minoria restrita de detentores do poder econômico e portanto não ser um poder para o povo, embora seja um governo do povo. (Dicionário de político, Editora UnB). Cademartori ensina que “o garantismo redefine o conceito de democracia. É chamado democracia substancial ou social o “estado de direito” munido de garantias específicas, tanto liberais quanto sociais; sendo que a democracia formal ou política será o ‘estado político representativo’, isto é, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade (...) democracia social e estado social de direito formam um todo único no projeto garantista: ao mesmo tempo deve corresponder a um estado liberal mínimo (pela minimização das restrições das liberdades dos cidadãos) e estado social máximo (pela maximização das expectativas sociais dos cidadãos e correlatos deveres de satisfazê-las por parte do estado)”. (CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 161).

²⁵ Conforme se apresenta a forma com que o povo participa do poder político, são três os tipos de democracia: direta, indireta e semidireta. A democracia direta supõe o exercício do poder político pelo povo, reunido em assembléia plenária da coletividade. Ela existe apenas em alguns cantões da Suíça. A democracia indireta ou representativa é aquela em que o povo se governa por meio de representantes eleitos por ele, que tomam em seu nome e no seu interesse as decisões políticas. A democracia semidireta caracteriza-se pela coexistência de mecanismos da democracia representativa com outros da democracia direta: referendo, iniciativa popular. (CARVALHO, 2006. P. 183)

de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo (SILVA, 2005, p. 126).

A democracia, não se resume à institucionalidade do governo, mas exige: a) um Estado Democrático de Direito responsável por sustentar as normas legais que correspondem à existência e permanência do regime democrático; b) a validade do sistema legal é dizer, a possibilidade de que ele ordene, de fato, as relações sociais, tendo, por isso, reconhecida a sua utilidade por todos os que são afetados por ela. (CARVALHO, 2006, p. 178).

Alguns traços identificam a democracia, distinguindo-se de outras formas políticas: a democracia é o único regime político que considera legítimos os conflitos, busca instituí-los como direitos, exigindo que sejam reconhecidos e respeitados; nas sociedades democráticas, indivíduos e grupos organizam-se em associações e sindicatos, criando um contrapoder social que acaba por limitar o poder do Estado. A democracia é a sociedade verdadeiramente aberta ao tempo, ao possível, às transformações e ao novo (CARVALHO, 2006, p. 179).

A democracia representa valores, que são: a maioria, a igualdade e a liberdade. A maioria democrática assenta-se no fato de que o povo é representado no poder pelos eleitos. Questiona-se, todavia, o conceito de maioria na composição das Casas Legislativas, pois os legisladores, eleitos, muitas vezes representam interesses setoriais, oligárquicos e de grupos, e não o interesse geral da maioria popular. Assim, a essência da democracia deve resultar de um compromisso constante entre maioria e minoria.

A igualdade e a liberdade são outros valores da democracia Assim, os direitos econômicos e sociais são imprescindíveis para a realização dos próprios direitos individuais, e garanti-los é a tarefa de um governo democrático, já que, com isto, preserva-se a igualdade e justiça social. A liberdade pode ser entendida como a liberdade positiva e negativa. A primeira refere-se à liberdade dos antigos (gregos), ou seja, a liberdade que leva os cidadãos a participarem da atividade política e das decisões públicas. A segunda é a liberdade de autonomia do homem, que impede que o poder político avance sobre os direitos individuais. (CARVALHO, 2006, p. 180).

Outro aspecto a ser examinado quando se pensa e se fala em democracia diz respeito às suas qualificações. São mencionadas a democracia liberal, a social, a cristã, a social democracia e o socialismo democrático²⁶.

Na realidade, tais qualificações não se justificam, por ser a democracia o regime voltado para a realização do homem, origem e fim de todo o poder. O que as qualificações da democracia objetivam é a afirmação mais aberta ou mais discreta do poder do Estado.

Após as considerações gerais acerca do entendimento de democracia, passa-se agora para a realização de uma reflexão de como é complexo definir hoje o que é democracia. Talvez nada na história do direito e da política tenha evoluído tanto e com tanta importância como a democracia na atualidade. O estudo da democracia hoje é muito importante, uma por ser essencial à própria forma de organização do Estado e outra por ser uma garantia fundamental do exercício do direito político de cada cidadão.

Refletindo também em relação à importância da democracia, Binenbojm (2006, p. 49), pondera que:

Não à toa, representado a expressão jurídico-política de valores basilares da civilização ocidental, como liberdade, igualdade e segurança, direitos fundamentais e democracia apresentam-se, simultaneamente, como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado democrático de Direito. Assim, toda a discussão sobre o que é, para que serve e qual a origem da autoridade do Estado e do direito convergem, na atualidade, para as relações entre a teoria dos direitos fundamentais e a teoria democrática.

Fazendo uma análise histórica, constata-se que é na Grécia antiga (sec. VI) que surge a noção do conceito de democracia, que significava “o poder do povo”. Desde então, poucos foram os exemplos de regimes democráticos existentes antes do século XX, podendo ser mencionadas a democracia ateniense, a república romana e as repúblicas italianas dos séculos XII e XIII, sendo que, somente após a 2ª Guerra Mundial, é que se pode verificar um movimento crescente de recepção das idéias democráticas, ainda que devidamente adaptadas às realidades histórico-culturais de cada país. (MORO, 2004, p. 112).

²⁶ A democracia é formal, por definição ; e por isto é também necessariamente laica, é constitutivamente tolerante. Mas isto implica por sua vez que a democracia como tal não pode ser nem liberal, nem socialista: pode sim receber alternativamente um e outro conteúdo de programas idéias, mas não se identificam com nenhum deles. Aliás, a democracia consiste na possibilidade da sua troca e alternância. Nem por isso a democracia é incompatível com predicados de valor: liberdade individual, equidade social, tolerância e igualdade política são a substância ética da democracia no seu conceito ideal. (BOVERO, 2002, p. 51).

Nos dias atuais é complexo definir o que é democracia, já que com o passar dos anos acabou por ganhar diversos enfoques. Apesar disso, é certo que boa parte dos pensadores não concebe a democracia sem um teor substancial, que pode estar ligado ao princípio da igualdade ou aos direitos fundamentais. (DAHL, 1998, p. 102).

A reflexão sobre a definição de democracia como “o poder do povo” implica na atualidade, a noção de que esta autogestão coletiva deve ser realizada por meio do povo que deve ser visto não só como seu destinatário, mas também como protagonista na criação do ordenamento jurídico e das estruturas jurídico-políticas do Estado.

Com base na presente reflexão, Robert Dahl (1998, p. 37), identifica que na atual crise da representação política, especialmente a brasileira, não se deve reduzir o sentido da democracia a uma mera descrição fática da relação existente, ou não, das vontades do representante com a dos representados. Muito além, adquire pertinência e validade quando tratada como um ideal almejado, voltado para a sua essência de respeito às vontades dos cidadãos, que devem ser reconhecidos como autores e beneficiários de todo o sistema democrático, com direito a uma ampla participação nas decisões políticas.

Considerando que o Estado democrático de direito é uma ordem de domínio legitimada pelo povo, é de se reconhecer que a democracia desenvolve um papel fundamental nesta legitimação do poder estatal, não se fundindo com essa própria legitimação, sob pena do império da maioria, que se utilizaria sempre deste procedimento para a definição das atividades desenvolvidas pelo Estado.

André Ramos Tavares (1998, p. 84), defende que:

Sinteticamente, pode-se dizer que a Democracia só existe quando, para além dos direitos e liberdades fundamentais e do princípio da subordinação de todos à lei (governo de leis e não de homens), assegura-se que a maioria não sufocará os correlatos direitos da minoria, alcançados após uma longa evolução histórica.

Nesse ensejo, não se pode tomar a democracia como uma forma absoluta de gestão, pois mesmo as decisões tomadas democraticamente pela sociedade podem ser limitadas em nome de um valor gravado numa norma constitucional que, na análise do caso concreto, pode ter certa preponderância existencial, fortalecendo a soberania popular da criação do texto constitucional. Isto se torna necessário, para se impedir a formação de elites e impérios que

possam ser intitulados como detentores da vontade geral, ao arrepio de valores e direitos humanitários. (BONAVIDES, 2004, p. 16-17).

Entretanto, com Habermas (2003, p. 158), pode-se identificar a democracia como “núcleo de um sistema de direitos, que resulta da interligação existente entre o princípio do discurso e a forma jurídica, conferindo força legitimadora ao processo de normatização”

Em continuidade, Habermas (2003, p. 62) adverte que:

A legitimidade das leis pressupõe a decisão racional sobre questões práticas; a democracia deve servir à orientação da produção do direito e somente pode ser institucionalizada se assegurar a cada um, igual participação no processo de normatização jurídica, mediante a garantia de pressupostos comunicativos. A autonomia política, apoiada na teoria do discurso, defende que a produção de um direito legítimo implica a mobilização das liberdades comunicativas dos cidadãos. É que as liberdades comunicativas, permitem a formação racional da opinião e da vontade. O princípio do discurso teria, inicialmente, o sentido cognitivo de filtrar contribuições e temas, argumentos e informações, de tal modo que os resultados obtidos por este caminho, por pressuporem a aceitabilidade racional, implicariam um procedimento democrático capaz de fundamentar a legitimidade do direito.

Neste sentido, o substrato real do sentido do direito a ser normatizado é obtido através de um processo democrático que se inicia através do princípio do discurso, que confere força legitimadora a este processo normativo. Cabe afirmar que existe uma forte coesão entre os direitos e a democracia, especialmente entre os direitos fundamentais. Assim, com as idéias habermasianas, não se pode negar que a democracia é, ela própria, um direito vital da sociedade hodierna, que possibilita a sua assunção aos papéis de autora e de destinatária de suas próprias normas, construídas através de um processo discursivo.

Diante de tal quadro, o Estado Democrático de Direito não deve zelar apenas pelo cumprimento das formalidades de representação popular na escolha do administrador público ou na formação do Poder Legislativo, como criar comunitários que não sejam manipulados pelos detentores do poder. É fundamental dentro de um país democrático verificar se o exercício do poder respeita e efetiva os direitos fundamentais.

Portanto, não há efetiva democracia sem a observância e a concretização dos direitos fundamentais (individuais e coletivos), não podendo a atuação parlamentar ou do governante estar em desacordo com a Lei Fundamental.

4.2 A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO REFLEXO DA CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito e dos ideais neoconstitucionalistas, o Poder Judiciário assumiu um novo papel no equilíbrio de forças entre os poderes. É inegável que muitas Constituições contemporâneas, especialmente nos Estados de modernidade tardia, longe de retrain, estimulam a expansão da jurisdição constitucional. Constituições como a brasileira de 1988, de contornos dirigentes e excessivamente impregnados pela moralidade política, além de serem submetidas a constantes reformas, ensejam uma intensa procura do judiciário em busca da concretização de valores substanciais que albergam.

Percebe-se que o protagonismo do judiciário reflete o anseio da sociedade pela abertura da condução do processo de definição das opções políticas do Estado, no qual a mesma não aceita mais ser uma simples destinatária do processo político, mas deseja participar mais ativamente das próprias escolhas que demarcarão a atividade do próprio Estado, não se portando mais como um mero consumidor da vontade da minoria.

O referido anseio traduz a plena ausência de identificação das decisões dos representados políticos com a de seus representantes (crise da democracia representativa), a expansão da corrupção como um câncer social dentro dos Poderes Legislativo e Executivo e o monopólio dos meios de comunicação fazem com que a sociedade busque cada vez mais o Poder Judiciário, no que tange a realização de valores constitucionais.

Roberto Amaral (p. 23), no seu artigo – A democracia representativa está morta; viva a democracia participativa -, retrata muito bem o fracasso da democracia representativa:

Parece inquestionável o fracasso da democracia representativa, com seu rosário de vícios e fraudes, ilaqueando a vontade mandatária, transformando o povo-ícone em povo-objeto, destruindo o povo-real, o povo legítimo, titular da soberania. Esta por fim, foi usurpada pelas elites, pelo poder econômico, por instituições, organismos e empresas multinacionais desapartadas da soberania, pelos meios de comunicação de massa, politizados e partidarizados, pela usurpação do poder constituinte e do poder legiferante, pela bulha da vontade popular. O desvanecimento do poder representante do cidadão, limitado no seu poder de escolha do mandatário, e a liberdade do mandatário agindo sem vínculo com a representação, agravam a

falência da democracia representativa tanto mais quando outros órgãos, organismos, instituições e entidades, sem raiz na vontade popular, sem pouso na soberania do voto, sem legitimidade popular, adquirem poder constituinte e, assim, passam a gerar direitos e poder, numa flagrante usurpação de mandato, que fratura de forma irremediável a democracia e a representação popular, sem a qual aquela falece por inanição. (...) a comunicação de massa, a informação, a notícia, como a política, é apenas mais um bem de consumo (...). Por tudo isso, a política é transformada em um bem, em uma mercadoria e, assim manufaturada, é também um produto destinado a ser consumido desigualmente; o cidadão deixa de ser um ator da política, para se reduzir a um consumidor. É a vitória do mercado. Tal fenômeno, grave em sua descrição, preocupante em qualquer país desenvolvido, assume no Brasil contornos de extremo perigo quando, em sociedade ágrafa, semi-alfabetizada e semiletrada, desafeita à leitura quando letrada, os meios de comunicação de massa, principalmente os audiovisuais, o rádio e a televisão, associados aos meios de impressos, estão entregues a um sistema de oligopólio que transita para o monopólio, sob todos os aspectos. Em suas mãos, a construção da opinião pública. Pelo quê a representação é uma farsa. A democracia fundada nessa farsa é uma fraude.

É fácil identificar hoje a crise da democracia representativa, haja vista que os representantes eleitos abandonaram o contrato com seus eleitores, passando a agir com plenos interesses pessoais, é o entendimento de Dal Bosco (2008, p. 250), que afirma:

A crise de participação popular das decisões que definem políticas públicas está presente na grande maioria dos países, os quais prevêm, em suas Constituições, basicamente, um modelo de democracia procedimental, ou conjunto de regras para a formação e renovação de governos representativos. Os representantes eleitos, mesmo nos sistemas em que o mandato não é livre, ou seja, pertence ao partido pelo qual se elegeu, conseguem desvincular-se do contrato implícito que celebram com seus eleitores, e passam a defender políticas muito diversas e até contraditórias àquelas prometidas ao momento da eleição. E, quando os governos detêm maioria nos parlamentos, o poder legislativo acaba exercendo o papel de mero espectador das apostas governamentais, sem contar que, em muitos casos, o Parlamento é ignorado pelo Executivo em questões fundamentais, como o controle de execução orçamentária.

