

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
JOAMAR GOMES VIEIRA NUNES

**ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO INTEGRAL NO ESTATUTO DA
CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Uberlândia

2012

JOAMAR GOMES VIEIRA NUNES

**ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO INTEGRAL NO ESTATUTO DA
CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Área de concentração: Direitos e Garantias Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges.

Uberlândia

2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
Joamar Gomes Vieira Nunes

**ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À
PROTEÇÃO INTEGRAL NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Esta dissertação foi julgada adequada à obtenção do grau de Mestre em Direito Público e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Curso de Mestrado em Direito Público da Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia – CMDIP/FADIR/UFU.

Uberlândia, _____ de fevereiro de 2012.

Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges
Orientador
Universidade Federal de Uberlândia – UFU

Prof. Dr. _____

Prof. Dr. _____
Universidade Federal de Uberlândia – UFU

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Alexandre Walmott Borges, que demonstrou paciência e sabedoria em aceitar o desafio de ser o meu orientador nesta pesquisa, auxiliando-me a desvelar o fenômeno do “ativismo judicial”, fazendo-me crescer não apenas como operador da seara jurídica, mas também, e principalmente, como ser humano.

Aos meus alunos e professores que demonstram, em todos os momentos de convivência, as sábias palavras de Cora Coralina: “Feliz aquele que transfere o que sabe e aprende o que ensina.”

Aos serventuários da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Patos de Minas, nas pessoas de Elenice Lucena Teles e Uriel Augusto Guimarães Santos pela dedicação, empenho e trabalho árduo, sem os quais esta dissertação não se concretizaria.

DEDICATÓRIA

Primeiramente ao Deus do impossível, que sempre me guiou pelas veredas da justiça, fazendo-me encontrar forças quando eu mesmo não mais acreditava possuir, demonstrando, em todos os momentos de minha existência, que o impossível somente existe para aqueles que não crêem.

Aos meus filhos Gabriel, João Paulo e Eduarda Valentina, bem como à minha companheira de travessia, Aylla Cimetta, que vivem os meus sonhos e estão ao meu lado nos momentos firmes ou trêmulos: perdão pelas ausências... por nunca ter o tempo necessário para retribuir o afeto de vocês. .

“Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve o ator atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é um verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: da vida ao papel.”

(Max Gmur)

*“Sentir primeiro, pensar depois
Perdoar primeiro, julgar depois
Amar primeiro, educar depois
Esquecer primeiro, aprender depois
Libertar primeiro, ensinar depois
Alimentar primeiro, cantar depois
Possuir primeiro, contemplar depois
Agir primeiro, cobrar depois
Navegar primeiro, aportar depois
Viver primeiro, morrer depois”*

(Mário Quintana)

RESUMO

A questão atinente à efetivação dos direitos fundamentais sociais salta aos olhos do jurista moderno como uma das mais importantes para a perfeita efetivação do Estado Social e Democrático de Direito. Se antes os direitos sociais surgiram como uma forma de amenizar uma pretensa tensão entre classes, hoje os mesmos se revestem como característica basilar e fundamental para a manutenção das mínimas condições de existência do ser humano, em especial no que concerne à questão de sua dignidade. Todavia, os Direitos Fundamentais Sociais encontram grandes dificuldades quanto a sua efetivação. Nesse sentido, este trabalho abordará a possibilidade da atuação do Poder Judiciário na aplicação dos Direitos Fundamental Social da Proteção Integral da Criança e do Adolescente nos casos de retração dos Poderes Legislativo e/ou Executivo. Abordar-se-á, também, os problemas acerca da legitimidade dessa atuação e os limites em relação à reserva do possível e do mínimo de existência. A questão é saber de que maneira a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais poderá ser alcançada. Qual é o papel do Poder Judiciário nesse ponto? Qual é a importância da participação popular nesse sentido? Quais as conseqüências e críticas que advém desta atuação? Em suma, pretende-se identificar e/ou estimular uma participação democrática da sociedade civil, em relação às decisões que versem sobre a concretização destes direitos meta-individuais.

Palavras-chave: Judicialização e Ativismo Judicial. Direitos fundamentais da criança e do adolescente. Efetivação..

ABSTRACT

The question regards the enforcement of fundamental social leaps out of the modern lawyer as one of the most important to the perfect realization of the social and democratic state of law. If before social rights emerged as a way to ease an alleged tension between classes, even if he is now the characteristic basic and fundamental to the maintenance of minimum conditions of human existence, especially regarding the question of dignity. However, the Fundamental Social Rights are great difficulties in its execution. In this sense, this paper will discuss the possibility of judicial power in the application of the Fundamental Social Rights of Integral Protection of Children and Adolescents in cases of retraction of the Legislative and / or Executive. It will address also the problems concerning the legitimacy of this action and the limits in relation to the reserve as possible and the minimum existence. The question is how the effectiveness of the Fundamental Social Rights can be achieved. What is the role of the judiciary at this point? What is the importance of popular participation in that sense? What are the consequences and criticism that comes from this action? In short, we intend to identify and/or encourage democratic participation of civil society in relation to decisions that deal with the implementation of these meta-individual rights..

Keywords: Legalization and Activism Judiciary. Fundamental rights of children and adolescents. Effective.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. SISTEMA CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
1.1. A Doutrina da Separação dos Poderes	14
1.2. O Fenômeno Neoconstitucional	25
1.2.1. Historicidade	25
1.2.2. Abordagem conceitual	29
1.2.3. Ponderação, razoabilidade e proporcionalidade	38
1.3. A Nova Hermenêutica Constitucional	41
1.4. Significado de Direitos Fundamentais	46
1.5. Origem e Desenvolvimento dos Direitos Sociais	53
1.6. Dignidade da Pessoa Humana: base normativa dos direitos fundamentais	60
1.7. Conceituação de “Dignidade da Pessoa Humana”	66
1.8. A Dignidade da Pessoa Humana na Carta Republicana de 1988	68
1.9. Direitos Sociais	70
1.9.1. Origem e Desenvolvimento dos Direitos Sociais	72
1.9.2. As Controvérsias Existentes acerca da Fundamentalidade dos Direitos Sociais na Carta Política de 1988	78
1.10. A Eficácia das Normas de Direitos Fundamentais Sociais na Carta de 1988	84
2. DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	90
2.1. Evolução Social no Tratamento de Crianças e Adolescentes	91
2.2. Evolução dos Direitos Conferidos às Crianças e aos Adolescentes	94
2.2.1. Panorama Mundial	94

2.2.2. A Evolução no Brasil	96
2.3. A Doutrina da Proteção Integral e seu Caráter de Direito Fundamental Social	102
2.3.1. Desenvolvimento no Brasil	102
2.3.2. Proteção integral como Direito Fundamental Social	105
3. ATIVISMO JUDICIAL E SUA RELEVÂNCIA NA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	108
3.1. Judicialização e Análise Histórica do Ativismo Judicial	108
3.2. Judicialização e Ativismo Judicial na Vida Institucional Brasileira	115
3.3. Efetividade Constitucional	118
3.4. Reserva do Financeiramente Possível e sua Aplicabilidade na Efetivação dos Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente	122
CONSIDERAÇÕES FINAIS	125
REFERÊNCIAS	129

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Carta Cidadã de 1988, a democracia na sociedade brasileira, após anos a fio encarcerada, literalmente, nos porões *frios e inacessíveis* de uma ditadura militar, passa a conhecer e a trilhar novos rumos. A representatividade popular começa a alçar novos vôos, tendo cada vez mais força na modificação de situações que não representam os seus ideais. Ou, pelo menos, assim era para ser. A Constituição Republicana de 1988 realmente traz em seu bojo uma incorporação de direitos fundamentais que visam, acima de tudo, a proteção do cidadão comum. Entretanto, a efetivação desses direitos ainda carece de um trabalho longo e árduo e, na grande maioria das vezes, falha e se perde em uma máquina estatal constricta e burocrática. É neste cenário que entra o Poder Judiciário que, a cada dia que passa, através de uma atuação cada vez mais próxima dos anseios sociais, busca corrigir referidas falhas, almejando a aplicação concreta dos direitos delineados na Lei Maior deste país. Neste sentido, o papel do Judiciário na efetivação do direito fundamental da proteção integral da criança e do adolescente deve ser investigado e pesquisado de maneira pormenorizada, de forma a demonstrar a importância da atividade jurisdicional em tão necessária demanda.

A temática proposta no projeto de pesquisa em voga mostra-se relevante a partir da concepção de que a efetiva fruição dos direitos fundamentais pelos cidadãos é mais importante do que a sua simples previsão formal no texto constitucional. A nosso sentir, os direitos fundamentais, até mesmo por força do art. 5º, § 1º da CF/88 têm aplicação imediata, não parecendo correta a interpretação, de alguns, de que tal direito fundamental possui eficácia meramente programática.

Os direitos sociais, classificados como direitos fundamentais de segunda dimensão, ostentam natureza predominantemente positiva, o que significa dizer que a sua efetivação está condicionada à uma atuação do Poder Público. Diferentemente dos direitos fundamentais de primeira dimensão – direitos de defesa, negativos –, o Estado deve efetivamente agir para concretizar os direitos sociais a prestações.

Exsurge, pois, a inexorável relação dos direitos sociais com a promoção da justiça social, porquanto a gênese dos direitos em referência resume-se no alcance da igualdade material.

A efetivação dos direitos sociais prestacionais assume especial destaque, haja vista que as liberdades fundamentais apenas poderão ser completamente fruídas pelos cidadãos na medida em que as prestações materiais mínimas lhes forem asseguradas, a fim de que possam viver dignamente.

Insta consignar, por oportuno, que o fundamento constitucional dos direitos sociais se reporta aos fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, respectivamente previstos nos artigos 1º e 3º, da Constituição Federal. A dignidade da pessoa humana, a cidadania, a

construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza, a garantia de desenvolvimento nacional, a promoção do bem de todos e a redução das desigualdades sociais e regionais consistem na própria essência dos direitos fundamentais sociais.

Por essa razão, o que se pretende trazer a debate é a possibilidade de a promoção dos direitos sociais prestacionais, mormente o da proteção integral da criança e do adolescente, ser exercida pelo Poder Judiciário mediante a imposição aos demais poderes públicos de prover prestações materiais. Em suma, o que se pretende examinar é em que medida os direitos sociais de caráter positivo – cuja efetivação se dá por meio de prestações – são passíveis de serem exigidos pela via jurisdicional, como autênticos direitos subjetivos a prestações.