Então, não se pode negar que na atualidade a democracia representativa encontra-se em declínio e pode se apresentar como uma fraude, conforme já salientado.

É que os postulados clássicos da separação das funções entre Legislativo e Executivo deixaram de ter correspondência na realidade, já que a lei, na atualidade não resulta da vontade do povo, mas da vontade do partido ou da coligação majoritária, cabendo ao governo ditar a maioria parlamentar, o programa legislativo e o conteúdo das leis. Ademais, o problema da manipulação de massa por meios de comunicação, afronta diretamente o conceito de democracia representativa, sendo o cidadão votante um mero objeto, um mero consumidor da vontade da minoria, ensejam a maior procura do Poder Judiciário.

Hoje o legislativo cumpre apenas a função de gerenciar os embates políticos necessários à governabilidade do país, o que enseja a baixa produtividade legislativa do próprio Legislativo e aumento de atividades legislativas por parte do Poder Executivo.

Veja o que escreveu Dalmo Dallari (2008, p. 04):

O desajuste do Legislativo para desempenhar suas funções constitucionais mais relevantes fica evidente quando se verificam as três atribuições fundamentais: o Legislativo não participa na fixação das prioridades do governo, não exerce controle sobre o Executivo e quase só aprova projetos de lei originários de iniciativas do Chefe do Executivo” Registra-se, afinal, a ocorrência de um fenômeno ligado a novas circunstâncias políticas surgidas no final do século vinte. Tanto no Brasil quanto em grande parte da América Latina e em vários países europeus ditos de primeiro mundo, ganhou evidência a prática de corrupção na área pública (...) Não habituados a serem responsabilizados judicialmente por seus atos, os políticos envolvidos nesses fatos geralmente acusam os juízes de estarem agindo politicamente, havendo muitos que falam em “politização do Judiciário”, sugerindo que os juízes estão a serviço de grupos políticos (...).

Conforme bem pontuou Dalmo Dallari, as questões como a corrupção e o clientelismo (troca de favores entre o detentor do poder e o eleitor), contribuem por demais para a crise de representação política e dos políticos.

Não se trata de um discurso visando suprimir a democracia representativa, mas é necessário e urgente pensar em meios para aprimorá-la, conjugando-a com outros mecanismos de democracia participativa. Por isso é importante identificar e aceitar a existência de uma crise no âmbito da democracia representativa, para não colocar em risco o próprio conceito de democracia.

Não se pode ter a ilusão que a democracia participativa é a panacéia para todos os males da democracia, pois a opinião pública pode ser manipulada pelos detentores do poder e, a pretexto de maior democracia, iniciar-se a supressão de outros importantes espaços públicos institucionais. Os mecanismos de democracia participativa devem servir para aperfeiçoar a democracia representativa, e vice-versa.

Se existe crise da democracia representativa (parlamento não cumpre suas funções típicas), pode-se falar também em crise da lei, ainda mais quando se considera a lei como um importante instrumento de promoção dos direitos fundamentais, já que é plenamente possível

pensar em manipulação ideológica do conceito de lei, como meio de implantação do totalitarismo e redução dos direitos fundamentais.

A crise da democracia representativa tem contribuído para o protagonismo do judiciário, com a expansão da jurisdição constitucional, que tem provocado tensão com os demais poderes. Têm surgido, argumentos contrários em relação à referida expansão da jurisdição, principalmente quando a questão envolve casos de repercussão política (âmbito político).

Os críticos da atuação judicial no âmbito político fundamentam a sua objeção na falta de sustentação constitucional e pela falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário neste tipo de atuação. No entanto, com base nos estudos de Habermas, pretende-se demonstrar que não há mais como manter o direito e a política em compartimentos estanques, sendo exigido pelo Estado de Direito um entrelaçamento de legitimidade. (HABERMAS, 2003, p. 169).

Com isso surge a idéia de efetivação de uma democracia participativa. Independentemente de qual for a espécie de democracia (direta, indireta e semidireta), há sempre que se ter em mente que a fonte primária da vontade estatal é o povo.

Nesse diapasão, embora as funções de governo no Estado brasileiro sejam exercidas predominantemente por representantes eleitos pelo povo, a Constituição não deixa de prever de modo expresso institutos de intervenção popular direta, quais sejam, ação popular, plebiscito, referendo, iniciativa popular, etc.

Não obstante a importância desses mecanismos de participação direta do povo nas funções governamentais, o presente estudo tem por objeto apontar a possibilidade de se democratizar a democracia por meio de outros meios implícitos de intervenção popular na concretização da Constituição e, por conseguinte, na realização dos fins estatais.

Regina Maria Macedo Nery Ferrari (1997, p. 223) alega que

Consagrado constitucionalmente, o princípio democrático é mais do que um método ou técnica para escolha de representantes. Em razão dos aspectos econômicos, políticos, sociais e culturais, torna-se uma direção a seguir, um objetivo a realizar,

através da democracia-participação, pois hoje o problema fundamental da democracia é instituir meios que ofereçam aos cidadãos oportunidades para apreender o que é a realização do ideal democrático, através da participação efetiva nos processos de decisão, como instrumento para consolidação da democracia.

Celso Bastos (2004, p. 140), completa:

A democracia é eminentemente evolutiva e atualmente tem aberto espaço não só à procura de fazer valer a vontade popular, como também de não buscar a sua representação apenas nos representantes eleitos, mas também nas organizações civis da sociedade, como as associações de classe, os sindicatos, os partidos políticos (...) Trata-se portanto de uma democracia fundada na divisão do poder em três órgãos diferentes: Legislativo, Executivo e Judiciário, mas com o reconhecimento de diversos outros poderes dentro da sociedade: os poderes locais, regionais, municipais, dos Estados-membros, das províncias, das Igrejas, das manifestações de defesa do consumidor, enfim, tudo aquilo que possa representar a expressão dos diversos segmentos da vontade popular. São esses interesses setorizados que, no seu conjunto, acabam por traduzir a predominância de uma vontade única, que é a vontade popular.

Além disso, Celso Bastos (2004, p 187) vai além, conclui ainda pela necessidade da democratização do Poder Judiciário, em razão da expansão de sua atividade é preciso conferir condições materiais e técnicas para que o Judiciário operacionalize a democratização da justiça.

Vê-se, portanto, que a própria evolução do direito e a evolução do Estado Liberal, que também é social, acabou por trazer o Poder Judiciário mais para dentro do jogo das forças políticas. E o seu compromisso não pode deixar de ser senão democrático, na medida em que aplicar a Constituição e as leis, submetendo-se ele, de pronto, à definição básica do Estado brasileiro: um Estado Democrático de Direito. Mas não basta, para que a justiça se torne democrática e por isto queremos dizer acessível pela população, que o Poder Judiciário tenha esses compromissos teóricos com esses valores e com esses princípios. É necessário também que ele tenha condições materiais e técnicas para cumprir esse papel.

Hoje o papel construtivo da democracia é criar oportunidades para a consecução de seus fins, na medida em que autorize a criação de novos métodos de participação popular nos processos de decisão, como tradução da vontade única do povo, mediante o acesso deste aos meios efetivos de formação de convicção do Poder Judiciário.

Como exemplo, pode-se citar a audiência pública realizada pelo STF em 20.04.2007 sobre o questionamento “quando começa a vida?”, face à polêmica Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), que autoriza a utilização de células-tronco em pesquisas científicas.

Boaventura de Sousa Santos (2005, p. 77), defende a tese do desenvolvimento da democracia participativa e pugna pelo fortalecimento da demodiversidade, nos seguintes termos:

Essa tese implica reconhecer que não existe nenhum motivo para a democracia assumir uma só forma. Pelo contrário, o multiculturalismo e as experiências recentes de participação apontam no sentido da deliberação pública ampliada e do adensamento da participação. O primeiro elemento importante da democracia participativa seria o aprofundamento dos casos nos quais o sistema político abre mão de prerrogativas de decisão em favor de instâncias participativas.

Por fim, Peter Harbele (1997, p. 14), assevera a importância da democratização da interpretação constitucional:

Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema político e a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação; eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes. Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação. Se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas.

Por derradeiro, uma interpretação concretizadora da Constituição, fundada no princípio democrático em sua vertente participativa, conduz à criação de oportunidades para a ampliação de debates públicos e, por conseguinte, a formação da vontade do Estado baseada na realidade social.

4.3 A RECONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DO DIREITO

Para iniciar uma definição do entendimento do princípio da separação de poderes, cabe destacar o entendimento de Nuno Piçarra (1989, p. 13) a respeito:

Pressupõe uma distinção material das funções estaduais, devendo o desempenho de cada uma delas caber a um órgão ou grupo de órgãos específico, independente dos demais; que esta distinção material das funções estaduais e a separação orgânica pessoal nela fundada se pautam não só por preocupações de ordem jurídico-dogmática mas também ou, sobretudo, por preocupações de garantísticas: pretende-

se que nenhum desses órgãos chegue a controlar, por si só, a totalidade do poder do Estado: que a entrega de cada uma das frações em que o poder político seja dividido a diversos órgãos há de fazer com que cada um constitua perante o outro um freio e simultaneamente um contrapeso, prevenindo-se assim a concentração e o abuso do poder, a favor da liberdade individual.

A partir do que expõem Nuno Piçarra, cabe indagar que na verdade não existe uma separação de poderes e sim uma divisão de funções para o exercício do poder. Historicamente, constata-se que a idéia central sempre foi impedir a concentração do poder nas mãos de uma só pessoa, para viabilizar as liberdades individuais do cidadão.

Vale ressaltar aqui Karl Loewenstein, muito bem lembrado por André Ramos Tavares (TAVARES, 2008, P. 1021):

O que concorrentemente se designa como separação dos poderes estaduais é, na realidade, distribuição de determinadas funções a diferentes órgãos do Estado. A utilização de poderes, embora profundamente enraizada, deve ser entendida de maneira meramente figurativa.

Através de um estudo perfunctório em relação a autoria do princípio da separação dos poderes a conexão é quase que automática ao nome de Charles de Montesquieu, mais precisamente ao Capítulo VI do Livro XI de seu *Do Espírito das Leis*, de 1748. No entanto, o assunto é controvertido, pois alguns doutrinadores buscam a autoria original em Aristóteles em sua obra *Política*, que divide as funções do Estado em deliberante, executiva e judiciária. Outros apontam Locke como autor original, sendo Montesquieu mero reproduzidor das idéias. Finalmente outros doutrinadores não admitem na obra de Locke nenhuma doutrina da separação dos poderes, entendida como exigência de equilíbrio, mas apenas uma distinção das funções estaduais.

Assim, por exemplo, J. W. Gough (1992, p. 183), entende que:

A invenção da doutrina da separação de poderes foi frequentemente atribuída a Montesquieu, e vários críticos acentuaram a originalidade e independência de sua contribuição, neste aspecto, à ciência política. Já em 1836, contudo, um escritor alemão, Carl Ernst Jarcke, descobriu em Locke o criador da doutrina da separação e equilíbrio de poderes e considerando esta como uma descrição absurda e impossível da constituição inglesa, estigmatizou-se como o criador da falsa teoria do estado inglês.

Mas é com Nuno Piçarra (1989, p.78), que encontramos o equilíbrio, quando enfatiza que tudo decorre da compreensão que se tenha sobre o que era a verdadeira versão da teoria da separação dos poderes:

Só não verá em Locke um teórico da separação dos poderes quem partir de versões posteriores, que nesta doutrina incluam um poder judicial autônomo e sublinhem idéias de equilíbrio entre os vários poderes do Estado, culminando num sistema de freios e contrapesos. Tais idéias são estranhas à versão originária da doutrina da separação dos poderes e decorrem da sua associação à idéia de constituição mista. Em Locke são ainda inexistentes ou incipientes, mas farão parte integrante das versões do século XVIII, entre as quais se destaca a versão da balança dos poderes <amalgama de constituição mista, supremacia legislativa e separação dos poderes>, em que se inspirará a versão de Montesquieu.

Importante mencionar que tanto para John Locke quanto para Montesquieu, a idéia norteadora era a de que o poder tende a se corromper onde não encontra limites (queda dos Estados Absolutos e surgimento do Estado Liberal). Tal idéia se expandiu por toda a Europa, tendo, posteriormente, encontrado campo fértil nos Estados Unidos da América e em todo o ocidente.

Os pensamentos de John Locke (2003, p.181), influenciados pela política inglesa da época, voltavam-se a idéia de que os poderes deveriam atuar segundo a lei (*rule of Law*). Por isso mesmo, o Poder Legislativo seria o poder mais elevado, por fazer leis, através de representantes eleitos, o que não ocorria com o Poder Executivo, entregue nas mãos do monarca que, por isso mesmo, deveria ser controlado. Já o Poder Judiciário para Locke seria um órgão pertencente ao Executivo, não possuindo independência. Mesmo fortalecendo o poder Legislativo em desfavor do rei/poder Executivo atribui a este um poder denominado de “prerrogativa” (o poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras).

É de se observar que a grande diferença entre o pensamento de Locke e Montesquieu é o reconhecimento da existência independente do poder Judiciário, sendo que a idéia da separação de poderes seria necessária para manter o equilíbrio entre os poderes legislativo e executivo. O pensamento era de evitar a dominação e assegurar a liberdade, que estaria diretamente ligada à legalidade (MONTESQUIEU, 2000, p. 166-167).

Eros Grau (2005, p. 233) afirma que:

O alinhamento procedido, das colocações de Locke e de Montesquieu, permite-nos verificar que o primeiro propõe uma separação dual entre três poderes – o Legislativo, de um lado, e o Executivo e o Federativo, de outro – e o segundo sugere não a divisão ou separação, mas o equilíbrio entre três poderes distintos – o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

O pensamento de Montesquieu (2000, p. 169), em relação ao poder de julgar era nulo, pois a lei feita pelo Legislativo seria sempre justa e o juiz seria a mera boca da lei, ou seja, a ele não se atribuía a possibilidade de uma interpretação própria.

Assim, a idéia de Locke e de Montesquieu ganhou força nos países europeus, firmando-se como um dos mais importantes pilares do Estado liberal e do constitucionalismo moderno. A vinculação do constitucionalismo à separação tripartite de poderes encontrou sua formulação clássica na Declaração Francesa dos Direitos do Homem, de 1789, cujo art. 16 dispôs: *“Toute société dans laquelle La garantie dès droits n’est pas assurée et La séparation dès pouvoirs déterminée, n’a point de constitution”*. Desde então, o princípio da separação dos poderes passou a ser adotado pelo Estado Constitucional. Transformou-se esse princípio no cerne da estrutura organizatória do Estado, verdade axiomática, irrefutável.