Importa esclarecer que serão considerados nessa investigação os direitos sociais na sua dimensão originária, isto é, os direitos sociais prestacionais extraídos diretamente do texto constitucional, livre de qualquer intermediação legislativa.

Entretanto, emerge nessa perspectiva o questionamento concernente à legitimidade do órgão jurisdicional para intervir no âmbito de efetivação do direito fundamental da proteção integral da criança e do adolescente, que é um direito social prestacional, na medida em que a concretização desses direitos, a rigor, estaria atrelada à adoção de políticas públicas pelos Poderes Legislativo e Executivo.

O autor desse trabalho, Juiz da Infância e Juventude, identificou-se sensivelmente com o problema relativo à efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo os de natureza social prestacional e com vistas à efetivação da proteção integral da criança e do adolescente no Estado Brasileiro.

Sobreleva dizer, em termos gerais, que a realidade vislumbrada em nossa região, que, a propósito, se assemelha com a das demais regiões do território brasileiro, revela um cenário de manifesta insuficiência na promoção dos direitos sociais a prestações para a efetivação do princípio da proteção integral. Os Poderes Políticos, em certa medida, não conferem aos sobreditos direitos a necessária distinção que eles reclamam, olvidando-se que estão atrelados à própria condição humana.

O presente trabalho possui como finalidade primordial o debate do tema **ativismo judicial e a efetivação do direito fundamental da proteção integral da criança e do adolescente**. Almeja-se compreender, em seus substratos mais íntimos, o papel do Poder Judiciário, em plano geral, e do magistrado, em caracteres específicos, em suas buscas constantes pela defesa daqueles que são, em última instância, carentes da mais austera proteção. Neste íterim, o ativismo judicial, tema tão debatido após a promulgação da Carta Republicana de 1988, apresenta-se como o caminho a ser trilhado para que o direito fundamental da proteção integral da criança e do adolescente possa ser verdadeira e plenamente efetivado.

Outrossim, e com igual relevância, objetiva-se traçar fundamentos teóricos para que acadêmicos do direito, magistrados, promotores de justiça, advogados, administradores públicos e demais profissionais do meio jurídico possam estudar a temática proposta em consonância com o princípio do Estado Democrático Social de Direito, sempre norteados pelo “epicentro axiológico” do nosso sistema jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Tendo em vista o objetivo geral acima colacionado, buscar-se-á concatenar idéias que dizem respeito ao papel desempenhado pelo Poder Judiciário, na figura de seus membros, na efetivação de direitos que deveriam ser prestados pelo Poder Público, mas que, devido à ausência de estrutura necessária para tanto, acabam ficando relegados ao descaso, *obligando* o cidadão a recorrer ao Judiciário para a satisfação de suas necessidades mais prementes, empreendendo uma análise sobre a reserva do possível e cláusula de vedação de retrocesso social. Analisar-se-á, também, o desenvolvimento dos critérios de efetivação dos direitos fundamentais, desde suas manifestações iniciais incipientes, até os quadros observados nas doutrinas jurídicas dos dias atuais. No que diz respeito, especificamente, à proteção integral da criança e do adolescente, procurar-se-á demonstrar a importância da atuação do Poder Judiciário para que a sua efetivação transmute do mundo das idéias para o mundo concreto.

Verificar a legitimidade dos poderes públicos instituídos no âmbito da efetivação dos direitos sociais prestacionais, conferindo enfoque sobre a possibilidade da ingerência jurisdicional, sobretudo no que diz respeito à adoção de políticas públicas pelos poderes políticos (Legislativo e Executivo). Refletir acerca dos reflexos da atuação jurisdicional na efetivação dos direitos sociais prestacionais à luz do princípio da separação de poderes. Estabelecer parâmetros bem definidos para a ingerência do Poder Judiciário nesta seara, dentre eles, a possibilidade de universalização da tutela jurisdicional concedida e a realização de um diálogo institucional entre os poderes instituídos, assim como com a sociedade (por meio de audiências públicas, p. ex.). Examinar os prováveis efeitos decorrentes da adjudicação dos direitos sociais a prestações na esfera da administração pública. Demonstrar a importância de se efetivar os direitos fundamentais sociais a prestações, na medida em que se trata de uma condição para o pleno exercício dos direitos de liberdade, sem se olvidar, por intuitivo, de evidenciar o fundamento e vetor interpretativo dos direitos em tela, qual seja, a dignidade humana.

Não se pode olvidar de considerar na discussão proposta o caráter de norma jurídica outorgada às normas constitucionais, as quais abandonaram a faceta de normas políticas – mera carta de intenções – que as revestiu até as mudanças de paradigma sobrevindas após a segunda guerra mundial. É certo, pois, que as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, devendo, dessa forma, serem cumpridas.

A proposta ventilada no presente trabalho gira em torno das balizas teóricas acima delineadas, as quais se inclinam para o reconhecimento de direitos sociais prestacionais subjetivos,

admitindo, nessa perspectiva a participação do Poder Judiciário no âmbito de efetivação desses direitos, o que, diga-se de passagem, deve subsistir à luz de parâmetros bem definidos, a exemplo dos que foram supramencionados.

A realização da pesquisa, portanto, se funda na imprescindibilidade de se fixar parâmetros para a ingerência do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, a fim de que seja encontrado um ponto de equilíbrio na atuação dos poderes instituídos, evitando, dessa forma, a configuração de arbitrariedades, que são recorrentes no âmbito forense.

1. SISTEMA CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1. A Doutrina da Separação dos Poderes

Os cientistas políticos e jurisfilósofos, asseveram que a história da separação dos poderes é a história da evolução da limitação do poder político, objetivo fundamental da doutrina da separação dos poderes ¹.

A doutrina da separação dos poderes encontra fundamento na limitação do poder político de uma função estatal pela outra. Em sua doutrina, Dallari (2006) atribui a Aristóteles as raízes remotas de uma separação social calcada na Constituição mista.

De acordo com MALDONADO (2010, p. 1 e 2), o jurista português Nuno Piçarra (1989) esta doutrina remonta à Grécia e Roma antigas. O autor lusitano identifica as origens da idéia da separação dos poderes no conceito de constituição mista de Aristóteles em sua obra *Política*, segundo o qual:

(...) constituição mista, para Aristóteles, será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o exercício da soberania ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas. Contrapõem-se-lhe, portanto, as constituições puras em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político. (NUNO PIÇARRA, 1989, p. 31)

Para o jurista português Piçarra, o conceito aristotélico de constituição média ou governo médio que é basicamente um meio de assegurar ou manter, mas também fomentar por via institucional a classe média numa sociedade:

A constituição mista atende, antes de mais, às desigualdades e diversidades existentes na sociedade com o objectivo de as compor na orgânica constitucional, de tal maneira que nenhuma classe adquira a preponderância sobre a outra. Neste sentido, constituição mista não é mais do que um sistema ‘político-social pluralmente estruturado. (NUNO PIÇARRA, 1989, p. 32)

¹ A doutrina aponta uma imprecisão técnica ao termo *separação de poderes*, porquanto o poder estatal é uno e indivisível, “não havendo, pois, que se falar em quebra de unidade do poder do Estado” (RAMOS, 2009). Muito bem lembrado pelo Professor Dalmo Dallari, em sua obra *Teoria Geral do Estado*, que muitos autores acharam por bem definir a teoria de Montesquieu como divisão dos poderes, e não separação dos poderes como é intitulada. A temática de cunho terminológico reflete apenas na soberania do Estado, ou seja, em sua unicidade, haja vista o termo separação ser muito forte para uma função apenas distributiva de função. Tecnicamente, o termo correto seria “*separação do poder*” do Estado, que por ser uno, se exerce, não se detém, não se aliena, não se parte ou reparte. Este é o sentido que daremos a expressão “separação de poderes” utilizada nesta dissertação.

Segundo leitura de MALDONADO, Piçarra extrai do pensamento aristotélico a idéia de *equilíbrio ou balanceamento das classes sociais* que virá a ser associada à doutrina da separação de poderes, numa fase já adiantada de sua evolução, através da sua participação no exercício do poder político.

Doutrinariamente a evolução desta doutrina remonta-se ao inglês John Locke, tomando como parâmetro obviamente o Estado Inglês do Séc. XVII. Este identificava quatro funções e dois órgãos do poder, de praxe a função legislativa para o parlamento e a executiva para o rei. Entretanto, a função exercida pelo rei acumulava uma função federativa, a tratar de questões de segurança, como guerra e paz e de ligas e alianças. Uma outra função empregada ao rei era na definição de LOCKE, a qual dizia: "o poder de fazer o bem público sem subordinar a regras". Apesar disso, o próprio LOCKE admitia que pela imprecisão do termo 'bem público', dava margens a certas condutas absolutistas.

O pensamento de Locke influenciou as bases das democracias liberais, a ponto de, no século XVIII, os iluministas franceses terem buscado, em suas obras, as principais idéias responsáveis pela Revolução Francesa. Inclusive a teoria da separação dos três poderes de Montesquieu foi inspirada em Locke, que também influenciou significativamente os pensadores norte-americanos na elaboração da declaração de sua independência, em 1776.

Locke acreditava que os homens, ao se organizarem em sociedade, cediam ao Estado parte de sua igualdade e liberdade, a fim de manter a segurança. Na sociedade política, pelo contrato social, as leis aprovadas por mútuo consentimento de seus membros seriam aplicadas por juízes imparciais e manteriam a harmonia geral entre os homens, deveriam transferir à comunidade social, através do pacto, os direitos legislativo e executivo individuais. O soberano seria, assim, o agente executor da soberania do povo.

Para Locke, o mesmo homem que confiava o poder ao soberano era capaz de dizer quando se abusa do poder. A renúncia ao poder pessoal somente pode ser para melhor, e, por isso, o poder de governo e de legislatura constituída pelos homens no acordo social não pode ir além do requerido para as finalidades desejadas. Os pleitos deveriam ser resolvidos por juízes neutros e honestos, de acordo com as leis. E tudo isto não deveria estar dirigido a outro fim que não fosse o de conseguir a paz, a segurança e o bem do povo. Essas idéias estruturaram a base do moderno princípio da separação dos poderes, que começou, pois, por transportar uma idéia de moderação e de compromisso.