Dalmo de Abreu Dallari (1995, p. 184-185), proclama que:

O sistema de separação dos poderes, consagrados nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado a idéia de Estado Democrático e, deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que podem ser praticados pelo poder Legislativo, constituem-se a emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. (...) Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências.

Verifica-se que o princípio da separação dos poderes surgiu no Estado Liberal com a finalidade de combater o arbítrio judicial. O Estado Liberal foi concebido da seguinte forma: 1) atividade legislativa; 2) atividade administrativa; 3) atividade jurisdicional. Nesta época os juízes deveriam se sujeitar somente a lei, não podendo criar novos direitos.

O estado liberal limitava os direitos subjetivos às clássicas liberdades públicas. Assim, os direitos subjetivos eram meros direitos negativos, capazes de proteger espaços da autonomia privada contra intervenções ilícitas na liberdade, na vida e na propriedade.

No estado liberal, os direitos fundamentais se restringiam aos direitos de defesa ou de abstenção, exigindo dos agentes públicos somente condutas negativas, omitindo-se nas práticas de atos materiais ou jurídicos. O liberalismo não deixou de observar a dimensão prestacional da relação estado-cidadão. No entanto o liberalismo compreendia tais prestações como meras obrigações morais. Percebe-se que o liberalismo não considerava a realização de direitos fundamentais sociais como obrigação jurídica positiva do estado ou como deveres público-estatais.

A Constituição Federal Brasileira deixou-se influenciar pelo modelo liberal, já que grande parte dos direitos fundamentais representam direitos de abstenção.

Os direitos fundamentais negativos se amoldam ao positivismo jurídico na medida em que reduzem o direito a lei e a atividade dos operadores do direito à busca da vontade do legislador. Vislumbra-se então que o modelo liberal adéqua-se ao esquema clássico da divisão de poderes, ou seja, ao administrador cabia resolver os problemas da atualidade, ao legislador pertencia o dever de tomar as decisões do futuro, e aos juízes a função era de decidir questões do passado.

Isso acarretou a neutralização política da atividade judicial. O lugar privilegiado da lei como fonte do direito neutralizava o papel do juiz que, ao aplicar o papel do direito, somente deveria fazer a subsunção do fato à norma. Os órgãos judiciais não poderiam julgar *contra legem*, valendo-se apenas da racionalidade formal, desprovida de referências sociais, éticas ou jurídicas. Isto fazia com que o juiz ficasse neutro ao jogo de interesse concretos na formação legislativa do direito e, se tais interesses não fossem atendidos, isso não era problema do magistrado que, simplesmente, aplicava a lei.

É necessário entender que o princípio da separação de poderes evolui desde a sua sistematização, apresentando especificidades em cada sociedade onde é aplicado. Tal princípio passou de uma concepção rígida da distinção dos poderes para uma flexibilização,

pois a presente teoria não deve ser considerada como um fim, mas como meio de impor limitações ao poder.

Nos dizeres de André Ramos Tavares (2008, p. 1027):

Modernamente têm sido propostas novas classificações das funções do Estado, com bases mais científicas e tendo em vista a realidade histórica em que cada Estado se encontra. A realidade já se incumbe de desmistificar a necessidade de poderes totalmente independentes, quanto mais numa distribuição tripartite. Ademais, a tese da absoluta separação entre os poderes os tornaria perniciosos e arbitrários.

Tanto é que alguns doutrinadores, como Loewenstein (1970, p.62), dizem que a doutrina da tripartição dos poderes esta superada. O mesmo propugna por uma nova divisão tripartida dos poderes: “*La decisión política conformadora o fundamental (policy determination); La ejecución de la decisión (policy execution) y l control político (policy control)*”.

A evolução da teoria da separação de poderes na verdade está associada a própria idéia da evolução das dimensões dos direitos fundamentais, numa percepção de Estado Democrático de Direito, e não mais como meramente Estado de Direito, no sentido de ser essa teoria instrumento para a concretização de todos os direitos fundamentais.

É possível afirmar que o princípio da separação dos poderes, da forma como foi concebido pelo Estado Liberal, teve seu declínio a partir do século XX, quando se inicia uma preocupação constante com a eficácia dos direitos fundamentais.

Com a advinda do Estado Providência, os direitos subjetivos individuais tornaram-se insuficientes, surgindo a necessidade de um Estado atuando positivamente no que tange a contemplação dos Direitos Sociais.

A partir do *Welfare State*, o Estado deixa de ser visto apenas como um inimigo dos direitos fundamentais, não ficando as suas atividades limitadas ao mínimo possível (Estado mínimo), mas uma instituição indispensável para assegurar os direitos fundamentais na sociedade civil.

Dessa forma, como já estudado, se no Estado Liberal o Judiciário era caracterizado pela sua neutralização política, no Estado de Bem-Estar Social a explosão de litigiosidade, marcada pela busca de efetivação dos direitos fundamentais sociais está proporcionando o Protagonismo do Poder Judiciário.

A luta constante pela saúde, educação, habitação e segurança social proporciona o surgimento de demandas individuais, sobretudo coletivas, visando dar concretude a tais dispositivos constitucionais rumo a uma justiça distributiva.

Mas é a partir do final do século XX, que se iniciou, nos países de modernidade tardia, uma prolongada crise do Estado de Bem-Estar Social, devido a questões que vem impedindo a efetividade e concretização dos direitos sociais, tais como, burocracia, incapacidade financeira do Poder Público, má-gestão e desperdício de dinheiro público, etc.

Assim, em países de modernidade tardia, como o Brasil, onde os direitos fundamentais sociais não foram minimamente concretizados, o papel do Estado, como instituição capaz de promover a efetivação desses direitos, indispensáveis à transformação social, depende da observância rigorosa da Constituição.

A expressiva desigualdade social, incapaz de sequer promover eficientemente os direitos fundamentais de primeira geração, exige firmeza do Poder Judiciário no cumprimento das disposições democráticas contidas na Constituição Federal de 1988.

Nos países periféricos, o Judiciário deve ser corresponsável pela afirmação dos direitos fundamentais sociais. Caso contrário, a prevalecer às posições mais conservadoras pela não interferência judicial, menores são as perspectivas de efetivação desses direitos e, conseqüentemente, mais distantes ficam esses países da promoção de critérios de desenvolvimento humano e de justiça social, ideais do Estado Democrático de Direito.

A proeminência do Poder Judiciário na época atual, fruto de uma concepção neopositivista do Direito, é sentida de maneira bastante intensa, servindo de base à necessária remodelagem da clássica teoria da separação dos poderes, aliada a idéia de concretização constitucional.

Ora, se na formação desta teoria Montesquieu entendia o Poder Judiciário como um poder estéril, hoje esta idéia não pode mais ser a interpretação da função desse poder, tendo em vista que hoje cumpre o papel constitucional de velar pelos direitos consagrados na Constituição de 1988. Assim, é um absurdo apontar o princípio da separação dos poderes como entrave à efetivação de direitos fundamentais.

Não deve falar também que o controle judicial de atos dos demais poderes poderia vir a quebrar a harmonia entre os poderes, pois conforme Valter Santin (2004, p. 223):

A harmonia entre os Poderes ou órgãos públicos não fica afetada pelo controle judicial, porque o Judiciário está em consonância com a primazia do direito no Estado Democrático de Direito e cumprindo integralmente com sua função jurisdicional na hipótese de lesão ou ameaça a direito, o princípio da inafastabilidade jurisdicional ou de acesso à Justiça.

Parte-se para a defesa de que a participação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais é condição de sobrevivência do Estado Democrático de Direito.

Rodolfo de Camargo Mancuso (2002, p. 777), desenvolve o seguinte raciocínio:

No modelo jurídico-político brasileiro isso é bem evidente, bastando considerar que o Legislativo julga o presidente, o vice-presidente da República e os ministros do STF nos crimes de responsabilidade; que o Judiciário administra, quando promove a organização de seus serviços; que o Executivo legisla, quando edita medidas provisórias. Essa evidente interação e complementariedade entre as funções e atividades do Estado contemporâneo mostra a sem-razão do argumento que (ainda) pretende erigir a clássica separação dos poderes em obstáculo à ampla cognição, pelo Judiciário, dos questionamentos sobre as políticas públicas.

Esta releitura da teoria da separação de poderes trata de necessário avanço para os problemas do Estado contemporâneo, principalmente no que diz respeito a concretização dos direitos sociais fundamentais. Tudo isso, visa preservar a força normativa da Constituição.

4.4 DA LEGITIMADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A partir do momento que o Poder Judiciário passou a desempenhar atividades que antes lhe eram vedadas, libertando-se das ligas do constitucionalismo liberal, atuando em áreas delicadas, como o controle de constitucionalidade das leis e o controle de políticas públicas, visando à concretização constitucional, crescem em demasia uma rejeição a esse

novo posicionamento, sendo que a carência de legitimidade democrática é um dos principais motivos para essa rejeição.

O argumento da ausência de legitimidade democrática é fundamentado na tese de que os juízes careceriam do manto popular eletivo para o desempenho desta nova competência.

A tensão gerada entre a atividade judicial constitucional (constitucionalismo) e a democracia, ou seja, a possibilidade de o judiciário substituir, na produção normativa, o legislativo e o executivo, legitimados pelo voto popular, exige, uma justificação complexa.

Rousseau (2002, p. 91/92) mostrou-se preocupado com uma espécie de tirania, a dos juízes, chegando a afirmar que uma das maiores ameaças à soberania popular decorreria da incessante ação dos magistrados que, com suas vontades particulares, comprometeriam a vontade geral.

Na atualidade, negar o status constitucional adquirido pelo Poder Judiciário dentro do Estado Democrático de Direito é um retrocesso que não encontra respaldo no processo evolutivo social do discurso racional.

Vale frisar o entendimento de Lênio Luiz Streck (2007, p. 39-40), que afirma que:

(...) O Judiciário surge, no Estado Democrático de Direito, como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais.

Hoje a legitimidade democrática da jurisdição constitucional adquire contornos dinâmicos, não podendo ser restringidas à idéia estática da decisão tomada pela maioria democrática. Necessário entender que todas as decisões populares, democráticas ou não, se submetem à Constituição, que é fruto de um processo democrático qualificado. Assim, a defesa dos direitos fundamentais, mesmo por uma instituição pública que não seja eleita diretamente pelo povo (Poder Judiciário), não pode ser tomada como antidemocrática.

André Ramos Tavares (2005, p. 495), alude que:

Contudo há uma falácia no argumento de que, em não sendo escolhidos pelo povo os membros do Tribunal Constitucional, carecem, necessariamente de legitimidade para exercer qualquer parcela de poder soberano. Diversos são os tópicos que devem ser analisados nesse particular. Segundo a percuciente observação de Bachof, o caráter democrático ou não (o autor refere-se ao Poder Judiciário) nem sempre está ligado à forma de eleição de seus membros. Tampouco os funcionários do Estado foram eleitos diretamente pelo povo, ou mesmo os ministros de Estado, ou secretários, e não se põe em dúvida, nesses casos citados, que esses órgãos exerçam, através dos atos de seus titulares, um poder democrático ou uma grande parcela de poder.

Peter Harbele (2002, p. 36-40), menciona que a democracia não se encontra presa a uma dimensão meramente formal de representatividade eletiva, desenvolvendo-se também através de formas refinadas de medição do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais. Este dilema não se resolve somente pela eleição dos juízes, mas por uma ampliação dos intérpretes para que busquem um desenvolvimento da interpretação das normas constitucionais, de forma a se garantir os direitos fundamentais de um povo. Do ponto de vista decisional, o caráter democrático pode estar assegurado pela utilização de diversos instrumentos, como um processo participativo.

É a própria Constituição, estabelecida num processo democrático qualificado, que garante a legitimidade democrática de atuação da jurisdição constitucional. De outra forma, a jurisdição constitucional retira sua legitimidade formal da própria Constituição e material da proteção do Estado de Direito e dos direitos fundamentais (MIRANDA, 1995, p. 95).

Menelick de Carvalho Neto (2003, p. 83-85), compartilha do seguinte entendimento:

(...) a democracia só é democrática se for constitucional. A vontade ilimitada da eventual maioria é ditadura, é a negação mesma da própria idéia de democracia. Do mesmo modo, não menos dolorosamente, aprendemos que o constitucionalismo só é constitucional se for. (...) O termo democracia, portanto, é uma palavra sujeita às mais diversas manipulações e só é efetivamente sustentável como tal se incorporar no seu âmbito semântico-conceitual mínimo constitucionalismo, como respeito às minorias, sendo assim constitutivamente pluralista democrático.

A função principal da jurisdição constitucional é proteger a soberania popular, devendo o poder judiciário zelar pela sua integridade, mesmo diante de processos democráticos da maioria.

O momento é oportuno para afirmar que o “ativismo judicial”, denominado por alguns de “judicialização da política”, encontra sua legitimidade democrática no próprio texto da Constituição Federal, que emana a soberania popular constitucionalmente positivada. Hermes Zanetti (2007, p. 152), é enfático ao pronunciar que o problema da politização ao judiciário (governo dos juízes, judiciarismo, judicialização da política, judiciocracia, ativismo judicial) é, portanto, um falso problema, plantado pelo dogma positivista da legalidade (a lei como fonte absoluta e irrefutável do direito).

A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. É sabido que o juiz na atualidade possui nova posição dentro do Estado Democrático de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é permitir a concretização constitucional.

A legitimidade da jurisdição constitucional se deve também, a decadência de dois grandes dogmas liberais na realidade do constitucionalismo contemporâneo.

É o que defende Lênio Luiz Streck (2002, p. 100-101):

(...) a soberania do parlamento e da intangibilidade e onipotência do legislador parlamentarário perdeu definitivamente terreno em favor da concepção da soberania e supremacia da Constituição e do caráter constituído e subordinado do Poder Legislativo, bem como da convicção de que o princípio da maioria não equivale à prepotência nem pode traduzir-se na imunidade do Poder Legislativo e do Executivo perante as violações da lei fundamental. A soberania do parlamento cedeu o passo à supremacia da Constituição. O respeito pela separação dos Poderes e pela submissão dos juízes à lei foi suplantada pela prevalência dos direitos dos cidadãos face ao Estado. A idéia base é a de que a vontade política da maioria governante de cada momento não pode prevalecer contra a maioria constituinte incorporada na Lei Fundamental.