Em síntese, na doutrina de Locke tem-se o poder político do Estado originado numa convenção (contrato social), e não mais num fato natural (descendência ou representatividade divina do monarca). De igual sorte, desenvolve o autor a supremacia da lei e a separação dos poderes legislativo e executivo, evitando-se a arbitrariedade do feitor da lei também aplicá-la. Locke (1963) discorre ainda sobre os poderes federativo (decorrentes da soberania) e de prerrogativa.

Em Montesquieu (2005), também se defende a separação entre o legislador e o executor da lei, colocando a função de julgar num papel secundário, restrito ao ditame legal. Surge de forma mais evidente a separação consagrada pelo Estado liberal.

Montesquieu é o responsável pela inclusão expressa do poder de julgar dentre os poderes fundamentais do Estado, e, à esteira do que já havia sido preconizado por Locke, também aproxima sua formulação da concepção de *rule of law*. E, com a clareza d'água, revela ao mundo os contornos da aceção mais difundida da separação dos poderes:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares. (MONTESQUIEU, 2005)

É necessário registrar que, apesar de Montesquieu ter conferido ao poder de julgar o *status* de um dos poderes do Estado, inaugurando a tripartição dos poderes nos moldes mais conhecidos atualmente, é nítido o caráter secundário atribuído por ele a esse poder. Observe-se a passagem abaixo, onde o filósofo francês procura apresentar uma de suas justificativas para a existência da Câmara Alta (corpo legislativo formado por nobres, ao lado do corpo legislativo formado por representantes do povo):

Dos três poderes de que falamos, é o Poder de Julgar, de certo modo, nulo. Sobram dois. E, como estes têm necessidade de um poder regulador para temperá-los, a parte do corpo legislativo composta por nobres é muito apropriada para produzir esse efeito. (MONTESQUIEU, 2005)

Entretanto, é o temor dos americanos à tirania do legislativo (já presente em Locke e Montesquieu), manifestado nos artigos federalistas – na verdade, justificativa *ex post facto* da Constituição que ajudaram a elaborar – que inspirou Madison, Hamilton e Jay, em especial os primeiros, tendo em mira as lições de Montesquieu, a alinhavarem a construção de um modelo de separação dos poderes que mitigasse a supremacia do Poder Legislativo, conferindo maior equilíbrio à relação entre os poderes, objetivando, na realidade, o fortalecimento do Poder Executivo. Afastando-se, desta forma, do modelo europeu que outorgava ao Legislativo papel proeminente.

Hamilton ou Madison (1979) até reconheciam – como desgraça – que nos governos republicanos o Poder Legislativo predomina necessariamente. Em razão disso, é que serão propostos mecanismos para “equilibrar” – leia-se: deferir maiores poderes ao Executivo – estas forças, **balancear** o peso dos poderes, como os que já existiam, por exemplo, na Inglaterra, entre as Câmaras dos Lordes e dos Comuns. Nesse sentido, vale a pena a leitura de emblemática passagem do artigo federalista nº 51:

Mas a desgraça é que, como nos governos republicanos o Poder Legislativo há de necessariamente predominar, não é possível dar a cada um dos outros meios suficientes para a sua própria defesa. O único recurso consiste em dividir a legislatura em muitas frações e em desligá-las umas das outras, já pela diferente maneira de elegê-las, já pela diversidade dos seus princípios de ação, tanto quanto o permite a natureza das suas funções comuns e a dependência comum em que elas se acham da sociedade. Mas este mesmo meio ainda não basta para evitar todo o perigo das usurpações. Se o excesso da influência do corpo legislativo exige que ele seja assim dividido, a fraqueza do Poder Executivo, pela sua parte, pede que seja fortificado. O veto absoluto é, à primeira vista, a arma mais natural que pode dar-se ao Poder Executivo para que se defenda: mas o uso que ele pode fazer dela pode ser perigoso e mesmo insuficiente.

(...)

Para manter a separação dos poderes, que todos assentam ser essencial à manutenção da liberdade, é de toda necessidade que cada um deles tenha uma vontade própria; e, por conseqüência, que seja organizado de tal modo que aqueles que o exercitam tenham a menor influência possível na nomeação dos depositários dos outros poderes. (HAMILTON, et. al., 1979, pp. 130 e 131)

Nesse passo, cumpre destacar, a grande responsabilidade dos Estados Unidos por situar o Poder Judiciário *no mesmo nível político dos outros dois ramos do governo* (SILVEIRA, 1999), configurando sua moderna função no mundo. Foi através da célebre decisão de John Marshall, *Chief-Justice* da Suprema Corte norte-americana, no caso *Marbury versus Madison* (1803)², que inaugurou o poder da *judicial review* (revisão judicial)³, segundo o qual compete ao Poder Judiciário *dizer o que é lei*, considerada lei aquele ato legislativo em conformidade com a Constituição, *ato legislativo*

² Neste emblemático caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos, consignou seu poder de declarar a *inconstitucionalidade de leis* do Congresso Nacional, bem como a superioridade da sua interpretação da Constituição, preponderando sobre os Poderes Legislativo e Executivo. Outrossim, restou consagrada a superioridade das normas constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico.

³ Pela doutrina do Judicial Review, o Judiciário passa a controlar o abuso do poder dos outros ramos.

contrário à Constituição não é lei (BAKER, 1990). Assim, emerge do direito do direito estadunidense a noção de jurisdição constitucional^{4 5}, surgindo, neste caso, o nascedouro do sistema difuso^{6 7}.

Esta decisão é tão crucial para a caracterização das atribuições do Poder Judiciário e para o reconhecimento de sua vital importância no concerto das funções do Estado que atribui-se a ela a responsabilidade pela fundação da *doutrina americana da supremacia judicial*. (PRITCHETT, 1978)

Interessante notar, ainda, a importância do papel dos *Founding Fathers*, norte-americanos, no sentido de viabilizar a convolação de uma doutrina em princípio constitucional, de modo que, em 1787, os Estados Unidos da América positivaram em sua Constituição a divisão funcional dos poderes, conferindo, através de sua lei fundamental, o papel de cada um dos poderes – legislativo (art. 1º), executivo (art. 2º) e judiciário (art. 3º) – na conformação das funções político-constitucionais básicas.

Da mesma forma que a divisão de Montesquieu (2005), conforme ensina Alexandre de Moraes (2009), “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação de poderes estabelecida não tem constituição”, *tornando-se princípio fundamental da organização política liberal*, é transformada em *dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789.

Assim é que a formulação da doutrina da separação dos poderes, como técnica para a limitação do poder, é posta em prática nas Revoluções Liberais Burguesas dos séculos XVII e XVIII – Revolução Gloriosa, Inglaterra 1688/89, Independência Norte-Americana, 1776, e Revolução Francesa, 1789 – em resposta aos abusos e iniquidades resultantes, entre outros fatores, da concentração de poderes nas mãos do soberano, típica do Absolutismo da Idade Moderna. Vale lembrar que essa era marca o início do Estado de Direito, cujo primado encontra-se na racionalização do âmbito estatal e na limitação do poder do Estado.

⁴ No sistema estadunidense, a justiça constitucional é confiada ao conjunto do aparelho jurisdicional e não se distingue da justiça ordinária, na medida em que os litígios, de qualquer natureza, são julgados pelos mesmos tribunais e nas mesmas condições. A dimensão constitucional pode estar presente em todos os litígios e não necessita de tratamento especial: não há propriamente contencioso constitucional, assim como não existe contencioso administrativo ou judicial, não há, pois, nenhuma razão para distinguir as questões levadas perante o mesmo juiz.

⁵ A Jurisdição Constitucional vista historicamente e atualmente como um instrumento de defesa da Constituição, que sendo esta a Lei Fundamental e suprema de um dado ordenamento jurídico, consagrada dos valores mais caros de uma sociedade, deve conceber em seu bojo mecanismos que visem sua própria proteção em face de atos emanados dos Poderes Constituídos, ou seja, deve haver um órgão que defenda e atualize as idéias constantes na Lei Maior. A defesa da Constituição, atribuída com predominância no Brasil ao Poder Judiciário, não consiste apenas em aferir a validade das leis e dos atos normativos infraconstitucionais em face da Lei Maior, é muito mais. Deve-se buscar, no exercício da jurisdição constitucional a plena e total concretização das normas constitucionais, sobretudo as que veiculam direitos fundamentais.

⁶ É deste período a maior contribuição americana ao direito constitucional: o princípio da supremacia do Judiciário ou o poder jurisdicional de controle de constitucionalidade das leis. Coube a Marshall firmá-lo de maneira duradoura no famoso caso *Marbury vs Madison*, objeto de copiosa bibliografia

⁷ Assim, do empirismo britânico, da racionalização de Montesquieu e do pragmatismo norte-americano, exsurge o que, como já dissemos, será o principal elemento caracterizador do princípio da separação dos poderes no Direito Contemporâneo, o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

No Estado moderno, segundo Piçarra (1989, p. 247), "a teoria da separação dos poderes passou a identificar-se com uma teoria da diferenciação dogmática" das funções estatais, mais de acordo com os critérios jurídicos (Alemanha), em contraposição a um sentido político da doutrina (EUA - John Adams – 1775, e Hamilton, em O Federalista). Na Alemanha, a cada poder corresponderia exclusivamente uma função estatal materialmente definida (no que tange à função jurisdicional: conservar e tutelar o ordenamento jurídico mediante o "proferimento de decisões individuais e concretas, dedutíveis das normas gerais, declarando a conformidade ou a não conformidade dos factos com estas e determinando as eventuais consequências jurídicas").

Após essas análises, é possível abstrair da evolução da doutrina da separação de poderes que, após uma hegemonia do Executivo na pessoa do monarca absolutista, passou-se à supremacia do Parlamento ⁸. Atualmente, com a retração dos demais poderes, assume o judiciário uma posição mais em voga, o que faz com que muitos autores digam, em tom profético, que se estaria adentrando numa "era do judiciário".⁹

A visão clássica de Montesquieu não mais se aplica ao Estado Moderno. Segundo Bonavides (2009, p. 558) “o velho princípio rejuvenesceu por obra de intérpretes e aplicadores de um direito constitucional da liberdade.”

A seu turno, Dirley Cunha Júnior (2008) leciona que:

(...) não é coerente nem factível a manutenção de Poderes independentes e harmônicos dentro uma estrutura rígida de funções (...) A separação absoluta entre Poderes não é só impossível(...), mas também indesejada, de tal modo que longe de uma separação de Poderes, o que se tem, de veras, é uma verdadeira coordenação ou colaboração ou co-participação entre os Poderes (...). (CUNHA JR., 2008, pp. 338 e 339)

Consoante o entendimento que adotamos, Valle (2009) cita dois fatores que se projetam no sentido de superar um tratamento rígido e interpretativo equivocado, a respeito do balizamento teórico de pensadores políticos como Locke e Montesquieu sobre a separação dos poderes: as próprias crises do estado e da função legislativa e os novos formatos de controle de constitucionalidade. E ainda, na esteira de seus ensinamentos, acredita que são fatores que impulsionaram uma perspectiva institucional mais flexível por parte da teoria constitucional.

⁸ Na Inglaterra essa alteração é nítida na mudança político-institucional que se evidencia pela substituição do caráter de solicitação da "Petition of rights" (1628) pelo declarativo da "Bill of rights" (1689).

⁹ Há posições, também, no sentido de um retorno à Constituição Mista, ocupando o judiciário a posição da aristocracia.

Destarte, conforme ensina Valle (2009) a teoria política constitucional contemporânea trata da divisão de poderes, preocupando-se com os seguintes pontos estratégicos: a questão de conter os poderes da maioria, a limitação do poder político; e a crise da função legislativa.

Nesse diapasão, leciona Mendes (2010) que em um contexto de modernização, o princípio da separação dos poderes “dogma da sabedoria política”, teve de flexibilizar-se diante da necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação emanada do poder executivo, como as medidas provisórias, bem como, para a legislação judicial, sobretudo das cortes constitucionais.

Como também, no neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio em tela, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cedeu espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais.

De tal modo, quando os poderes Legislativo e Executivo no exercício de suas funções típicas não obedecem aos comandos constitucionais, ao qual toda a atuação estatal esta condicionada, e o Poder Judiciário é chamado para intervir, para restabelecer os atos em desconformidade com os valores constitucionais, este último não esta atuando em desconformidade com sua função típica. Neste contexto, a atuação ampliada do poder judiciário deve ser compreendida como uma acepção regular e natural da missão de assegurar a efetividade dos valores constitucionais.

Neste ensejo, o Ministro Mendes (2010) afirma que qualquer crítica a essa legislação judicial, considerando-a ilegítima porque os juízes não possuem mandato legislativo, será tão démodé quanto, ironicamente, em nome do princípio democrático, repristinar-se a outorgada Constituição Política do Império do Brasil.

Assim, quando o intérprete-aplicador do direito atua prezando a concretização de um direito fundamental social esta exercendo função que se justifica no Estado Democrático de Direito, ajustando-se ao modelo de distribuição de competência plasmado na Constituição.

Consigne-se o teor da ementa do acórdão proferido pela 2ª Turma do STF, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 410.715-5/SP da relatoria do Min. Celso de Mello:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

Outro aspecto importante é o fato de que os Poderes tem funções preponderantes, mas não exclusivas. Desta forma quem legisla é o legislativo, existindo entretanto funções normativas, através de competências administrativas normativa no judiciário e no executivo. Da mesma forma a função jurisdicional pertence ao Poder Judiciário, existindo entretanto funções jurisdicionais em órgãos da administração do Executivo e do Legislativo. O Contencioso administrativo no Brasil não faz coisa julgada material pois a Constituição impõe que toda lesão ou ameaça a Direito seja apreciada pelo Judiciário (Artigo 5 inciso XXXV da CF). Entretanto em sistemas administrativos como o Francês há no contencioso administrativo diante de tribunais administrativos, a coisa julgada material, o que significa dizer que da decisão administrativa não há possibilidade de revisão pelo Poder Judiciário. Finalmente é obvio que existem funções administrativas nos órgãos dos três poderes.

Com a evolução do Estado moderno, percebemos que a idéia de tripartição de poderes se tornou insuficiente para dar conta das necessidades de controle democrático do exercício do poder, sendo necessário superar a idéia de três poderes, para chegar a uma organização de órgãos autônomos reunidos em mais funções do que as três originais. Esta idéia vem se afirmando em uma prática diária de órgãos de fiscalização essenciais a democracia como os Tribunais de Contas e principalmente o Ministério Público. Ora, por mais esforço que os teóricos tenham feito, o encaixe destes órgãos autônomos em um dos três poderes é absolutamente artificial, e mais, inadequado.

Deste modo, conforme assevera Sampaio Júnior (2011) na visão contemporânea essa ampliação da atuação judicial nada mais é do que uma conseqüência lógica e natural da nova visão de jurisdição no Estado Constitucional Democrático de Direito, portanto, não significa interferência nas funções típicas do poder Legislativo e Executivo, não ferindo o Princípio da Separação de Poderes instituído pela Constituição Federal.

Dentro dessa nova visão do exercício do poder uno do Estado e novo papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário, a concepção do juiz como mero aplicador da lei é incompatível com a realidade, pois a legislação é incapaz de normatizar todas as condutas humanas. Para a compreensão do litígio e a adequada solução requer-se um processo hermenêutico. Ademais, ao atribuir significado a cada palavra da lei o julgador já está empregando seus conceitos subjetivos e, de certa forma, interpretando. A ideia de Haft de tutela jurisdicional como *um trabalhar criativamente a lei* denota que o magistrado é um hermenêuta, afinal não há possibilidade de não o ser¹⁰.

¹⁰ Destarte, o juiz metamorfoseou-se em uma espécie de artista jurídico, ou seja, passou de mera *boca da lei* para um criador do direito. Essa atividade criativa é interessante pois não se resume à análise criativa da lei, mas deve considerar todo o Direito.

Não se pretende, neste capítulo, exaurir a análise das teorias hermenêuticas e jurídico-argumentativas, mas tão somente a demonstração de que o juiz participa do processo de aplicação da norma e que “toda norma só vigora, efetivamente, na interpretação concretizadora que lhe atribui o aplicador legitimado a dizer o direito” (COELHO, 2002).

Dentro desta nova concepção de Poder Judiciário, a figura do juiz é de fundamental importância para a pacificação dos conflitos sociais. É ele que aplica a letra fria da lei ao caso concreto, visando uma solução justa. Calamandrei chega a dizer que “o juiz é o direito feito homem. Só desse homem posso esperar, na vida prática, aquela tutela que em abstrato a lei me promete” (CALAMANDREI, 2000, p. 11). Nota-se que há uma visão quase divina do magistrado, como se ele fosse um indivíduo imparcial, infalível e capaz de solucionar todos os casos com justiça.

Carnelutti, pressupondo a clássica representação triangular do processo, menciona a dualidade gerada pelo conceito de o magistrado não ser parte, mesmo integrando a relação processual:

(...) se aqueles que estão diante do juiz para serem julgados são partes, quer dizer que o juiz não é parte (...). O juiz também é um homem; se é um homem, é também parte. Esta, de ser, ao mesmo tempo, parte e não parte, constitui uma contradição na qual se debate o conceito de juiz. O fato de ser o juiz um homem, e do dever ser mais que um homem, constitui seu drama (CARNELUTTI, 2008, p. 36).

Interessante essa reflexão, pois ao considerar a relação processual como um todo, tem-se um personagem que a compõem mas não é parte (na acepção jurídica do termo), pois se assim o fosse estaria impedido de prolatar uma sentença; nesse ínterim, o juiz é *suprapartes*. Entretanto ao considerá-lo como integrante da relação processual, de certa forma, está-se dizendo que ele é parte. Além disso, no âmbito social ele é parte, pois integra a sociedade.

Ademais de toda esta umbricada função profissional, interessante perceber que a figura do magistrado passou por uma significativa mudança. A ideia de que ele é *la bouche de la loi*, ratificada por Montesquieu (1973, p. 91)¹¹, foi superada. Igualmente foi abandonada a ideia de que há subsunção imediata dos fatos à norma. Como dito por Haft:

(...) o dogma da subsunção é insustentável. A aplicação do direito é – também – um trabalhar criativamente a lei. A lei é apenas a possibilidade do direito. Só na aplicação ao caso concreto ela se torna direito real. O direito é histórico. À margem do processo metódico de descoberta do direito aplicável não pode existir uma correção objetiva do direito. (KAUFMANN [org.], 2002, pp. 315 e 316).

¹¹ Montesquieu afirma que o juiz deve seguir *literalmente* a lei.

Nota-se que para Haft a lei serve de base para o direito em si e este é o resultado da criatividade do aplicador e de elementos sociais (históricos); esse processo de aplicação da lei (entendida como direito abstrato) possibilita o progresso do direito, pois há uma constante correção deste. Importante frisar que a legislação é um retrato de uma sociedade pretérita que pretende normatizar a sociedade futura, todavia essas sociedades não possuem as mesmas idiosincrasias, sendo necessária adequação histórico-social. Esta, via de regra, é realizada pelos juízes e, excepcionalmente, pelos legisladores¹².

Segundo Gadamer (2005, p.452) “a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação. A complementação produtiva do direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz”. Dessa forma, interpretar o direito é aplicá-lo e neste ato o magistrado complementa o direito. Isso significa que a hermenêutica encontra na seara jurídica um fecundo campo para sua aplicação.

Quanto à determinação do sentido do texto legal, Gadamer (2005) manifesta-se da seguinte forma:

(...) tanto para a hermenêutica jurídica quanto para a teleológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou do anúncio – e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na pregação. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica (...) se quisermos compreender adequadamente o texto – lei ou mensagem de salvação –, isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar. (GADAMER, 2005, p. 453)

Nota-se que o referido autor menciona uma tensão positiva entre texto legal e a interpretação que lhe é dada. Assim, compreender corretamente seria estabelecer uma nova interpretação para o texto jurídico de acordo com cada situação concreta apresentada. A cada nova aplicação há também uma nova interpretação.

Adotando as noções de Gadamer, pode-se afirmar que toda prestação jurisdicional requer uma nova interpretação da lei posta, ou seja, cada sentença judicial é uma nova interpretação. Neste sentido, a função do magistrado apresenta-se como uma atividade hermenêutica, cuja finalidade é a pacificação dos conflitos sociais.

¹² Diz-se excepcionalmente pelos legisladores, pois a alteração legislativa requer uma mudança social mais significativa, além de necessitar de um tempo maior, principalmente em razão da burocrática tramitação.

A história humana é marcada por mudanças. A evolução das sociedades encontra-se permeada por fatores históricos que denotam a capacidade evolutiva do ser, não apenas no que se refere ao aspecto intelectual, mas também, e principalmente, naquilo que diz respeito às características morais intrínsecas do indivíduo.