Finalizando, por tudo que foi mencionado no capítulo em relação à legitimidade da jurisdição constitucional no desenvolvimento da concretização constitucional dos direitos fundamentais sociais, não se pode esquecer que é preciso pensar em meios para revestir as decisões de repercussão política de caráter democrático participativo, tentando buscar, assim, o equilíbrio na balança dos poderes, eis que o Poder Judiciário não pode esquecer que não é toda controvérsia política que pode se resolvida como questão jurídica.

4.5 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA A PARTIR DAS AÇÕES COLETIVAS E O ATIVISMO JUDICIAL NAS AÇÕES COLETIVAS

Pode-se dizer que a promulgação da Constituição de 1988, os ideais neoconstitucionalistas com um novo conceito de constituição demarcado pela sua força normativa, ensejam o protagonismo do Poder Judiciário.

É perceptível hoje um Poder Judiciário mais participativo, ocupando posição central na história do país e decidindo questões de larga relevância social e política, inclusive as que deveriam ser resolvidas no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, mas que, por motivos diversos, não vinham sendo concretizadas.

Assim, fala-se em judicialização da política, eis que, há uma transferência de poderes aos juízes e tribunais, os quais passam a decidir as lides que afligem a sociedade, nos limites dos pedidos formulados e tendo a Constituição como parâmetro. É a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo que possibilita a ascensão da “judicialização da vida”. (BARROSO, 2009a, p.332).

O protagonismo pelo Poder Judiciário reforçou a confiança depositada pela Sociedade nas instituições e intensificou a procura do cidadão por esse poder (seja de forma direta ou, indiretamente, através dos legitimados coletivos – substitutos processuais). A conscientização política do cidadão e, principalmente, o surgimento de novos instrumentos processuais, dentre os quais merecem destaque as ações coletivas, contribuíram para o aumento das demandas submetidas ao seu crivo.

Em relação às ações coletivas, esse aumento pode não ser tão expressivo se comparado à quantidade de ações individuais que tramitam na justiça brasileira, mas é certamente expressivo em relação ao número de pessoas que poderão ser beneficiadas por uma única decisão coletiva favorável (maior acesso à justiça); a economia processual gerada (tramitação de uma ação coletiva ao invés de milhares de ações individuais com idêntico objeto) e a rapidez na prestação jurisdição (proporcional à complexidade da demanda e convergindo esforços em sua análise).

O doutrinador Luis Roberto Barroso (2009, p.332) aponta três causas para a judicialização da política no Brasil: (1) a redemocratização do país; (2) a constitucionalização abrangente; e (3) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Em relação à primeira causa (1) *a redemocratização do país*, observa-se que, a partir da Constituição de 1988, houve um reposicionamento do poder judiciário frente aos demais poderes, especialmente como resultado da recuperação das garantias da magistratura. Tem-se, então, um judiciário voltado a dar concretude à Constituição e às leis, ainda que nesse processo de interpretação e concretização do direito, a norma de decisão criada pelo intérprete autêntico, que é o magistrado (GRAU, 2009, p.29), contrarie aos interesses e às funções precípuas dos demais poderes.

Importante refletir também que aliado à atuação intensa e efetiva do judiciário, tem-se o crescimento da atuação do Ministério Público, que deixa a posição exclusiva de órgão acusador para ocupar-se de questões relacionadas ao interesse social. Por meio desta essencial instituição o cidadão tem acesso ao Judiciário e consegue postular a adequada prestação jurisdicional, pois de nada adiantaria um Judiciário forte sem um cidadão participante.

A redemocratização do país engloba um Judiciário forte, instituições de defesa dos interesses sociais igualmente fortalecidas e instrumentos processuais que acompanhem aos anseios da sociedade de forma efetiva, com respostas céleres, econômicas e adequadas, como por exemplo as ações coletivas.

É notória a contribuição das ações coletivas para a redemocratização do país. Por meio delas o judiciário consegue atuar em questões de grande repercussão de forma mais célere e econômica (uma ação coletiva substitui milhares de ações individuais, com otimização do tempo para sua análise), tutelando o direito de milhares de pessoas, possibilitando a concretização constitucional.

Em relação à segunda causa da judicialização tem-se a (2) *constitucionalização abrangente*. A inserção de questões políticas no texto constitucional foi uma grande preocupação do constituinte originário, posteriormente, seguida pelo reformador. O país ainda estava traumatizado pelos anos de escuridão vividos. Mais de 20 anos de ditadura militar

foram suficientes para intensificar o sentimento de desconfiança do cidadão em relação aos governantes. Era preciso constitucionalizar determinadas matérias e assim dar-lhes contorno de Direito.

Importante destacar que a onda de constitucionalização, em verdade, associa-se à noção de normatividade constitucional. Transforma-se Política em Direito porque a norma inserida na Constituição passa a ter *status* de direito subjetivo, desencadeando pretensão acionável mediante ação judicial. Mais que isso, a previsão constitucional muda o foco da exigibilidade: as normas infraconstitucionais devem estar em consonância com a Constituição.

É o que aponta Luis Roberto Barroso (2009a, p.333):

“Se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.”

A terceira causa de judicialização decorre do sistema misto de (3) *controle de constitucionalidade*, que permite a declaração de inconstitucionalidade tanto pela via incidental, por qualquer magistrado ou tribunal - autorizados a não aplicar, no caso concreto, lei ou ato normativo considerado inconstitucional; quanto pela via concentrada, a partir da análise abstrata de leis ou atos normativos diretamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Ambas as formas de controle podem ser realizadas no âmbito das ações coletivas: a) O *controle concentrado* é inerente às ações diretas - ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)], que têm natureza de ação coletiva e b) as ações coletivas em geral podem ser utilizadas como instrumento de *controle difuso* de constitucionalidade.

A judicialização da vida no Brasil, portanto, impulsionada pela redemocratização do país, pela constitucionalização abrangente e pelo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, reflete uma realidade incontestável, qual seja, é no Judiciário que terminam desaguando, pela via das ações coletivas, os problemas de grande repercussão social e política não solucionados pelos poderes executivo e legislativo, tudo em razão da almejada concretização constitucional.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, recentemente, foram ajuizadas duas ações de repercussão nacional (ações diretas), as quais refletem a importância do judiciário e das ações coletivas no destino do país, que servem como instrumentos da tão almejada concretização constitucional.

Como exemplo do que se afirmou acima, cabe citar a ADI 3.150 – pedido de declaração de inconstitucionalidade, pelo Procurador-Geral da República, do art.5º da Lei de Biossegurança, que autoriza pesquisas com células-tronco embrionárias. Na referida ação, houve, inclusive, participação da sociedade na discussão da matéria, o que não ocorreu antes da entrada em vigor da lei.

Também serve de exemplo a ADC 12/2005 - Pedido de declaração de constitucionalidade da Resolução n.7 do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no âmbito do judiciário.

É evidente que ações coletivas de caráter subjetivo e de grande relevância social e política também chegam diariamente ao Superior Tribunal de Justiça, o qual, a partir das normas constitucionais, tem adotado posicionamentos altamente favoráveis aos reclamos sociais:

ACP. CONTROLE JUDICIAL. POLÍTICAS PÚBLICAS. Trata-se, na origem, de ação civil pública (ACP) em que o MP pleiteia do Estado o fornecimento de equipamento e materiais faltantes para hospital universitário. *A Turma entendeu que os direitos sociais não podem ficar condicionados à mera vontade do administrador, sendo imprescindível que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa.* Haveria uma distorção se pensasse que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido para garantir os direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como empecilho à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Uma correta interpretação daquele princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser apenas no sentido de utilizá-lo quando a Administração atua dentro dos limites concedidos pela lei. Quando a Administração extrapola os limites de sua competência e age sem sentido ou foge da finalidade à qual estava vinculada, não se deve aplicar o referido princípio. *Nesse caso, encontra-se o Poder Judiciário autorizado a reconhecer que o Executivo não cumpriu sua obrigação legal quando agrediu direitos difusos e coletivos, bem como a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.* (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. ACP. Controle judicial. Políticas públicas. Recurso Especial n.º 1.041.197-MS. Relator Ministro Humberto Martins. J. 25/08/2009.) (grifo nosso)

A judicialização da vida a partir das ações coletivas na meta da concretização constitucional é realidade igualmente vivenciada no dia-a-dia das instâncias ordinárias.

Emprega-se hoje, como princípio inerente às ações coletivas, o princípio do ativismo judicial, quando se está no âmbito do controle de políticas públicas. Os exemplos estão se multiplicando, existindo precedentes, já nos tribunais superiores, confirmando decisões que ordenam a execução de atividades essenciais pelo administrador, a obrigatoriedade do fornecimento de creches, a reforma de presídios, de hospitais, etc, conforme mencionado acima.

No entanto, há uma tendência em confundir-se o ativismo judicial com a judicialização. Apesar da semelhança entre os institutos, estes não se confundem, pois, são originados de causas imediatas diversas.

A judicialização é uma consequência natural do constitucionalismo contemporâneo, intensificada principalmente após a promulgação da Constituição de 1988. Consiste em uma reação do Poder Judiciário à omissão dos demais Poderes, que deixaram de responder aos anseios sociais. A partir dessa baixa produtividade do Executivo e Legislativo, os órgãos jurisdicionais passam a prolatar decisões em questões relevantes, fundamentadas direta e imediatamente na Constituição. As normas de decisões (GRAU, 2009, p.102-103) observam o pedido formulado (congruência), não cabendo ao Poder Judiciário abster-se de julgar o caso concreto. Prevalece, aqui, a vontade do constituinte em promover o acesso à Justiça efetiva.

Já o ativismo judicial, por sua vez, decorre da ação proativa dos órgãos do Poder Judiciário, voltados à ampla interpretação das normas constitucionais, com *expansão de seu alcance e sentido*. Em busca da máxima extensão da normatividade constitucional, amplia-se o poder conferido ao Judiciário, tornando-se possível a concretização dos valores e fins constitucionais, e isso está sendo veiculado por meio das ações coletivas.

No ativismo, há exercício deliberado de vontade política. O juiz, valendo-se de novas teorias interpretativas, por exemplo, em conformidade com o presente estudo, o neoconstitucionalismo, amplia, ao máximo, o alcance da normatividade constitucional, para preencher o vazio deixado pelos demais poderes.

Para compreender melhor a distinção entre judicialização e ativismo, cabe pensar no exemplo citado no tópico anterior, onde se destacou a ADC n.12/2005, cujo objeto consistia na declaração de constitucionalidade da Resolução n.7 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que vedou o nepotismo no âmbito do judiciário.

A ADC n.12/2005, como afirmado, retrata hipótese de judicialização. Na decisão prolatada, o STF, com base no art.103-B, §4º, incisos I e III, da CF, reconhecendo a competência do CNJ para zelar pela observância do art. 37 da Constituição Federal e apreciar a validade de atos administrativos praticados no âmbito do Poder Judiciário e, portanto, aplicando diretamente dispositivos constitucionais, declarou a constitucionalidade da norma.

Alguns meses depois, a Corte Suprema editou a Súmula Vinculante n.13, estendendo a vedação do nepotismo para toda a administração pública direta e indireta, em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (precedentes: ADI 1521, ADC 12, MS 23780 e RE 579951). O fundamento dessa ampliação residiria na prescindibilidade de lei formal para a configuração da referida ilicitude, pois a prática do ato violaria os princípios contidos no art. 37 da Constituição Federal.

Note-se que nesse segundo momento a vedação do nepotismo decorreu de uma opção feita pelo poder judiciário, representado pelo pleno do STF, diante da omissão do Poder Executivo e Legislativo, que não editaram normas vedando a prática imoral e ainda eram coniventes com a mesma. Inexiste no texto constitucional norma proibindo o nepotismo nos referidos poderes. “O que a corte fez foi, em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade, extrair uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa” (BARROSO, 2009a, p.336). Esta, certamente, é uma postura de ativismo judicial.

No caso da Súmula vinculante n.13, o STF aplicou a Constituição, mesmo inexistindo regra expressa ou lei ordinária vedando o nepotismo.

O ativismo judicial, dessa forma, está associado às seguintes condutas: a) aplicação direta da Constituição, mesmo inexistindo regra expressa ou lei ordinária autorizando; b) declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo com base em critérios menos rígidos que os de violação ostensiva à Constituição e c) interferência em questões de políticas públicas, impondo-se ações ou abstenções ao Poder Público (exemplos: obrigatoria distribuição de medicamentos ou realização de tratamentos médicos; a imposição aos Municípios para criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor de crianças de zero a seis anos de idade (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola - RE 410715 AgR /SP) ou a determinação à Municipalidade

para que mantivesse a prestação de serviços de creche e de pré-escola de forma contínua, mesmo no período de férias escolares (Agravado de Instrumento n. 173 497 – 0/5-00 – TJ/SP).

Ao ativismo judicial contrapõe-se a autocontenção, conduta prevalente em nosso ordenamento jurídico até a promulgação da CF/88 – infelizmente, ainda com alguns resquícios na atualidade e caracterizada pelo conservadorismo do judiciário no processo de aplicação das normas constitucionais. Suas concepções são exatamente opostas àquelas preconizadas pelo ativismo: (i) a aplicação direta da Constituição apenas a casos expressamente previstos no texto, preferindo-se aguardar a lei ordinária reguladora da matéria, sem interferência na esfera de atuação dos outros dois poderes; (ii) a declaração de inconstitucionalidade condicionada à violação direta da CF e (iii) ausência de ingerência nas políticas públicas.

O ativismo judicial permite ao direito acompanhar a evolução da atual sociedade complexa, formada por novos conflitos, os conflitos de massa, que reclamam efetividade na prestação jurisdicional, principalmente em decorrência do alcance das decisões coletivas.

Uma derradeira consideração: no âmbito das ações coletivas, da mesma forma que a conduta proativa do judiciário proporciona o acesso à justiça de forma ampla e efetiva em favor da coletividade lesada, a via inversa da autocontenção - em detrimento do ativismo judicial, importaria em negativa abrangente da adequada prestação jurisdicional: milhares de vítimas ficariam à margem dessa prestação.

A postura ativista no âmbito das ações coletivas como instrumentos da concretização constitucional, portanto, permite muito mais que o amplo acesso à Justiça. Possibilita uma prestação jurisdicional efetiva, na medida em que, buscando a máxima interpretação das normas constitucionais, atende adequadamente aos anseios da sociedade contemporânea.