O Direito, como ciência humana por excelência, deve buscar acompanhar essas mudanças que permeiam o seio das sociedades sob pena de, em não o fazendo, fomentar uma sensação de insegurança e injustiça que poderão conduzir a resultados catastróficos.

Neste ínterim, não deve mais o jurista moderno afastar-se dos problemas que lhe são apresentados, interpretando os fatos de forma fria e calculista, da segurança de seu gabinete, isolado do calor da realidade. É necessário ter voz ativa, participar conscientemente das situações que lhe são trazidas, de maneira a alcançar a solução mais adequada e justa aos indivíduos que nele confiam para a pacificação de suas querelas. Em outras palavras, é necessário fazer com que as normas estáticas de um documento legal ganhem vida, atuem e alcancem a sua eficácia plena.

O eminente Luís Roberto Barroso (2010) assim leciona:

A espirituosa inversão da lógica natural dá conta de uma das marcas dessa geração: a velocidade da transformação, a profusão de idéias, a multiplicação das novidades. Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para jingles, e não para sinfonias. O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica da nossa era.

Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos pós e neo: pósmodernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus. (BARROSO, 2010, pp. 01 e 02)

Nesse diapasão, há uma nova forma de se pensar e, acima de tudo, de se realizar o Direito. Novos paradigmas foram construídos, principalmente após a Segunda Grande Guerra, de maneira a repensar a própria figura do Estado, que não mais podia subordinar-se ao império dogmático da lei, mas que deveria buscar, primordialmente, a satisfação dos direitos e garantias do indivíduo.

Os neoconstitucionalistas aduzem que após o Estado liberal e social, vivemos outro idealismo, qual seja, o Estado constitucional, pautado no fato da tendência mundial, sobretudo ocidental, de as Constituições tornarem-se efetivamente o centro do ordenamento jurídico estatal em torno do qual gravita toda a legislação que o compõe.

Destarte, o aplicador do direito, que deve considerar a Constituição como o centro do sistema, marcado por uma intensa carga valorativa, com a incorporação explícita de valores e opções políticas no texto constitucional, sobretudo no que diz respeito à elevação do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, que no dizer de Daniel Sarmento, têm eficácia “irradiante”.

A Constituição, assim, adquire de vez, o caráter de norma de validade de todo o sistema, dotada de imperatividade, superioridade e centralidade dentro do sistema, situação esta decorrente do princípio da unidade do ordenamento e da supremacia da constituição.

Partindo do pressuposto de que todos os microssistemas encontram o seu fundamento na CF, norma de validade de todo o sistema, há que se realizar uma necessária releitura dos institutos, notadamente os de direito civil(e privado), sob a ótica constitucional, o que chamamos de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

1.2. O Fenômeno Neoconstitucional

1.2.1. Historicidade

Sob pena de contrariar o que já foi exposto no presente capítulo, não se pode prescindir da tessitura de algumas breves considerações sobre o caminho histórico percorrido pelas sociedades até que se chegasse ao desenvolvimento do fenômeno neoconstitucionalista aqui explicitado.

Como já explanado alhures, a história humana é marcada por mudanças. Essas mudanças, na grande maioria das vezes, denotam alguns momentos de grandes sofrimentos e turbulências sociais, que forcem o indivíduo a repensar todo o sistema que por ele foi construído.

Na segunda metade do século XX há uma profunda reflexão do Direito, reflexão esta motivada por um dos momentos de maior tristeza na história humana, qual seja, a Segunda Grande Guerra, onde se comprova a necessidade de alteração de pontos até então considerados como fomentadores de desenvolvimento e harmonia. Observa o ser humano, ainda atemorizado com os

horrores da guerra, que o Estado não mais poderia ser *caracterizado pelo culto ao legislador e pelo fetiche à lei* (FALCONI, 2010), mas deveria, cada vez mais, buscar constantemente uma aproximação com os campos da ética e da moral¹³. Para André Rufino do Vale (2007):

A presença de normas de direitos fundamentais nos sistemas jurídicos constitucionalizados pode ser entendida como o resultado da transformação da moral crítica em moral legalizada. No marco de análise das relações entre Direito e moral, a moral crítica é constituída por aqueles conteúdos morais que ainda não foram incorporados pelo sistema jurídico, mas que o pressionam constantemente para obter reconhecimento. Nesse sentido, pode-se afirmar, seguindo Ansuátegui Roig, que “todo sistema de moral crítica possui vocação a se converter em moral legalizada”. Em outros termos, os valores morais assumidos historicamente pela comunidade possuem a vocação de serem realizados, ou seja, tendem a ser positivados e, nesse passo, a contar com o respaldo do poder estatal de coação. As normas morais, ao se transformarem em normas jurídicas, recebem um plus de normatividade, a jurídica, em adição às que já possuíam antes, a moral. As normas de direitos fundamentais podem assim ser caracterizadas como a tradução jurídica dos valores morais de uma comunidade em determinado momento histórico. As exigências éticas de dignidade necessitam do Direito para serem realizadas e, assim, adquirem normatividade com a positivação em normas de direitos fundamentais. Devido à presença dessas normas, os ordenamentos jurídicos deixam-se impregnar por conteúdos morais. (VALE, 2007, p. 70)

Contudo, essa reflexão ocorrida na seara jurídica na segunda metade do século XX encontra suas bases assentadas em outras alterações realizadas pelo homem na maneira de encarar o mundo que o cerca. Há um tortuoso caminho percorrido pelos indivíduos até que se chegasse ao modelo de Estado que hoje se constrói, reformulando a concepção de Direito, que não mais se compreende a lei como uma vontade de Deus, mas sim ditada pela razão, decorrente das necessidades inerentes à existência do homem como ser.

Com isso, Direito e Lei passam a ser identificados de maneira extremada, e o dogmatismo oriundo da interpretação jurídica desses tempos faz nascer o Positivismo Jurídico¹⁴, onde a Ciência do

¹³ Para Prieto Sanchís (1996, p. 508), os direitos fundamentais são “a tradução jurídica das exigências morais mais importantes que em cada momento (histórico) foram erigidas a critério fundamental para medir a legitimidade de um modelo político e, portanto, para justificar a obediência a suas normas”

¹⁴ Interessante os apontamentos de André Rufino do Vale (2007) para quem, atualmente, o positivismo jurídico não constitui mais do que “uma inércia mental” ou “um puro e simples resíduo histórico”. Com efeito, as circunstâncias decisivas para seu nascimento e consolidação como “ciência da legislação positiva”, que reduzia tudo o que pertence ao mundo jurídico (isto é, os direitos e a justiça) ao disposto pela lei, não mais estão em vigor. A pretensão mais formalista e estatalista de elaborar uma teoria pura, baseada na estreita vinculação entre o Estado, o Direito e a lei, e alheia a qualquer conteúdo axiológico, é hoje insustentável, pois não está apta a compreender a realidade jurídica do acima denominado Estado constitucional, no qual a Constituição está recheada de preceitos normativos que assumem a estrutura de princípios e valores.

Direito possuía como fim último e exclusivo a norma. Sobre este momento histórico, escreve Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes (2010):

Do ponto de vista filosófico, em grande parte do século XIX já reinava o positivismo jurídico, legalista e dogmático. Contudo, as bases filosóficas constitucionais ainda eram jusnaturalistas contratuais, sendo, pois, axiológicas. As duas principais críticas ao constitucionalismo do século XIX foram de Schmitt e Kelsen. Carl Schmitt, em 1928, na sua *Verfassungslehre*, ao analisar a Constituição de Weimar, critica o constitucionalismo liberal e o Estado parlamentar de ideologia burguesa (QUARESMA e OLIVEIRA, 2009, p. 885). É então que a *Teoria Pura* de Kelsen (1994, *passim*) vem à baila. O direito deveria ser pensado independentemente de valores, da política ou de qualquer processo de legitimação, sendo que a Constituição não *prescreveria*, mas *descreveria* o ordenamento jurídico. São as críticas de Schmitt e Kelsen que sustentam a exacerbação do positivismo jurídico, “propiciando uma desvinculação total entre validade jurídica e legitimidade do direito” (QUARESMA e OLIVIERA, 2009, p. 887). A constituição passa então a ser observada como *norma positiva* – fundamental, mas positiva. Supera-se o fundamento filosófico de sustentação das primeiras Constituições, qual seja o jusnaturalismo contratual. (FERNANDES, 2010, p. 96)

É nesta ciência jurídica voltada exclusivamente para a norma que ocorre um distanciamento entre a realidade fática e o olhar do jurista¹⁵. Para Tatagiba (2006):

Na concepção do positivismo jurídico, que possuía a pretensão de criar uma ciência jurídica com feição das ciências exatas e naturais, a Ciência do Direito deveria buscar seus fundamentos a partir da realidade objetivamente observada, a partir de juízos de fato, uma vez que sendo norma emanada do poder estatal, de caráter imperativo e com força coativa, não poderia se fundar em juízo de valor que expresse uma determinada posição diante desta realidade. Assim não se infere ao âmbito do Direito a discussão de questões referentes à legitimidade e justiça, que se ligam ao campo da moral e dos valores, uma vez que se encontram no espectro das especulações filosóficas. (TATAGIBA, 2006, p. 06)

Comentado modelo constitucionalista liberal começa a ruir já no início do século XX, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social.

¹⁵ Para Fernandes (2010, p. 111) neste cenário cria-se um ambiente extremamente favorável à supervalorização desse diploma normativo. A lei adquire então um novo *status* nunca visto na história. A sociedade necessitava *afastar* a abertura do sistema jurídico *aos valores jusnaturalis*, uma vez que muitas atrocidades eram realizadas em nome do Direito e de seus princípios naturais (religiosos ou não). Nesse contexto, buscava-se *segurança jurídica e objetividade do sistema* e o Direito positivo cumpriu bem esse papel.

Erigem-se, desta feita, no Estado do Bem-Estar Social, os Direitos conhecidos como Sociais que, de acordo com Luño (2005), formam, junto com as liberdades públicas, o eixo em torno do qual gira o sistema dos direitos fundamentais, possuindo, como finalidade primordial, a garantia, fornecida aos indivíduos e aos grupos sociais, de participação na vida política, econômica, cultural e social.

Contudo, mesmo com essas mudanças notórias de paradigmas, o positivismo jurídico ainda imperava, sendo possível continuar a ser observado um grande distanciamento entre as normas produzidas, a interpretação dada pelo jurista e a realidade social existente.