Seguindo uma concepção neoconstitucionalista, pode-se afirmar que as ações coletivas funcionam como um importante meio de veiculação da concretização constitucional, outro bom exemplo de tal fator, é o julgamento da Pet. 3.388, pelo STF, relativo à apreciação de ação popular ajuizada por Senador da República contra a União, em que impugnava o modelo contínuo de demarcação da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol, situada no Estado de

Roraima, e pleiteava a declaração de nulidade da Portaria 534/2005, do Ministro de Estado da Justiça, e do Decreto homologatório de 15.04.2005, do Presidente da República.

O relator, Min. Carlos Britto, julgou improcedente o pedido formulado para assentar a condição indígena da área demarcada como Raposa/Serra do Sol, em sua totalidade, revogando a liminar concedida na ação cautelar de 2009, para que fossem retirados das terras, em causa, todos os indivíduos não índios. O relator, para afastar o antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento, sustentou que os artigos 231 e 232 da Constituição Federal têm finalidade fraternal ou solidária, argumentando que se está diante de um novo tipo de igualdade, qual seja, a igualdade civil-moral de minorias que têm experimentado, historicamente e por preconceito, desvantagens comparativas com outros segmentos sociais, e que, portanto, trata-se de uma era constitucional compensatória dessas desvantagens, a se viabilizar por mecanismos de ações afirmativas. Em 19.03.2009 o Supremo Tribunal Federal, por dez votos a um, manteve decisão favorável à demarcação contínua da reserva indígena Raposa/Serra do Sol, em Roraima, beneficiando os índios e determinando a saída dos fazendeiros da região.

A partir do referido caso concreto e retomando alguns conceitos já examinados no decorrer do texto, vale frisar que hoje não se pode conceber um Estado Democrático de Direito sem uma justiça constitucional. A justiça constitucional é condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito, ainda mais quando se entende que as normas constitucionais são dotadas de eficácia e tem aplicabilidade imediata como no caso dos direitos coletivos que são instrumentalizados pelas ações coletivas.

Percebe-se claramente que a decisão do STF pela demarcação da reserva indígena visa, assim, dar concretude, através de uma ação coletiva, à disposição constitucional do artigo 231, o qual reconhece aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. O histórico de expropriação das terras dos índios, bem como o processo de extermínio destes, que acompanhou o processo de ocupação do território nacional demonstra que a garantia da terra aos povos indígenas é uma prerrogativa para a sobrevivência destas comunidades frente aos interesses econômicos que pairam sobre as regiões indígenas.

Neste contexto, não se pode pensar na preservação das tradições e costumes dos povos indígenas, sem a preservação da posse sobre as suas terras. Além do mais, a demarcação das terras indígenas também contribui para a preservação do meio ambiente.

Hoje a democracia não se resume à vontade da maioria. Se fosse realizada consulta popular para se saber se o povo estaria disposto a não mais pagar impostos, certamente a maioria diria que sim, embora tal proposta fira diretamente a Constituição. O governo constitucional visa a proteção do conjunto da sociedade, impedindo que a vontade da maioria se sobreponha aos ditames legais ou que oprimam as minorias. Assim, a função básica da Constituição é retirar certas decisões do processo político, colocando os direitos acima das decisões da maioria, por intermédio de um sistema de direitos fundamentais que servem como critério último de validade de toda ordem jurídica.

Em continuidade, a questão em relação ao princípio da separação dos poderes não é retornar ao passado (modelo liberal), impedindo que o juiz controlasse o conteúdo material da lei, para evitar o risco da politização do judiciário. Isso não é necessário, nem seria possível, porque os direitos fundamentais não podem mais ser vistos apenas como direitos de defesa, obrigando à atuação positiva do Poder Público e dos particulares. O desafio atual é o desenvolvimento de técnicas que evitem a manipulação dos juízes.

Não se pode abrir mão de um Judiciário independente, pois não há como concretizar os direitos fundamentais sem desvincular-se das pressões da maioria, dos detentores do poder, daqueles que financiam a imprensa ou até mesmo os partidos políticos, ou de quem quer que seja. Afinal, sem um Judiciário independente não há como se promover democracia.

O princípio da separação dos poderes não é um fim em si mesmo. Somente tem sentido se funcionar como instrumento de proteção dos direitos fundamentais. Se a Constituição está acima de todas as funções estatais e cabe ao Judiciário assegurar a realização dos direitos fundamentais, ainda que possam surgir zonas de tensões, não se pode reservar aos juízes o papel de mero carimbador das decisões políticas tomadas pelo Legislativo ou Executivo.

A mudança de significado na concepção dos direitos fundamentais abriu um novo processo de diálogo e cooperação entre os três poderes do governo.

O Estado Liberal tinha como objetivo neutralizar o Poder Judiciário frente aos demais poderes. Fundado na teoria clássica da separação dos poderes, o Legislativo exercia o protagonismo na atuação política, procurando-se separar a Política e o Direito.

A desneutralização política do Judiciário é uma consequência das alterações resultantes do advento do Estado Social e da complexa sociedade tecnológica, surgida a partir de meados do século XX. A consagração de direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, nas Constituições contemporâneas, gerou, nas últimas décadas, uma explosão de litigiosidade, trazendo ao Judiciário ações individuais e coletivas voltadas a efetivação desses direitos. Sempre que os demais poderes comprometem a integridade e a eficácia dos fins do Estado, impedindo a concretização de direitos fundamentais, o Judiciário tem a função de controlá-los.

Com isso, é alterada a função do Poder Judiciário, que não apenas se restringe a tarefa de subsunção do fato à letra da lei, mas, principalmente, examinar se o exercício discricionário do poder de legislar e de administrar conduzem à efetivação dos resultados objetivos.

O Poder Judiciário é chamado a exercer uma função socioterapêutica, corrigindo vícios na consecução das finalidades a serem atingidas para proteção dos direitos fundamentais, além de assumir a gestão da tensão entre igualdade formal e a justiça social.

No entanto, há de se evitar os riscos de transformar a desneutralização política do judiciário no indesejável governo dos juízes. Isso seria lamentável não somente pelo fato de os juízes não terem sido eleitos, ao contrário dos membros do Poder Executivo e Legislativo, mas também das garantias.

Os riscos de um governo de juízes são imensos, quando se considera que a Constituição Federal de 1988, por se constituir num sistema que permite uma aplicação principiológica de seus dispositivos, amplia de forma considerável o poder de revisão judicial. No Estado Constitucional os juízes são os únicos responsáveis por demarcar com clareza os limites de sua própria jurisdição, motivo pelo qual somente podem-se socorrer de argumentos de natureza jurídica, pois do ponto de vista político não detêm legitimidade para conduzir as

ações do governo. A representatividade eleitoral se apresenta, ainda, como um importante fator de contenção judicial, fixando limites políticos ao decisionismo judiciário, com o que se assegura um equilíbrio de forças. No interior de uma sociedade fragmentada como a brasileira, existe uma tendência natural em concentrar no Poder Judiciário todas as expectativas no que tange à manutenção do regime democrático e das garantias individuais, através de verdadeira divinização das concepções morais e filosóficas dos juízes constitucionais. Todavia, um governo de juízes não é desejável num regime democrático, pois restaria inexoravelmente comprometida a função fiscalizadora. (APPIO, 2004, p. 208).

Ao formular as políticas públicas que atendem às suas prioridades pessoais, através da “interpretação adequada” da Constituição, os juízes se lançam em verdadeira aventura política, não possuindo real controle sobre as consequências deste processo, do que resultam graves impasses constitucionais. A fixação dos limites à própria jurisdição representa, nesse contexto, uma das mais graves funções outorgadas ao Poder Judiciário. A busca da plena normatividade constitucional não pode significar o rompimento do delicado equilíbrio necessário à democracia. Um governo de juízes, neste sentido, em nada difere de um governo aristocrático, pois o regime democrático não se coaduna com a concentração extremada de poder político junto a um único órgão. (APPIO, 2004, p. 209).

Ao aceitarem um debate estritamente no nível político, os juízes passam a sofrer críticas diretas fundadas na ausência de legitimidade de suas decisões, tomadas no interior de um sistema político representativo, especialmente nos casos em que suas opções se revelam incorretas, quando então têm de assumir o ônus político de seus desacertos. As decisões políticas somente seriam admissíveis em um sistema no qual os juízes fossem eleitos para mandatos fixos, ou seja, no qual pudessem ser politicamente responsabilizados por seus erros através de um controle regular exercido pela sociedade. (APPIO, 2004, p. 210).

O momento é de ação e de mudanças. O positivismo foi superado pelas teorias neopositivistas e a autocontenção judicial pelo ativismo judicial. A constante e crescente atuação do judiciário é fruto da omissão dos demais poderes, que deixando ao relento a realização de pretensões mínimas dos cidadãos, transferiu a concretização dos direitos reconhecidos na carta constitucional aos órgãos judicantes.

É verdade que essa nova concepção causa desconfiança, principalmente pelo receio de transformar-se Direito em Política (politização da justiça) e o Judiciário em um super poder (governo dos juízes), não sujeito a limitações, o que poderia comprometer a legitimidade democrática e a separação dos Poderes.

A desneutralização política do Judiciário, pela admissibilidade de ponderação de princípios, concretização de direitos fundamentais e controle de políticas públicas indispensáveis à sua realização, permite que os juízes passem a serem cobrados não apenas pelas decisões (jurídicas/políticas) tomadas, segundo a hermenêutica constitucional que adotarem, mas também que suas decisões encontrem amparo na vontade popular e na participação popular e não seja instalado o temido governo dos juízes. Para coibir um governo de juízes é necessário pensar em meios legítimos para tal. É o que se faz abaixo.

4.6 UMA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL LEGITIMADORA DA CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL POR MEIO DAS AÇÕES COLETIVAS

A importância do texto constitucional para o neoconstitucionalismo torna a sua interpretação ainda mais necessária e criteriosa. A posição destacada das normas constitucionais, o uso de uma linguagem mais sintética, a presença de um número maior de princípios em detrimento da existência de regras e a própria existência de uma jurisdição constitucional, importam na necessidade da criação de uma nova metodologia para a interpretação das normas constitucionais.

O caráter específico da hermenêutica constitucional é consequência, no neoconstitucionalismo, da natureza axiológica da norma constitucional, visto que os valores voltam a permear o direito positivo, sem esgotarem-se nele.

Faz-se necessária uma nova hermenêutica constitucional devido ao caráter incompleto dos princípios constitucionais, pois, a inserção de princípios no texto constitucional acarreta a perda da densidade jurídica do texto, por se tratarem de normas abertas que exigem mais do intérprete, para dar-lhe a concreção necessária visando sua aplicabilidade no mundo fático.

Também justifica uma nova hermenêutica constitucional, a natureza argumentativa em torno dos direitos constitucionais, ante a presença de conceitos controvertidos. Desta forma, a hermenêutica constitucional, dará ao intérprete balizas na tarefa de ponderação e de justificação no trato com tais termos imprecisos.

Fala-se hoje em concretização do direito, ou mais especificamente em concretização constitucional.

Para Canotilho:

Concretizar a constituição traduz-se, fundamentalmente, no processo de densificação de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta – norma jurídica, que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da norma de decisão para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado intermédio, pois só com a descoberta da norma de decisão para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização. Esta concretização normativa é, pois, um trabalho técnico-jurídico; é, no fundo, o lado técnico do procedimento estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim, a construção de uma norma jurídica. (CANOTILHO, 2003, p. 1201 *apud*, TAVARES, 2006, p. 59).

A idéia de concretização na acepção de Castanheira Neves (1993, p. 84) significa uma “boa interpretação” como aquela que numa perspectiva prático-normativa, utiliza bem a norma como critério da justa decisão do problema concreto. Adota-se um critério prático normativo adequado de decisões dos casos concretos. Continua o filósofo, dizendo que o direito não é política, mas validade; não é estratégia e programa, mas normatividade; não é decisão de alternativas consequenciais, mas juízo de fundamentante validade normativa.

Canotilho (2003, p. 1221), ainda sustenta que:

Uma norma jurídica adquire verdadeira normatividade quando com a medida de ordenação nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através da sua aplicação ao caso jurídico a decidir mediante (1) a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar); (2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial); (3) através da prática de atos individuais pelas autoridades (concretização administrativa). Em qualquer dos casos, uma norma jurídica que era potencialmente normativa ganha uma normatividade atual e imediata através da sua passagem a norma de decisão que regula concreta e vinculativamente o caso carecido de solução normativa.

A interpretação das normas constitucionais não é, para o neoconstitucionalismo, uma atividade mecanicista, mas, antes de tudo, uma atividade criativa por parte do intérprete, a quem é conferida certa dose de liberdade, liberdade esta fornecida pelos princípios e valores constitucionais, os quais possibilitarão uma interpretação que se mostre eficaz, congruente e condicionante da realidade.

Desta forma, a nova hermenêutica constitucional traz como significado: a) a possibilidade do intérprete julgar o caso concreto segundo a ordenação global do sistema, onde a parte toma significado do todo e vice-versa (círculo hermenêutico); b) tal sistema aberto é composto de normas, princípios, valores e formas argumentativas; c) a justificação e a fundamentação retiram o caráter subjetivo das decisões; d) deve existir coerência entre a decisão e as razões e argumentos fundamentadores da decisão.

Assim, mostra-se imprescindível esta nova hermenêutica constitucional na medida em que a atividade criativa do julgador deve encontrar limites na norma, nos valores, nos princípios e na própria argumentação para que não haja uma subversão da própria ordem constitucional com decisões carregadas de extremo subjetivismo, o que geraria uma instabilidade sistêmica ocasionado pelo abuso da interpretação e da ponderação dos valores constitucionais.

4.7 A NOVA HERMENÊUTICA HARBELIANA COMO FONTE LEGITIMADORA DA EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL POR MEIO DAS AÇÕES COLETIVAS NA CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

O direito se apresenta muito distante dos brasileiros. Este distanciamento se deve a fatores históricos, políticos e sociais responsáveis por afastar as regras de seus comandados. Na linha de buscar romper com esse cenário remoto, o direito interno assume uma postura inovadora no Brasil. Importando as idéias do doutrinador Peter Häberle os tribunais começam a adotar procedimentos dos quais conseguem extrair melhores condições de proferirem suas decisões através de uma interpretação aberta e pluralista da Constituição.

Um dos maiores constitucionalistas da atualidade, o alemão Peter Häberle basicamente desenvolve uma interpretação constitucional fomentada não só pelos interpretes oficiais do direito, mas por aqueles que também vivem um contexto regulado pela norma, seja o cidadão comum, grupos representativos da sociedade organizada e outros. Desta forma, qual seja, exercitando uma aproximação da aplicabilidade da lei ao cidadão, além de racionalizar as decisões judiciais, contribui-se para o aprimoramento da democratização do direito, diminuindo a vala que o distancia do povo.

Este capítulo tentará demonstrar a influência das idéias de Häberle nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Neste ponto torna-se imprescindível evidenciar que a figura do *Amicus Curiae*, inovação trazida pela lei nº 9.868 de 1999, encontra sua origem na teoria do doutrinador alemão. Sua inestimável contribuição para o desenvolvimento do Direito Constitucional brasileiro ganha robustez nas decisões proferidas por este tribunal superior, tornando-o mais cooperativo e próximo da realidade constitucional.

Os mecanismos adotados pelo direito brasileiro, sob a influência do doutrinador alemão, não sobrevive de boas intenções, ou seja, sua aplicabilidade no Brasil pode ensejar resultados deturpados, principalmente pela ação de atores facilmente corrompidos por força de *lobbies* de empresas, sindicatos, meios de comunicação como jornais, revistas e televisão.

A teoria construída sobre a necessidade de se fomentar uma *sociedade aberta de intérpretes da Constituição* busca indubitavelmente uma solução para um desafio no direito, qual seja, discorrer sobre uma maior efetividade da Constituição.

Suas idéias, naturalmente, dão continuidade àquelas proferidas por estudiosos pretéritos, dão nova versão a soluções dadas hoje como superadas. Isso, não por mérito do doutrinador moderno, mas sim por questões voltadas a experiência dos anos ao avanço da sociedade, se ganha aí evolução e amadurecimento social.

Quer-se dizer com isso que a teoria de Häberle possui um ponto de partida, entendido por nós, nesse momento, pelas idéias de Ferdinand Lassalle, cuja maior tensão era dirimir os conflitos entre Constituição e realidade constitucional. Häberle nada mais fez, evidentemente com imensurável brilhantismo e próprio do pensador do Direito que é, do que tentar achar Saída para a problematização trazida por Lassalle, segundo o qual a Constituição era mera

folha de papel a mercê dos *fatores reais de poder* da sociedade que era quem comandava e ditava as regras. Portanto, não só Häberle, mas também outros doutrinadores, se debruçaram sobre a temática visionados em solucioná-la. Como efetivamente trazer uma maior eficácia e ao mesmo tempo proteger os princípios constitucionais?

O doutrinador alemão preconiza a construção de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição a partir do reconhecimento de que se deve admitir a participação de agentes conformadores da realidade constitucional produtoras de interpretação (COELHO, 1998, p. 103), além, obviamente, daqueles que oficialmente estão investidos dessa função: juízes e tribunais. Investe-se aqui na participação de grupos sociais, cientistas, artistas, jornalistas, escolas da comunidade, associações de pais, peritos e *experts*, o próprio recorrido ou recorrente, eventualmente demandando no Tribunal Constitucional, organizações não-governamentais como também as de origem governamental dentre outras.

A participação da população nas decisões do tribunal constitucional o traz mais próximo da realidade, ensejando várias consequências, por exemplo, uma oferta maior de subsídios às soluções que envolvem matéria constitucional, assegura maior credibilidade nas decisões, contribui para uma atualização na interpretação dos fundamentos do contrato social.

Certamente, o Tribunal Constitucional não deve ser tradicionalista sob pena de colocar em cheque sua autoridade e não acompanhar as grandes transformações de uma sociedade livre, nem mesmo ser adiantado sem se basear nos avanços e ideais da comunidade, pois as partes do contrato social não são somente os vivos, tal sorte também é devida aos que ainda não nasceram. (HÄBERLE, 1997, p. 126).

Häberle sempre acreditou ser um equívoco interpretar a Constituição sobre a ótica somente daqueles que lidam com o texto, juízes e tribunais, pois muito fechado seria o modelo interpretativo, jamais haveria o diálogo do direito com o povo, portanto seria impossível traçar em *inumerus clausus* um elenco de intérpretes, e ademais, a Constituição interpretada pelos juristas engessaria todo o sistema, tornando-o inoperante frente à evolução social.

A luz dessa concepção, a lei constitucional e a interpretação constitucional republicana aconteceriam numa sociedade pluralista e aberta, como obra de todos os participantes, em momentos de diálogo e de conflito, de continuidade e descontinuidade, só assim, entendida como ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 202)

Não é difícil a percepção de que para Häberle o Tribunal Constitucional ganha uma nova vertente, a de tribunal social, devendo estar sempre inserido em um modo efetivo de pluralismo no processo constitucional. Desta forma o Direito age como formador da consciência cidadã de um povo.

Entretanto a idéia de tribunal social, adotada por Häberle, não pode ensejar um gradativo esmaecimento constitucional. Quer-se dizer que é importante que os princípios constitucionais permaneçam inabaláveis, pois a interpretação aberta de mais coloca em risco o próprio alicerce estatal. Portanto é oportuno que tenhamos em mente a soberania constitucional e o respeito aos princípios norteadores do Estado.

Muito se aproxima ao pensamento de José Joaquim Gomes Canotilho quando conceitua a constituição como um sistema aberto de regras e princípios. O doutrinador português visualiza um entendimento amplo para o sistema jurídico aberto, pois é necessário que se interprete a constituição em um cenário pluralista e mutável, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e justiça (CANOTILHO, 1997, p. 103).

Observamos no contexto do autor lusitano, as idéias haberlianas, de onde se extrai um pensamento alternativo abraçado na perspectiva de novas realidades, e especialmente na adaptação normativa aos valores sociais.

Admitir a possibilidade de interpretações diversas a depender da realidade que se está a avaliar. Isso é possível? Para Häberle, sim. O Supremo Tribunal Federal, nesta linha, não raras vezes, interpreta a Carta brasileira adotando a idéia do pensamento do possível, isto é, como lograr êxito em uma complexa decisão constitucional, diante de interpretações cogitáveis, qual se aproxima mais do possível, sem afetar o modelo constitucional adotado pelos constituintes.

Neste ponto merece transcrevermos a ementa em Ação Direta de Inconstitucionalidade proferida pelo STF sob o nº 1.289:

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Embargos Infringentes. Cabimento, na hipótese de recurso interposto antes da vigência da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. 3. Cargos vagos de juízes do TRT. Composição de lista. 4. Requisitos dos arts. 94 e 115 da Constituição: quinto constitucional e lista sêxtupla. 5. Ato normativo que menos se distancia do sistema constitucional, ao assegurar aos órgãos participantes do processo a margem de escolha necessária. 6. Salvaguarda simultânea de princípios constitucionais em lugar da prevalência de um sobre outro. **7. Interpretação constitucional aberta que tem como pressuposto e limite o chamado “pensamento jurídico do possível”.** 8. Lacuna constitucional. 9. Embargos acolhidos para que seja reformado o acórdão e julgada improcedente a ADI 1.289, declarando-se a constitucionalidade da norma impugnada. (grifado)

Nesta ADI o Supremo Tribunal Federal decidiu acertadamente em admitir a indicação de membros do MP sem o cumprimento do lapso temporal de dez anos para a lista que contemplará nomes para os cargos vagos de juízes do TRT, arguindo no sentido de que a formação incompleta da lista sêxtupla ou até mesmo o envio de um ou dois nomes que preenchessem todos os requisitos constitucionais acabaria por afetar de maneira mais incisiva os ditames constitucionais, além de mitigar a participação do executivo na escolha do candidato. Diante disso, se nota que a Corte decidiu com base no pensamento do possível, ou seja, diante da realidade apresentada e das várias formas de se resolver o debate, optou pela possibilidade mais adequada ao caso em concreto.

Essa análise nos permite entender que a interpretação constitucional na ótica haberliana admite alternativas, além de contribuir para uma maior adaptação do texto à evolução de uma sociedade diversificada, heterogênea e plural.

Alguma coisa já foi dita sobre a participação mais ampla de atores sociais nas decisões do STF e que, sobretudo a atividade contribui para uma aproximação da Constituição com a realidade constitucional. Entretanto, ainda não se falou sobre a instrumentalização desse procedimento, isto é, como deixar isso efetivamente executável.

Recém saídos do vale obscuro do regime ditatorial, a sociedade brasileira é apresentada à Carta democrática de 88, documento nascido com a imensa responsabilidade de operar ou nortear um Estado livre e participativo. Seguindo a orientação constitucional, ainda que tardiamente, no âmbito legislativo a lei nº 9.868 de 1999, surge para instituir o amigo da corte ou *amicus curiae*, representado o resultado de uma forte influência de Peter Häberle no sistema jurídico brasileiro, pois esta norma instrumentalizou, assim como assumiu um diálogo jurídico com a população.

Sem nos ater à redação da norma, permitiu-se a intervenção de órgãos e entidades, ocasião em que se manifestam em audiências públicas sobre a matéria em debate no Supremo Tribunal Federal. Esse mecanismo participativo dá aos ministros julgadores uma ampla visão sobre o objeto pelo qual o STF está a decidir. Trata-se da manifestação de especialistas, técnicos e interessados contribuindo para alimentar com elementos específicos, o conhecimento, e porque não, o aprendizado dos julgadores.

A figura do amigo da corte nasce em um contexto de adaptação da norma à sociedade, tornando a decisão mais próxima da realidade, contribuindo para a diminuição do distanciamento do Direito com a sociedade. Fala-se em um diálogo jurídico com a população interessada.

Na medida em que o Supremo, com a expansão da jurisdição constitucional, vem adotando as discussões com especialistas e com as organizações civis, suas decisões ganham em legitimidade e credibilidade, não se podendo falar em violação ao princípio democrático ou a separação de poderes.

Tal conclusão não é difícil de notar na medida em que a Corte brasileira tem aumentado o número de audiências públicas e convocando a sociedade para que participe, principalmente naquelas demandas de controle abstrato de constitucionalidade, situação em que o procedimento de interpretação constitucional é voltado a casos particularizados.

Algumas discussões levadas ao Supremo têm sido assistidas com interesse pela sociedade graças ao acesso mais facilitado ao sistema. A demanda que envolveu o debate sobre a autorização para pesquisas com células-tronco envolveu o país, com a cobertura de toda a imprensa e acompanhada por muita gente. Estamos a falar sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 DF, que em 20 de abril de 2007 foi realizada a audiência pública com a presença de cientistas, médicos, pacientes, religiosos, eclesiásticos e interessados, que certamente contribuíram para um amadurecimento da questão e proporcionaram uma decisão mais próxima da realidade discutida em 29 de maio de 2008 pela constitucionalidade da norma que permitia a manipulação.

Outro tema envolve a polêmica da discussão sobre o aborto de fetos anencéfalos, matéria ainda sobre a apreciação do STF. A sociedade brasileira acompanhou as audiências

públicas em agosto de 2008 com interesse. O tema SUS e saúde no Brasil foi, em março de 2009, pauta de outro encontro com especialistas e técnicos na área. A audiência foi transmitida ao vivo pela TV e rádio, ampliando o acesso à população, tais instrumentos de comunicação são imprescindíveis para alcançarmos a democratização e o incentivo ao debate, seja nas universidades ou entre família.

Portanto se verifica que todos são intérpretes da Constituição e cada um possui sua visão crítica sobre o tema. Essa leitura da norma, embora não jurídica, é verdadeiramente pragmática e corrobora com a finalidade para qual as leis são criadas, qual seja, para regulamentar situações e práticas. O *amicus curiae* dá a Constituição uma nova interpretação, adaptando-a a uma realidade bem próxima da verdade, ratificando uma das garantias do Estado Democrático de Direito.

Em linhas gerais, como bem observamos em linhas anteriores, Häberle evidencia a importância da participação social no fomento da opinião dos Tribunais. Isso permite uma evolução interpretativa das normas constitucionais, isto é, aquela regra assimilada de uma forma no século passado encontra, nos dias atuais, barreiras para sua aplicação em virtude de uma nova leitura social sobre o mesmo certame.

Até quando a mudança na interpretação constitucional gera consequências no âmbito da segurança jurídica? A sociedade não corre o risco do Poder Judiciário colapsar-se em decisões contraditórias?

Para Häberle (1997, p. 203):

O Direito Constitucional vive, *prima facie*, uma problemática temporal. De um lado, a dificuldade de alteração e a conseqüente duração e continuidade, confiabilidade e segurança; de outro, o tempo envolve o agora mesmo, especificamente o Direito Constitucional. É que o processo de reforma constitucional deverá ser feito de forma flexível e a partir de uma interpretação constitucional aberta. A continuidade da Constituição somente será possível se passado e futuro estiverem nela associados.

Imaginemos o desafio de uma Constituição. Entendendo-a como um texto jurídico que contempla matérias de fundamental importância para um Estado, aquela que traduz conquistas de um povo e valores inalienáveis. Sua origem, por óbvio, é gerir um território, uma nação, um povo, por décadas ou séculos, por isso a sua imprescindibilidade. Sabemos que as

primeiras Constituições do mundo, sob o aspecto formal e textual, possuem mais de 200 anos; agora, como elas conseguem manter a vigência por anos e anos, a sociedade não muda? Os desafios não são outros? Certamente que sim, entretanto para a sobrevivência desses textos é vital que a sua interpretação seja feita de forma aberta, assimilando as mudanças sociais e, acima de tudo, respeitando sua complexidade e sua visão plural das coisas.

Hesse, Häberle, Canotilho e porque não Lassale, quem por meio de seus estudos - dos fatores reais de poder e sua folha de papel - estimulou o desenvolvimento de pensamentos futuros de modo que cada um contribuiu para o aprimoramento do pensamento jurídico mundial.

A segurança jurídica não está ameaçada com a abertura interpretativa constitucional, assim como figura as palavras de Häberle. Entendemos como um processo de amadurecimento hermenêutico é necessário para o desenvolvimento de um Estado, e ademais, sob pena de engessarmos o texto constitucional, favorecendo para seu enfraquecimento e perda de credibilidade, se bloquear essa tendência. Interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública, por isso a importância do passado e futuro estarem presentes em qualquer Constituição do mundo.

Contra a insegurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal vale-se das súmulas vinculantes, instituto que contribui para evitar as discrepâncias nas decisões judiciais.