Embasados em uma *teoria pura do Direito*, os juristas das primeiras décadas do século XX, sob influência kelseniana, buscavam incessantemente realizar uma *limpeza* do Direito de quaisquer elementos morais, econômicos e valorativos. O Direito encontrava-se reduzido à legislação em vigor devendo apenas buscar o seu fundamento objetivo de validade na lei, e não em um princípio metajurídico de moral ou direito natural.

Essa redução do Direito à legislação em vigor, consubstanciado no estrito cumprimento à norma, independente de critérios valorativos ou morais, acaba criando território propício para as grandes atrocidades cometidas pelos regimes totalitários que ascenderam ao poder quando da Segunda Grande Guerra, em especial o *nazi-fascismo*.

O positivismo jurídico extremado concede azo à validação de graves ofensas aos direitos humanos, a exemplo do Holocausto, onde seres humanos eram coisificados, bestializados, torturados, mortos, com a justificativa residindo no fiel cumprimento da lei e na obediência às ordens emanadas da autoridade competente.

Surgem então críticas a esse modelo positivista indiferente a valores éticos e morais, distanciado da verdadeira realidade existente. Não poderia haver uma justiça plena enquanto este modelo prevalecesse. Era necessária uma reconstrução tendo como elemento basilar os princípios inerentes e atinentes à dignidade da pessoa humana, em todas as suas facetas.

A crise do positivismo fica mais evidenciada quando se percebe que este não mais conseguiria adequar a realidade existente ao Direito, principalmente devido a dois fatores: o primeiro, consubstanciado no pluralismo e na complexidade da sociedade pós-moderna que fazem sucumbir a idéia de completude do sistema positivo codificado; e o segundo representado pelas dificuldades de mitigar a aplicação das normas positivas mesmo diante de soluções absurdas ou desproporcionais, como no exemplo do sacrifício de seres humanos na Alemanha nazista

É neste momento histórico que surge nasce, na Europa, uma corrente de pensamento, intitulada de pós-positivismo, que importa em uma nova compreensão, interpretação e aplicação do direito constitucional, de modo a unir o jusnaturalismo ao positivismo, a legalidade à justiça, que

busca realizar uma leitura moral e humana do Direito. Assim é que a dignidade da pessoa humana é consagrada no plano internacional, em franca reação à barbárie produzida pelo nazismo, constituindo-se o valor máximo dos ordenamentos jurídicos nacionais e princípio orientador da atuação dos entes estatais.

O novo modelo jurídico que se instaura tem como principal referência a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951, sendo que merecem destaque a Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Os países de tradição jurídica romano-germânica iniciam um intenso processo de produção teórica e jurisprudencial que foi responsável pela ascensão científica do Direito Constitucional, repercutindo nas Cartas Constitucionais de Portugal (1976) e Espanha (1978), com o findar dos respectivos regimes autoritários o que, por conseguinte, avolumaram a discussão e influenciaram outros Estados, dentre eles, o Brasil, que teve renascido o Direito Constitucional em 1988.

Neste contexto, observa-se emergir um Direito Internacional que visa proteger, garantir e, acima de tudo, efetivar os direitos e garantias do indivíduo. Há o nascimento de uma nova concepção de Direito Constitucional, que visa limitar os poderes do Estado quando estes são colocados face a face com as garantias do indivíduo.¹⁶

1.2.2. Abordagem conceitual

Neste já tão proclamado mundo permeado por mudanças, surge o neoconstitucionalismo¹⁷ como uma tentativa de se adequar as premissas do Direito Constitucional às novas diretrizes que lhe são diuturnamente apresentadas, tendo como viga mestra os valores inerentes à dignidade da pessoa humana.

Segundo Ana Paula de Barcellos (2010), o prefixo neo sugere uma nova teoria acerca da interpretação do direito, como se o constitucionalismo contemporâneo estivesse sendo desenvolvido sob bases contrapostas ao seu passado histórico. A autora evidencia que “De fato, é possível visualizar

¹⁶ Como bem assevera Canotilho (2000, p. 84): o direito do Estado de Direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o direito das regras dos códigos; o direito do Estado Constitucional Democrático e de Direito leva a sério os princípios, é um direito de princípios.

¹⁷ A origem da expressão remonta principalmente às teorias constitucionais *italiana* e *espanhola* (QUARESMA e OLIVEIRA, 2009, p. 887). Atualmente apresenta grandes expoentes na doutrina desenvolvida na Espanha, Itália, México e Brasil. O termo, contudo, não é difundido com essa nomenclatura nem nos Estados Unidos nem na Alemanha, conforme constatado por Daniel Sarmento (2009), em que pese algumas manifestações nos EUA (*new constitutionalism*). Apesar de o termo não ser de uso comum, estes países também vivem nesse paradigma. (FERNANDES, 2010)

elementos particulares que justificam a sensação geral compartilhada pela doutrina de que algo diverso se desenvolve diante de nossos olhos e, nesse sentido, não seria incorreto falar de um novo período ou momento no direito constitucional”.

Nesse mesmo sentido, Sanchís (2003) entende o neoconstitucionalismo como algo novo que está se propagando em toda doutrina jurídica. Ele afirma que:

Neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o, a veces también, constitucionalismo a secas son expresiones o rubricas de uso cada día más difundido y que se aplican de un modo tanto confuso para aludir a distintos aspectos de un modo tanto confuso para aludir a distintos aspectos de una presuntamente nueva cultura jurídica. SANCHÍS (2003, p. 123)

Note-se que o neoconstitucionalismo¹⁸ é um fenômeno em construção, não acabado, com diversas possibilidades de desenvolvimento, alterando-se no momento mesmo em que essas linhas são elaboradas.

A partir de então, o princípio da legalidade resta subordinado à Constituição, de sorte que os requisitos de validade das leis dependem não só do seu aspecto formal, como antes, mas também da adequação material de seus conteúdos com os princípios e regras constitucionais.

Ademais, o neoconstitucionalismo estimulou uma alteração no próprio texto constitucional, que passou a incorporar, de forma explícita, valores, notadamente relacionados à promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, além de opções políticas gerais e específicas e de diversos temas de direito infraconstitucional. Ensejando, este último no fenômeno conhecido como "constitucionalização do Direito", que impõe uma leitura constitucional de todos os ramos da Ciência Jurídica.

Para Luís Roberto Barroso (2010) essa nova percepção da dogmática jurídica constitucional, bem como seus caracteres interpretativos possui, tanto na Europa, quanto no Brasil, três marcos distintivos, a saber: histórico, teórico e filosófico.

Quando se fala do marco histórico de comentado fenômeno encontra-se, na Europa Continental, todas as mudanças carreadas no período pós Segunda Grande Guerra. Barroso (2010) assim leciona:

¹⁸ O neoconstitucionalismo é um movimento filosófico-político-jurídico, como novo paradigma de pensar o direito, ao lado e/ou entre o jus naturalismo e jus positivismo. Novas técnicas hermenêuticas foram desenvolvidas ao ponto de se afirmar que a interpretação constitucional é diferenciada daquela realizada com a legislação infraconstitucional, sobretudo pela utilização da ponderação (solução de colisão de princípios), em lugar da simples subsunção (solução do conflito de normas regras).

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria.

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional. (BARROSO, 2010, pp. 03 e 04)

Fernandes (2010) aponta outros quatro marcos históricos que denotam a produção de tal fenômeno neoconstitucionalista no ocidente. Apesar de extensa a citação, entende-se ser a mesma necessária para uma mais ampla compreensão da matéria:

O primeiro, lembrado por George Marmelstein (2008, p. 3-6), diz respeito ao *massacre de seres humanos* promovido pelos nazistas na Segunda Guerra Mundial. Esse acontecimento ocorreu com respaldo do ordenamento jurídico alemão, que continha leis como as de *Nuremberg*, responsáveis pela discriminação da minoria judia. A ideologia dominante à época impossibilitava seu afastamento pelo juiz que era somente a *boca da lei*. O pensamento dominante era de que os juizes somente aplicavam o texto da lei; eles eram a “boca que pronuncia[va] as palavras da lei” (MONTESQUIEU, 2002, p. 172). Atuavam, pois, como “seres inanimados que lhe não podem moderar nem a força nem o rigor” (PIÇARRA, 1989, p. 89). Não havia na aplicação da norma a busca de parâmetros de justiça. Na concreção do direito, aspectos valorativos (moral) permaneciam afastados. Mesmo que a regra estivesse em dissonância com a justiça, precisava ser aplicada tal como o legislador a promulgou, pois reinava o *mito da lei*, que adquirira “características quase místicas” (MENDES *et al.*, 2007, p. 177). Nesse contexto, a atividade dos juristas se limitava à busca da vontade do legislador (ZAGREBELSKY, 2007, p. 33).

O segundo marco foi a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, proclamada em 1948, que simbolizou o nascimento de uma *nova ideologia mundial* muito mais comprometida com os direitos fundamentais. Declaração que inspirou a aprovação de diversos outros tratados, como o *Pacto de San Jose da Costa Rica* e o *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, ambos de 1966, bem como de Tribunais Internacionais de Direitos Humanos que se propõem a punir as graves violações a direitos humanos.

O terceiro foi o *Julgamento de Nuremberg*, onde ocorreu a condenação de membros do alto escalão de Hitler ante a acusação de crimes contra a humanidade. George Marmelstein (2008, p. 9) lembra que esse caso simbolizou “o surgimento de uma nova ordem mundial, onde a dignidade da pessoa humana foi reconhecida como um valor suprapositivo, que está, portanto, acima da própria lei e do próprio Estado”. Ele significou a condenação não só dos colaboradores do Reich, mas também de um regime e de um pensamento jurídico afastado dos valores socialmente relevantes, o positivismo. Condenou não só uma Constituição (Weimar), mas toda uma forma de pensar o direito no mundo ocidental. Não mais poderiam ser aceitas leis como as de *Nuremberg*, publicadas em 15 de setembro de 1935, propostas pelo Chanceler alemão, Adolf Hitler, entre as quais se destacavam a Lei pela proteção do sangue e pela honra alemã, em que judeus eram proibidos de empregar alemães de menos de 45 anos; ou de se casar com arianos, sob pena de prisão, trabalho forçado ou multa. A justificação de barbáries em nome da lei passou a não mais ser admitida pela sociedade; o *mito da lei* começa a ser questionado. O julgamento simbolizou, portanto, a ruptura com um direito injusto e o início da reestruturação do pensamento jurídico para a inclusão de valores no sistema.