Existem, certamente, leis que não são aplicadas, mas não há lei sem aplicabilidade, e não há aplicabilidade da lei sem força, quer essa força seja direta ou não, física ou simbólica, exterior ou interior, brutal ou sutilmente discursiva ou **hermenêutica**, coercitiva ou regulamentadora (DERRIDA, 2007). (grifado)

Diante da leitura acima surge uma reflexão sobre a aplicabilidade da lei que reflete consequências nas idéias de Häberle. Enquanto a afirmativa de Derrida nos elucida que todas as leis são aplicáveis, por mais que existem leis não aplicadas, e que, dentre outros aspectos que não vem acaso neste estudo, a hermenêutica torna-a aplicável. Neste ponto encontramos a semelhança no estudo de Häberle, pois ao dizer que a hermenêutica constitucional traduzida abertamente, nasce o diálogo jurídico, favorecendo o respeito e a aplicabilidade constitucional.

A mudança de posicionamento do Supremo é refletida no cancelamento de súmulas e alteração de jurisprudência, mas se percebe que nas decisões a Corte atribui efeito *ex nunc*, exatamente visando preservar as decisões anteriores que não poderiam ser prejudicadas pela novel interpretativa.

Longas discussões até o julgamento do RE 165.438 que alterou posição firmada do Tribunal sobre a não aplicação do benefício da anistia aos militares promovidos por merecimento. Com posição diversa o Supremo deu ao dispositivo que trata da matéria (artigo 8º do ADCT) uma conotação mais ampla, bastando tão somente o decurso do tempo para a promoção de acordo com a legislação vigente.

Da mesma forma o fato se repetiu na decisão em que cancelou a súmula 394, que consolidava entendimento jurisprudencial no sentido de que a competência da Corte para julgar agentes públicos com prerrogativa de foro prevalecia, ainda que o inquérito ou a ação penal fossem iniciados após o agente ter deixado o cargo, ressalvando os atos já praticados e as decisões já proferidas.

A eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal tem sido de efeito prospectivo, justamente em respeito à segurança jurídica e ao direito adquirido. No Conflito de Competência 7204, fixou o seguinte entendimento:

Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno texto.

Outro exemplo dessa técnica de efeito das decisões foi tomado na discussão que resultou na declaração de inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime inserta na lei dos crimes hediondos, HC nº 82.959. Houve aqui uma mudança de entendimento da Suprema Corte.

Em 2007 foi debatida a questão da manutenção dos cargos conquistados pelos partidos políticos nas eleições de seus candidatos, ou seja, deputados e senadores. Até então não se falava sobre fidelidade partidária, a mudança na leitura do Supremo ensejou este

entendimento. Antes a filiação era tida como somente uma condição de elegibilidade, agora a corte reviu esse entendimento, e com base em uma nova interpretação dos princípios da democracia partidária, enaltecendo o valor da eleição proporcional e que o mandato pertence ao partido político, rompeu com anterior entendimento. Naquela ocasião o Tribunal entendeu que o efeito da decisão deveria ser da data do resultado da consulta feita no Tribunal Superior Eleitoral, tudo em razão da segurança jurídica.

Portanto a interpretação aberta da Constituição não torna temerária a força do princípio da segurança jurídica. Decisões contraditórias isoladas, não abalam este instituto; alterar a interpretação constitucional não enseja tal preocupação, pois não se fala de mutação abrupta, mas sim de uma gradual, madura e responsável virada na hermenêutica constitucional.

Diante do estudado, conclui-se que é fato a presença dos pensamentos e teses de Peter Häberle nas decisões do Tribunal Constitucional brasileiro.

Suas posições são altamente eficazes, pois é certo que há um distanciamento do Direito e a sociedade, e demais, isso se destaca com relevância nos Estados onde a democracia ainda é jovem, a exemplo do Brasil. Percebe-se que a população tem se sentido mais interessadas às decisões do STF, o apoio da mídia televisiva (TV e rádio Justiça) com transmissões de julgamentos facilita o acesso a essa informação. As audiências públicas, altamente proveitosas para a formação da opinião da Corte, a participação direta de técnicos, profissionais específicos e interessados nas decisões de maior relevância para o país. Isso acalenta as discussões, leva o debate às universidades, em suma, é a verdadeira democratização do acesso ao Judiciário, trata-se de exercício de cidadania.

Tais ações promovidas pelo STF dão à Constituição Federal nova roupagem, indubitavelmente inova-se na maneira de interpretá-la; e o mais interessante, a contribuição parte daqueles para quem são direcionadas das decisões. A influência desta Constituição Social, proposta por Häberle, não pára no Poder Judiciário. Legislações instrumentalizam a materialização desses novos mecanismos de interação, responsáveis por aproximar o diálogo jurídico com o povo.

Assim, para que o Tribunal Constitucional não se converta em uma instância autoritária de poder, há que se fomentar a idéia da sociedade aberta dos interpretes da Constituição.

Importante anotar o pensamento de Harbele (1997, p. 14/15):

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta, ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição. (...) Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação. Se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática.

Como destinatários e autores do seu próprio Direito, os cidadãos devem poder participar e ter voz ativa nos processos de interpretação constitucional (a cidadania procedimentalmente ativa, como pretende Harbele), não podendo ser ignorados pelos operadores oficiais. Assim, embora à Corte Constitucional se cometa a palavra final sobre a interpretação da Constituição, suas decisões devem ser amplamente fundamentadas e expostas ao debate público, pois a crítica advinda da esfera pública (juristas, operadores do direito, políticos, jornalistas, profissionais liberais em geral) possui um potencial racionalizador e legitimador. A legitimação da expansão da jurisdição constitucional, através das ações coletivas será permitida através de um permanente diálogo com a opinião pública e, sobretudo, com a comunidade jurídica, segundo a nova hermenêutica harbeliana.

CONCLUSÃO

Com a queda do positivismo jurídico e o apogeu do neopositivismo, corrente filosófica a qual se assenta o neoconstitucionalismo, surgiram fenômenos diferentes ligados a uma nova interpretação do Direito, por exemplo: reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do direito; rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos mais abertos de raciocínio jurídico; constitucionalização do direito, com irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; reaproximação do direito com a moral; judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

O surgimento de tais fatores, reflexos da interpretação neoconstitucionalista permite apontar que a finalidade maior consiste na concretização dos valores constitucionais, servindo as ações coletivas como instrumentos para tal.

Ora, as ações coletivas assumem um caráter funcional, portando-se como instrumentos da concretização dos valores constitucionais. Os direitos coletivos não podem ser protegidos através de ações individuais, razão pela qual as ações coletivas acabam por gerar uma expansão da jurisdição constitucional.

Não se pode negar que o atual protagonismo do Poder Judiciário para concretizar valores, tem gerado zonas de tensão com os demais poderes, havendo inúmeras críticas, dentre elas a falta de sustentação constitucional, na feição contra-majoritária e antipopular, que se revelaria pela falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário neste tipo de atuação, e pela inexistência de valores constitucionais substantivos a serem promovidos ou interpretados.

Nesse sentido, importa salientar o pensamento de Dworkin em que o sistema de direito é constituído por padrões normativos que podem assumir a feição de regras, princípios e

políticas, que não podem mais ser consideradas como um campo isolado de atuação exclusiva dos poderes Executivo e Legislativo, como se o Judiciário não desempenhasse uma função estatal importante para a concretude dos direitos fundamentais.

Conforme Dworkin, as soluções a questões jurídicas não estão fundadas propriamente em regras, pois os juristas recorrem a “padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente como princípios, políticas e outros tipos de padrões” (DWORKIN, 2007a, p. 36).

Assim, a *policy* seria “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral alguma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (DWORKIN, 2007a, p. 36), diferentemente dos princípios que possuem argumentações jurídicas que tendem a estabelecer um direito individual ou de grupo.

Com esta nova roupagem dada por Dworkin às *policies*, o Poder Judiciário assume um papel de igualdade e independência com os demais poderes, sendo também responsável direto pela concretização dos direitos elencados nos textos constitucionais dos Estados contemporâneos.

Ademais, o estudo referente à releitura da teoria da separação de poderes contribuiu muito para o que se pretende defender. Foi revelado que esta teoria se originou numa visão maior de proteção aos direitos fundamentais, sendo imperioso o seu reconhecimento como instrumento de efetivação dos direitos, por ser um dos mecanismos de defesa da sociedade contra o arbítrio estatal. Assim, imprescindível concluir que a interferência do Poder Judiciário sobre as funções desempenhadas pelos demais poderes, para garantir a efetivação dos direitos fundamentais, não pode ser considerada uma violação à teoria da separação de poderes.

Também o argumento da falta de legitimidade democrática da jurisdição constitucional não pode ser aceito, pois, atualmente, a Constituição serve como instrumento de proteção jurídica contra decisões arbitrárias tomadas pela maioria em desfavor da minoria, sendo o Poder Judiciário autorizado pela Constituição a dirimir possíveis conflitos que possam advir desta situação.

Desta forma, o Judiciário possui legitimidade democrática para intervir no processo democrático, desde que respeitados alguns limites, o que é vital para a sobrevivência do sistema harmônico de especialização das funções públicas, evitando em consequência o governo dos juízes.

No Estado liberal, existia a prevalência do império da lei e, conseqüentemente, com a centralidade do Poder Legislativo, as atividades estatais se limitavam a concretizar as liberdades clássicas almejadas pela sociedade da época. Essas atividades eram caracterizadas mais pela omissão estatal do que pela ação, sendo reservado ao Poder Judiciário um papel de mero reprodutor inanimado das regras fechadas ditadas pelo Poder Legislativo, motivo pelo qual se caracterizou esta perspectiva como formalista.

No paradigma social, o Estado foi convocado a participar mais ativamente na promoção dos direitos sociais dos cidadãos, sendo conferida ao Poder Executivo esta importante missão promocional, razão pela qual esse poder adquiriu superior *status* na dinâmica da relação entre os poderes estatais.

Neste novo modelo, o perfil estatal ficou caracterizado por ações promocionais, desenvolvidas através de políticas públicas. Diante dos novos desafios, criou-se uma idéia de desvinculação da “justiça” e do “direito”, vez que o Legislativo, através das leis, não supria mais os anseios da sociedade, sendo conferida ao Poder Judiciário uma maior liberdade de ação, no intuito de se concretizar os direitos fundamentais.

Surgem, então, os princípios gerais do direito e novos instrumentos interpretativos que permitem ao juiz analisar a situação posta de forma a descobrir o direito para aquela exata ocorrência. Entretanto, neste marco constitucional, a decisão ainda continua sendo conferida pela cabeça de alguns poucos, ficando o povo alijado do processo de escolha.

A sociedade permanece sendo vista simplesmente como beneficiária das decisões políticas e jurídicas de seres iluminados que ditam as normas e as escolhas para a vida do povo, que permanece subordinado.

A visão do Judiciário como uma instituição capaz de prover sozinho as necessidades do povo através de um processo de racionalização independente, permite a distinção deste período como uma perspectiva substancialista da atuação judicial.

Na medida em que a sociedade foi evoluindo, as relações sociais se tornaram cada vez mais plurais e complexas, havendo necessidade de se garantir uma maior participação dos cidadãos no processo de formação das decisões institucionais, até mesmo por que as promessas do Estado social não se efetivaram para toda a sociedade.

O Estado democrático de direito surge, portanto, com a missão de incrementar participação e racionalidade ao complexo processo decisório da formação do consenso social, especialmente no tocante à implementação de meios legítimos voltados à concretização constitucional, sendo reservada ao Poder Judiciário uma centralidade na condução deste processo.

Entretanto, o protagonismo do Poder Judiciário no desempenhar destas funções judiciais requer, neste novo paradigma, um respeito à participação democrática da sociedade, primando pela proteção dos direitos fundamentais e pela garantia de liberdade e de igualdade da participação dos cidadãos no processo de formação das decisões sociais.

A jurisdição constitucional deve estar assim realmente preocupada em ocupar o seu real papel no paradigma do Estado democrático de direito, sempre voltada para a legitimidade de suas decisões, que não permitem o abandono do princípio da soberania popular, extraída através de ações dialogadas.

No paradigma constitucional do Estado democrático de direito, o controle judicial das atividades realizadas pelos demais poderes é, assim, um controle procedimental, que não desconhece as suas limitações fáticas, mas aposta na formação da vontade popular através de canais comunicativos abertos como a solução para a complexidade dos problemas enfrentados pela sociedade contemporânea.

Diante de tal constatação, a nota característica da atividade judicial neste paradigma é a garantia do respeito às regras de participação democrática de cada cidadão na formação das

decisões coletiva, razão pela qual se identificou este momento constitucional sob uma perspectiva procedimentalista.

Assim, a concretização constitucional, a partir de direitos e princípios definidos na Constituição brasileira de 1988, demanda um ato de vontade política, o qual pressupõe um amplo debate constitucional e a consideração dos interesses de todos os cidadãos envolvidos. Neste sentido, é muito importante a teoria da ação comunicativa de Habermas, uma vez que a concretização dos valores constitucionais deve partir da própria sociedade, em um espaço público o qual, no caso brasileiro, pode ser traduzido nos conselhos deliberativos, tais como os conselhos municipais e estaduais da saúde e da educação.

Pode-se afirmar que a democracia representativa encontra-se em crise. Então, na atualidade vale defender a combinação dos sistemas de democracia representativa e participativa, com uma ampliação do debate acerca da legitimidade da expansão da jurisdição constitucional, no que tange a concretização constitucional.

O déficit democrático (da democracia representativa) pode ser compensado por uma atuação incisiva dos mecanismos de participação popular, com especial ênfase nos mecanismos de descentralização administrativa, como, por exemplo, os conselhos deliberativos no âmbito dos Estados e Municípios.

Se, por um lado, pode-se dizer que a democracia não pode ser mal utilizada ao ponto de negar direitos essenciais a um indivíduo ou a uma coletividade de pessoas, também não se pode negar, pelas idéias habermasianas, que a democracia é, ela própria, um direito vital da atual sociedade, possibilitando a sua assunção aos papéis de autora e de destinatária de suas próprias normas, construídas através de um processo discursivo.

Então, somente através da ação combinada dos sistemas de democracia participativa e representativa a questão da legitimidade do controle judicial (expansão da jurisdição constitucional) poderá ser resolvida, motivo pelo qual uma concepção procedimental de democracia se afigura como a mais adequada para estes casos.

O Poder Judiciário não pode ter a pretensão de realizar por si só a devida concretização constitucional, pois ele não substitui o legislador e o administrador. Entretanto,

também não pode se omitir diante de uma violação concreta a direito fundamental se escondendo atrás de argumentos furtivos a esse dever, sendo exatamente o que acontece na prática e que ficou relatado no desenvolvimento do trabalho.