O quarto marco histórico foram as *Constituições* no segundo pós-guerra e a *criação dos Tribunais Constitucionais* que se seguiram, cujo retrato mais marcante ocorreu na Alemanha e na Itália. No primeiro país, a principal identificação desse recente pensamento aparece na Lei Fundamental de Bonn em 1949, bem como na criação do Tribunal Constitucional Federal em 1951. Na Itália, destaca-se a Constituição de 1947 e a criação da Corte Constitucional em 1956. As Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), conforme assinalado por Miguel Carbonell (2009, p. 9), também demonstram esses novos ventos, mas as duas primeiras são significativas por serem retratos de momentos sociais de países recém devastados pela guerra. (FERNANDES, 2010, pp. 104 e 105)

Voltando-se os olhos para o Brasil, encontra-se o marco histórico do fenômeno neoconstitucional com a promulgação da Carta Republicana de 1988, que centraliza a dignidade da pessoa humana como objetivo central do Estado Democrático e de Direito. Orienta Barroso (2010):

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor. (BARROSO, 2010, pp. 04 e 05)

Em se tratando do marco filosófico, o neoconstitucionalismo é permeado pelo pós-positivismo¹⁹. Leciona Barroso (2010) 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 busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia. (BARROSO, 2010, p. 06)

No marco teórico, há três grandes fatores que influenciaram, sobremaneira, o fenômeno neoconstitucional, quais sejam: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. (BARROSO, 2010).

Complementando informações e enriquecendo um pouco mais este estudo, cumpre ressaltar que Écio Oto Ramos Duarte (2010, p. 25), seguindo a linha de pensamento do constitucionalista italiano Paolo Comanducci (2003), distingue o neoconstitucionalismo em teórico, ideológico e metodológico²⁰.

Para comentado autor, o *Neoconstitucionalismo Teórico* aspira descrever os logros da constitucionalização e assume a defesa de que o modelo de sistema jurídico derivado desse processo, está caracterizado, além de uma Constituição invasora, pela positivação de um catálogo de direitos

¹⁹ Fernandes (2010, pp. 118 e 119) entrega uma feliz distinção entre neoconstitucionalismo e pós-positivismo, a saber: o primeiro é uma característica comum do constitucionalismo ocidental que tem início no segundo pós-guerra e apogeu na contemporaneidade, enquanto o segundo é o embasamento da filosofia do direito para aquele. O primeiro traduz uma *ideologia ou metodologia constitucional* que abrange o segundo como pilar de sustentação de algumas de suas posições, mas com ele não se confunde; o *pós-positivismo* é, pois, a matriz jusfilosófica que embasa as idéias neoconstitucionais. Para Barroso (2007, p. 22), “o marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo”. Em outras palavras, o pós-positivismo pode ser encarado como a concepção teórica do neoconstitucionalismo, pois permite repensar alguns alicerces jurídicos, como a teoria da norma, a teoria das fontes, a teoria da interpretação, etc.

²⁰ A adoção de um modelo ou de outro irá interferir na maneira como se interpreta as normas constitucionais. Se se adota o modelo descritivo, a constituição é interpretada como qualquer lei, diversamente, se o modelo adotado for o axiológico, a constituição é interpretada de acordo com valores morais a serem perseguidos.

fundamentais, pela onipresença na Constituição de princípios e regras, e por algumas peculiaridades da interpretação e da aplicação das normas constitucionais em relação à interpretação e à aplicação da lei.

O *Neoconstitucionalismo Ideológico* não se limitaria a descrever os logros do processo de constitucionalização, senão que os valora positivamente e propugna sua defesa e ampliação. Em particular, sublinha a importância dos mecanismos institucionais de tutela dos direitos fundamentais e adota o modelo axiológico da Constituição como norma, pondo em evidência, dessa maneira, a defesa da radical especificidade da interpretação (e aplicação) constitucional em relação à lei. Ou seja, nesta forma, o neoconstitucionalismo se aproxima do positivismo ideológico porque defende também uma obrigação moral de obedecer à constituição. Por isso, ao defender um modelo axiológico de constituição, demonstra uma versão taxativa quanto à especificidade da aplicação e interpretação das normas constitucionais.

Já o *Neoconstitucionalismo Metodológico* concebido antagonicamente ao seu modelo terminológico análogo, o positivismo metodológico – que distingue entre as funções de descrever o direito e valor – prescrever o direito –, mantém que a identificação e/ou a justificação do direito deve ser realizada a partir da tese da conexão necessária entre direito e moral.

Comanducci (2003) aponta que o neoconstitucionalismo metodológico se contrapõe ao positivismo conceitual, sua versão semelhante, por defender um conceito de direito separado da moral. Ele evidencia que:

El neoconstitucionalismo metodológico sostiene por el contrario a los menos respecto a situaciones de Derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre Derecho y moral la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre Derecho y moral. (COMANDUCCI *in* CARBONELL, 2003, p. 83)

Gilmar Ferreira Mendes (2008) leciona que o neoconstitucionalismo marca-se pelos seguintes aspectos: a) mais Constituição do que leis; b) mais juízes do que legisladores; c) mais princípios do que regras; d) mais ponderação do que subsunção; e) mais concretização do que interpretação.

Portanto, o neoconstitucionalismo ao estabelecer o enlace necessário entre princípios fundamentais e o conteúdo constitucional, identifica e justifica como direito um ordenamento que esteja de acordo com juízos morais. As normas somente serão consideradas jurídicas se tiverem um fundamento ético.

Écio Oto (2006) sistematiza em seu livro "Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico" algumas características importantes sobre o neoconstitucionalismo que podem ajudar na identificação de um novo paradigma proposto pelo constitucionalismo contemporâneo.

A primeira delas é o "pragmatismo" que evidencia um direito voltado para a prática. A constituição concebida como norma jurídica prevê em seu texto uma série de direitos fundamentais e regras de organização governamentais que efetivamente devem ser aplicados. Segundo o autor a ciência do direito voltado para a prática "impulsiona o paradigma neoconstitucionalista à inclusão, também, da dimensão política do direito".

O "ecletismo (sincretismo) metodológico" é outro traço da doutrina neoconstitucionalista que propõe a junção de dois métodos de interpretação do direito, ou seja, o analítico e o hermenêutico, para que se possam justificar as decisões judiciais.

Outro aspecto importante da teoria neoconstitucionalista segundo o autor é o "princípioalismo". Com a inclusão dos princípios na interpretação constitucional e a revelação da diferença entre eles e as regras, ocorre à aproximação do direito com a moral. Segundo Écio "esta conexão é expressa através dos princípios fundamentais que servem como pautas morais e jurídicas" para conferir a legitimidade das decisões judiciais.

A quarta característica descrita pelo autor é o "estatalismo garantista" que evidencia o Estado como garantidor de direitos fundamentais apto a interferir nos conflitos sociais prezando com justiça o bem comum da sociedade. No paradigma neoconstitucionalista, contrário ao Estado liberal, "o que cobra maior importância é a garantia da existência de mecanismos institucionais de tutela dos direitos fundamentais".

Segundo Écio, outro traço importante do neoconstitucionalismo é o "judicialismo ético". Essa tese "propugna que a dimensão de justiça pretendida pela aplicação judicial comporta a conjunção de elementos éticos aos elementos estritamente jurídicos". Por tanto os juízes não estão mais presos ao método subsuntivo na aplicação do direito, podendo utilizar preceitos morais para justificar seu posicionamento.

O autor identifica ainda o "interpretativismo moral-constitucional" ou leitura moral da constituição. Ele afirma que:

A perspectiva interpretativa da moralidade da Constituição pressupõe que o intérprete constitucional considere que a iniludível intervenção dos juízes de valor levados a efeito no exercício da discricionariedade judicial deve levar em conta os valores morais da pessoa humana e conferir, em última instância, a efetivação desses na aplicação da Constituição.

Dessa forma a interpretação moral da constituição não pode levar os juízes ao arbítrio. Mesmo que o juiz considere juízos de valor em suas decisões estará sempre vinculado ao texto constitucional e à promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que, a constituição elege este princípio como valor supremo.

Outra característica apontada por Écio é o "pós- positivismo". Segundo o autor essa corrente filosófica proporcionou a inclusão de princípios morais no ordenamento jurídico exigindo uma interpretação "axiológica-normativa" do direito. O neoconstitucionalismo, fundamentado no princípio do estado de direito democrático não é compatível com o método positivista que aplica o direito de forma descritiva e nega a tese da identificação do direito com a moral. Conforme Garcia Figueroa (2003, p. 165) *"el constitucionalismo tradicional era sobre todo una ideología, una teoría meramente normativa, mientras que el constitucionalismo actual se ha convertido en una teoría del Derecho opuesta al positivismo jurídico como método"*.

O "juízo de ponderação" é outro traço fundamental no constitucionalismo contemporâneo. Conforme Écio, a aplicação da ponderação como técnica de interpretação é feita nos casos difíceis "nos quais nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção". O juiz precisa escolher entre um princípio e outro, ponderando. Pietro Sanchís demonstra muito bem o juízo de ponderação quando afirma que:

(...) Ciertamente, en el mundo del Derecho el resultado de la ponderación no há de ser necesariamente el equilibrio entre tales intereses, razones o normas; al contrario, lo habitual es que la ponderación desemboque en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto. Em cambio, donde si hay de existir equilibrio es en el plano abstracto: en principio, han de ser todos del mismo valor, pues de otro modo no habría nada que ponderar; sencillamente, en caso de conflicto se impediría el de más valor. Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando em la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor. (SANCHÍS in CARBONELL, 2003, p. 137)

Isso ocorre principalmente na Constituição, pois ela está impregnada de princípios morais que no plano abstrato convivem harmonicamente, mas no plano concreto podem se chocar, exigindo que o juiz analise interesses conflitantes de mesma hierarquia no texto constitucional, mas que precisam ser ponderados na atividade decisória.