Vale recordar que das 1080 *ações coletivas* perante a Subseção Judiciária de São Paulo. O Ministério Público Federal é autor de quase a metade delas. Os demais entes do poder público ajuízam poucas ações. Das 117 ações arquivadas com informações disponíveis, 111 foram extintas sem exame do mérito. Apenas 4 foram procedentes, sem destinar recursos ao FDD. Das 837 ações atualmente em trâmite na referida Subseção, apenas 23,29 % contêm pedido de destinação de recursos ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, dos quais 93,81% formulados pelo Ministério Público Federal. Nos processos em andamento, 62,80% das liminares e tutelas antecipadas pleiteadas foram parcial ou integralmente concedidas. Importante ressaltar que 33,65% das ações sentenciadas foram julgadas parcial ou integralmente procedentes. Sobre o trâmite das *ações coletivas*, constatou-se a demora de 1.458,29 dias (4 anos) para superarem a 1ª Instância. Relativamente ao julgamento das ações, apurou-se o tempo médio de 445,59 dias (1 ano e 3 meses) para prolação de sentença de mérito em 1º grau. Entre a distribuição ao Relator e o julgamento de recurso de apelação no Tribunal Regional Federal da 3ª Região 1.428,83 dias, em média (3 anos e 11 meses). Quase um quarto das ações coletivas em trâmite está aguardando julgamento de recurso de apelação no processo de conhecimento, pelo referido Tribunal. Tal lentidão se explica, de acordo com os juízes entrevistados, pela enorme quantidade de processos em trâmite e pela especial particularidade das *ações coletivas*, que tratam de temas complexos.

Assim, quando se fala em legitimar a expansão da jurisdição constitucional por meio das ações coletivas, a pretensão não é legitimá-la apenas no plano teórico, mas também no plano prático possibilitando além da legitimidade (protagonismo do judiciário) a efetividade das ações coletiva.

Em razão da pluralidade e complexidade da sociedade atual e pelos fundamentos teóricos apresentados, o Poder Judiciário pode e deve intervir em casos de omissão ou ineficiência na concretização constitucional por parte de outros poderes, que envolvam direitos fundamentais em sua dimensão individual, coletiva *stricto sensu* e difusa, devendo, no entanto, tomar as devidas precauções para que sua interferência possa garantir a eficácia destes direitos.

Para tal o Poder Judiciário deve possibilitar uma participação efetiva da sociedade nas suas decisões, principalmente aquelas que tendem a concretizar valores constitucionais, deve utilizar a idéia de Peter Harbele (Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição), que basicamente desenvolve uma interpretação constitucional fomentada não só pelos interpretes oficiais do direito, mas por aqueles que vivem um contexto regulado pela norma, seja cidadão comum, grupos representativos da sociedade, etc.

Teoricamente pode-se afirmar que na atualidade às ações coletivas se portam como importantes instrumentos para a concretização constitucional dentro da concepção neoconstitucionalista. No entanto em termos práticos, com base nos números levantados no desenvolvimento da pesquisa, as ações coletivas não possuem tal efetividade e tudo isso está ligado diretamente ao Poder Judiciário que na maior parte das vezes, ao invés de concretizar valores constitucionais se exime de tal dever por razões variáveis.

Nesse ínterim, o Poder Judiciário na atuação voltada a concretizar valores constitucionais, deve assegurar o devido procedimento de deliberação democrática, viabilizando a participação efetiva da sociedade em tais deliberações, legitimando a sua atuação e gerando efetividade as ações coletivas em termos práticos.

Desta forma, o Judiciário permite uma aproximação da aplicabilidade da lei ao cidadão, além de racionalizar as decisões judiciais, contribuindo para com a democratização do direito, diminuindo a vala que o distancia do povo.

No Estado democrático de direito, torna-se impreterível a participação da sociedade na formulação das políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais, cabendo ao Judiciário, prioritariamente, a função de resguardar os espaços de deliberação democrática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUADO, Juventino de Castro. *Os Tratados Internacionais e o Processo Jurídico Constitucional*, Revista de Direito Constitucional e Internacional, Editora Revistas dos Tribunais, ano 16, n. 65, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

_____. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte. Del Rey, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zylida Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

AMARAL, Roberto. *A democracia representativa está morta; viva a democracia participativa?*. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

ARISTÓTELES. *Política*. Trad. de Mário da Gama Kury. 3ª ed. - Brasília: Editora UNB, 1997.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 04, jul. 2001.

AZUMA, João Carlos. *Democracia participativa: uma dimensão interpretativa concretizadora*. *Revista de direito constitucional e internacional*, v. 68, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 394. Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 165.438-4/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 5.5.2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/perquisarJurisprudencia>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 140.616, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ 2.4.1993. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/perquisarJurisprudencia>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.289-4/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Julgado 3.4.2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/perquisarJurisprudencia>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CC nº 7204/MG, Rel. Min. Carlos Britto, julgado 29.6.2005. Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/perquisarJurisprudencia>.

BARCELLOS, Ana Paula de. *As relações da filosofia do direito com a experiência jurídica, uma visão dos séculos XVIII, XIX E XX, algumas questões atuais*. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio. (orgs.). *20 Anos da constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Constitucionalização de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista Diálogo Jurídico, vol. 15, jan.-mar. 2007.

_____. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional (os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo)*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Saraiva, 2008.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista de Direito Administrativo, nº 240, 2005.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade das Normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*, Editora Renovar, 3ª edição, 1996.

_____. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Revista Diálogo Jurídico, n. 16, mai-ago, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. *A constituição dirigente de 1988*. Jornal Unesp – ano XXII – n. 238, 2008

- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização* – 2ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política – a filosofia políticas e as lições dos clássicos*. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Ed. Campus, 2000.
- _____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Editora Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, 6.ed. [s.l]: Paz e terra, 1986
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.
- _____. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7ª ed., 2ª tiragem - São Paulo: Editora Malheiros, 2004.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo) constitucionalismo: um análisis matateórico*. Traduzido por Miguel Carbonell. Isonomia, n.16, 2002.
- COSTA, Nelson Nery. *Ciência política*. Rio de Janeiro: Forense, 2006
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- _____. *Estado de direito*. Cadernos Democráticos, Coleção Fundação Mários Soares. Lisboa: Edição Gradiva, 1999.
- _____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra editora, 1994.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Gryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo: elementos para uma definición*. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio (orgs.). *20 Anos da onstituição brasileira*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte, v. 3, 2000.

_____. *Racionalização do ordenamento jurídico e democracia*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, v. 88, 2003.

_____. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: CATTONI, Marcelo. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CASTRO, Carlos Roberto. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição constitucional: poder constituinte permanente?* In: SAMPAIO, José Adércio Leite, CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza (orgs.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

COELHO, Inocêncio Martins, *Konrad Hesse/ Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder*, Revista de Informação Legislativa, ano 35, n. 138, 1998.

COELHO, Luis Fernando. *Uma teoria crítica do direito: estudos em homenagem a Luis Legaz Lacamba*. Curitiba: Bonijuris, 1993.

COURA, Alexandre de Castro. *Por uma jurisdição constitucionalmente adequada ao paradigma do estado democrático de direito: reflexões acerca da legitimidade das decisões judiciais e da efetivação dos direitos e garantias fundamentais*. In: SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de; TEIXEIRA, Bruno Costa; MIGUEL, Paula Castello (orgs.). *Uma homenagem aos 20 anos da Constituição Brasileira*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 311-329.

DAHL, Robert A. *On democracy*. New Haven & London: Yale University, 1998.

DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discrecionariade em políticas públicas*. Curitiba: Juruá, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3 ed. rev. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

_____. *Elementos de teoria Geraldo Estado*. 19ª ed. atual. – São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Tradução de António José Brandão. 5. ed. atual. Coimbra: Armênio Armado. Editor, sucessor, 1979

DERRIDA, Jacques. *A força da Lei*. Tradução de Leyla Perrone Moisés, Editora Martins Fontes, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. vol. 4 – Salvador: Editora JusPodvm, 2009.

DI GIORGI, Beatriz, CAMPILONGO, Celso Fernandes, PIOVESAN, Flávia. *Direito, cidadania e justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria sociologia e filosofia jurídicas*. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007a.

_____. *O império do Direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

_____. *Virtud soberana: La teoria y la práctica de la igualdad*. Traducción de Fernando Aguiar y de María Julia Bertolomeu. Barcelona: Paidós, 2003.

EMERIQUE, Lilian Balmant. *Neoconstitucionalismo e interpretação constitucional*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLVIII – n. 1 e 2. Coimbra Editora, 2007.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitucion como norma y el Tribunal Constitucional*. Navarra: Thomson, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica constitucional e pluralismo*. In; SAMPAIO, José Adércio Leite, CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza. (orgs.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GARCIA, Emerson. *Direito judicial e teoria da constituição*. In: NOVELINO, Marcelo. *Leituras complementares de direito constitucional – controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. 2 ed. rev. e atual., Editora Podivm, 2008.

_____. *Jurisdição constitucional e legitimidade democrática tensão dialética no controle de constitucionalidade*. NOVELINO, Marcelo. *Leituras complementares de direito*

constitucional – controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. 2 ed. rev. e atual., Editora Podivm, 2008.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GILISSEN, John. *Introdução histórica do direito*. Tradução de António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GOUGH, J. W. A separação de poderes e soberania. In: QUIRINO, Célia Galvão; SOUZA, Maria Teresa Sadek R. de. *Pensamento político clássico: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu e Rousseau* – São Paulo: T. A. Queiroz, 1992.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Ação popular: aspectos polêmicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOZZI, Gustavo. *Estado contemporâneo*. In: BOBBI, ET. AL. *Dicionário de Política*. Vol. 1. Brasília: UNB, 2004, p. 401-409.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed., rev. e ampl. São Paulo, 2005.

_____. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 5ª ed., rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o contempt of court. *Revista de processo*. vol. 102 - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *O Novo Processo do Consumidor*. In *O processo em evolução*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GRINOVER, Ada Pelegrini, WATANABE, Kasuo, MULLENIX, Linda, *Os processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law, uma análise de direito comparado*, Editora Revista do Tribunais, São Paulo, 2008;

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade* – vol. I, 2. ed. – Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade* – vol. I, 2. ed. – Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

_____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, Traduzido por Hector Fix-Fierro. México: Universidad Autónoma del México, 2003

_____. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor: 2002.

_____. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação Pluralista e “Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2 ed. Almedina, 2008.

_____. *Panorana histórico da cultura jurídica europeia*. Mira-Sintra: Fórum da História, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. Rosina D’Angina. São Paulo: Ícone, 2000.

HORN, Norbert. *Introdução à ciência do direito e a filosofia jurídica*. Tradução da 2ª. Edição alemã por Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Tradução de Waltensir Dutra, 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, [s.d].

KAUFMAM, Arthur e HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e a teoria do direito contemporâneo*. Tradução de Marcos Keel e de Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KAUFMAM, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LAFER, Celso. *Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

_____. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Schwarcz, 1991.

_____. *A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt*. Estudos Avançados 11 (30), 1997. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/filosofia/arendt/lafer_arendt_reconstrucao_dh.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2009.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

LEAL, Rogério Gesta. *Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão de políticas públicas no Estado democrático de direito: uma perspectiva habermasiana*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 66, 2009.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LINS, Ana Cristina Bandeira. Ações coletivas: análise crítica. Disponível em: www.sbdp.org.br/arquivos/revista/acoes-coletivas.pdf. Acesso em 22 abril de 2010.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. 4ª ed. – Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2006.

MAIA, Antônio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. 20 anos da Constituição Brasileira*. In: Eduardo Ribeiro Moreira, Márcio Pugliesi. (orgs.). São Paulo: Saraiva: 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis. *Ação civil pública - Lei 7.347/1985 - 15 anos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.

MARSHALL, Thomas Humprey. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

_____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural e outros interesses*. 18. ed. rev. Ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*. 2ª ed. rev., ampl., e atual. – São Paulo: Saraiva, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Incêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra Editora, 1995.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Manual de direito constitucional*. Tomo I. 6ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

_____. *Manual de direito constitucional*. Tomo III. 5ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

_____. *Manual de direito constitucional*. Tomo VI. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU, Charles Louis Scondant, Baron de. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco – São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação*. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio. *20 anos da constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Do positivismo ao neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio. *20 anos da constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 2. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MOREIRA, Vital. *O futuro da constituição. Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* São Paulo: Max Limonad, 1998.

NEVES, Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 2ª ed. – Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

_____. *Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, v. 88, 2003.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). *Direitos fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PUGLIESI, Márcio. Hermenêutica constitucional. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio. *20 Anos da constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROCHA, Ana Flávia. *A defesa dos Direitos Socioambientais no Judiciário*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003. Capítulo 7, “A Demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol”.

ROCHA, Luiz Alberto. *Novo perfil do Poder Judiciário brasileiro*. Revista de direito constitucional e internacional, vol. 67, 2009.

SABADELL, Ana Lucia. *O conceito ampliado da segurança pública e a segurança das mulheres no debate alemão*. In: LEAL, César Barros; Peidade, 2002.

SANCHIS, Luís Prieto. Constitucionalismo e garantismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio. *20 anos da constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). *Direitos fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. Uma abordagem hermenêutica acerca do triângulo dialético de Canotilho ou de como ainda é válida a tese da Constituição dirigente (adequada a países de modernidade tardia). In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). *Direitos fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Os juizados especiais criminais à luz da jurisdição constitucional. A filtragem hermenêutica a partir da técnica da nulidade parcial sem redução de texto.* Revista da EMERJ, v.6, n.24. Rio de Janeiro: EMERJ, 2003.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da Constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia.* Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, vol. 2, out. 2002.

TAVARES, André Ramos. *A superação da doutrina tripartite dos “poderes” do Estado.* Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, v. 29, out./dez. 1999.

_____. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

_____. *Teoria da justiça constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Tribunal e jurisdição constitucional.* São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

_____. In: NOVELINO, Marcelo.(org.). *Leituras complementares* Abertura epistemológica do direito constitucional. *de direito constitucional – controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional.* 2 ed. ver. e atual., Editora Podivm, 2008.

_____. *Concretização constitucional.* In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio. *20 anos da constituição brasileira.* São Paulo: Saraiva, 2009.

VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: respondendo a distinção entre regras, princípios e valores.* São Paulo: Saraiva, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil.* 8. Ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2008

ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro.* Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2007.