Já a "especificidade interpretativa" caracteriza o neoconstitucionalismo como uma teoria que defende uma forma específica de interpretar as normas constitucionais. Segundo Écio, o constitucionalismo contemporâneo "encontra amparo no argumento neoconstitucionalista que adota o modelo prescritivo de Constituição concebida como norma". (DUARTE e POZZOLO, 2006, p. 71) Suzanna Pozzolo (2006) tem uma boa definição do que seja esse modelo:

(...) de acordo com uma concepção prescritiva, "Constituição" designa um conjunto de regras jurídicas positivas expressas e fundamentais em relação em relação às outras regras, mas que atingem o status constitucional em razão do particular conteúdo que expressam. [...] A carta constitucional é concebida como um documento normativo que apresenta características e conteúdos específicos pelos quais se distingue dos demais documentos jurídicos. (DUARTE e POZZOLO, 2006, p. 89)

Concebendo a constituição dessa forma se faz necessária a utilização de técnicas de interpretação específicas que levem em consideração o conteúdo moral das normas constitucionais.

A "ampliação do conteúdo da grundnorm" é mais uma característica apontada por Écio e evidencia que:

Ultrapassando o esquema positivista kelseniano, que fundamenta a validade de todas as normas a partir de uma norma fundamental completamente neutra, no que respeita ao seu conteúdo, o neoconstitucionalismo defende que a obrigatoriedade jurídica assumida em função da Constituição se deve a inclusão, no conceito de grundnorm, de conteúdos morais.

Portanto, os fundamentos de validade e legitimidade das normas jurídicas passam por um crivo moral exigido pela constituição. Se a norma fundamental tem um conteúdo moral que legitima todo ordenamento as outras normas só poderão ser consideradas jurídicas estando conforme aos princípios norteadores estabelecidos pela Constituição.

Ana Paula de Barcellos também sistematiza algumas características fundamentais do neoconstitucionalismo. A autora reúne essas características em dois grupos:

Do ponto de vista metodológico-formal, o constitucionalismo atual opera sobre três premissas fundamentais, das quais depende em boa parte a compreensão dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos. São elas: (i) a normatividade da constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas, portanto); e (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição. (BARCELLOS, 2010)

Essas três características assinalam a passagem do constitucionalismo moderno para o contemporâneo ou neoconstitucionalismo. A constituição deixa de ser conhecida no Estado liberal como documento político e passa a ser concebida como norma jurídica superior no Estado de direito democrático. Essa força normativa da constituição vincula todo ordenamento jurídico aos valores

supremos eleitos pelo texto constitucional. O direito nesse paradigma é instrumento de transformação social comprometido com a promoção dos direitos fundamentais. Ainda conforme a autora, outro grande grupo merece destaque:

Do ponto de vista material, ao menos dois elementos caracterizam o neoconstitucionalismo e merecem nota: (i) a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais; e (ii) a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional. (BARCELLOS, 2010)

Dessa forma a constituição contemporânea inclui no seu conteúdo material princípios morais que irão orientar todo sistema jurídico na aplicação direta do princípio da dignidade da pessoa humana. Como foi dito anteriormente, no plano abstrato, esses valores convivem em harmonia na constituição, mas no plano concreto podem se chocar exigindo que o juiz utilize a ponderação de interesses para solucionar o conflito entre princípios. Barcellos conclui que o neoconstitucionalismo vive essa passagem, do teórico ao concreto, de feérica, instável e em muitas ocasiões inacabada construção de instrumentos por meio dos quais se poderá transformar os ideais da normatividade, superioridade e centralidade da Constituição, em técnica dogmaticamente consistente e utilizável na prática.

Todas as características apontadas por esses autores levam à conclusão de que esse novo momento constitucional necessita de técnicas específicas que atendam ao conteúdo axiológico da Constituição. A interpretação feita pelo juiz deve sempre buscar os valores de igualdade, liberdade e solidariedade que a constituição estabelece.

1.2.3. Ponderação, razoabilidade e proporcionalidade

Partindo da classificação proposta por Humberto Ávila (2003) em seu livro "Teoria dos Princípios", ponderação, razoabilidade e proporcionalidade serão aqui identificadas como postulados normativos. São assim caracterizadas porque estabelecem o modo de aplicação das normas jurídicas, ou seja, são "normas estruturantes da aplicação de princípios e regras".

O neoconstitucionalismo utiliza essas técnicas, principalmente a ponderação, com intuito de conferir mais racionalidade às decisões judiciais que envolvem questões constitucionais. Não se está aqui dizendo que a ponderação é uma técnica exclusiva para dirimir princípios conflitantes de mesmo peso, como queria Robert Alexy. (BARCELLOS, 2010)

Neste contexto pode-se observar o que Robert Alexy (1999), analisando nossa Constituição Federal de 1988, chamou de Colisão de Direitos Fundamentais, situação que ocorre quando o exercício ou realização de um direito fundamental acarreta conseqüências negativas sobre outros titulares de direitos fundamentais. O jurista alemão, para contornar o problema, criou uma Teoria de Direitos Fundamentais que, em apertada síntese, pode ser entendida da seguinte forma: consideram-se os princípios como 'mandados de otimização', que podem ser cumpridos em diferentes graus, dependendo das possibilidades reais e jurídicas sendo, portanto, possível existir uma ponderação entre princípios, onde um princípio será aplicado em menor grau do que outro princípio.

Assim, a solução de conflitos ou tensões entre direitos fundamentais na teoria dos princípios, é respondida pela hierarquização dos princípios conflitantes. Para realiza tal hierarquização, procede-se a uma ponderação racional ou argumentativa, feita num enfoque pragmático-argumentativo, indicando qual dos interesses em conflito ou tensão, possui maior ou menor peso no caso concreto.

É, assim, considerada por Barcellos como "técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais".

Sendo assim, como a interpretação dos princípios envolve valorações políticas, morais e etc., por sua própria natureza, a eles poderá ser aplicada a ponderação como técnica sempre que o caso concreto exigir. Barcellos propõe um modelo em três etapas, aplicáveis a técnica da ponderação, dirigida ao juiz para que ele possa controlar melhor suas decisões e não se perder na arbitrariedade. Conforme Barroso:

A ponderação, como mecanismo de convivência de normas que tutelam valores ou bem jurídicos contrapostos, conquistou amplamente a doutrina e já repercute nas decisões dos tribunais. A vanguarda do pensamento jurídico dedica-se, na quadra atual, à busca de parâmetros de alguma objetividade, para que a ponderação não se torne uma fórmula vazia, legitimadora de escolhas arbitrárias. É preciso demarcar o que pode ser ponderado e como deve sê-lo. (BARROSO, 2006, p. 33)

Nesse sentido, Barcellos (2010) desenvolveu as três etapas da seguinte forma: A primeira fase consiste na identificação dos enunciados normativos em tensão, a segunda é a identificação dos fatos relevantes e, por fim, a decisão. Será explicada cada uma delas.

A primeira etapa como foi dito é realizada através da busca dos enunciados normativos em conflito. O intérprete primeiramente tentará esgotar as formas tradicionais de aplicação da norma jurídica, somente depois irá partir para a ponderação. Logo após, identificará os enunciados e os interesses contrários que só serão legítimos se puderem ser reportados a cada enunciado normativo

específico. O juiz não deve considerar qualquer interesse, pois a ponderação pode resultar em uma análise estritamente política.

Ainda nessa fase, é importante que o intérprete compreenda a distinção entre enunciado normativo e norma. O primeiro é composto dos textos normativos enquanto a norma é síntese, é atribuição de sentido, pelo juiz aos enunciados normativos. Cabe a ele destacar quais os princípios e regras referentes aos enunciados e que estejam compatíveis com o caso concreto ordenando cada um deles. Segundo Barcellos, "o propósito de ordenar e explicitar as etapas do raciocínio ponderativo é precisamente submeter à intuição a controles de juridicidade e racionalidade".

Já na segunda etapa o intérprete deve buscar os fatos relevantes do caso proposto e demonstrar quais as possíveis influências desses fatos sobre os enunciados normativos. Conforme Barcellos:

Nesta segunda fase, e sempre que isso seja possível, o intérprete deverá cogitar de todas as possibilidades fáticas por meio das quais as diferentes soluções indicadas pelos grupos normativos da primeira fase podem ser realizadas, desde a que atende mais amplamente às suas pretensões, até a que as restringe de forma importante. Cada uma dessas soluções, na verdade, corresponde a uma norma possível, isto é, a uma possibilidade normativa a ser extraída do conjunto de enunciados pertinentes no caso. (BARCELOS, 2005, pp. 122 e 123)

Finalmente cabe a terceira a fase a decisão. Nessa etapa os variados grupos de normativos formados na primeira fase serão analisados conjuntamente com as circunstâncias fáticas relevantes do caso, "de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve ponderar no caso" (BARROSO, 2006, p. 347). Ainda nessa fase, o intérprete deve graduar o alcance da solução escolhida, cabendo a ele ainda demonstrar qual o grau e em que grau a solução será aplicada. Nesse sentido, conforme Barroso, os postulados normativos da proporcionalidade e razoabilidade podem servir como instrumentos de graduação da ponderação.

A razoabilidade é um postulado normativo que condiciona principalmente a aplicação de regras. Segundo Humberto Ávila (2003), ela é utilizada em três acepções: como equidade, como congruência e equivalência.

Aplicada como equidade, a razoabilidade "exige a harmonização da norma geral com a do caso individual" (ÁVILA, 2003, p. 95). Dessa forma pode-se apurar se os fatos previstos na norma jurídica ocorreram de fato e se são relevantes para sua incidência. No entanto, quando esse postulado é aplicado como congruência o que se busca harmonizar é as condições externas das normas jurídicas

que irão equacionar a sua aplicação. Nesse caso, Ávila (2003) evidencia que o que será estudado nesse aspecto é a relação de distinção existente entre critério e medida.

A razoabilidade entendida com equivalência é estudada a partir da contraposição de duas grandezas. Outro postulado normativo indicado por Ávila (2003) é o da proporcionalidade, que além de estabelecer uma relação de meio e fim a ser alcançado, identifica a diferença entre fins externos e internos. Conforme o autor:

(...) a aplicabilidade do postulado da proporcionalidade depende de uma relação de causalidade entre meio e fim. Se assim é, sua força estruturadora reside na forma como podem ser precisados os efeitos da utilização do meio e de como é definido o fim justificativo da medida. Um meio cujos efeitos são indefinidos e um fim cujos contornos são indeterminados, se não impedem a utilização da proporcionalidade, certamente enfraquecem seu poder de controle sobre os atos do Poder Público. (ÁVILA, 2003, p. 106)

A proporcionalidade é um grande instrumento contra as decisões do poder público que extrapolam os limites ou o alcance dos enunciados normativos. Dessa forma, ele se apresenta como meio adequado quando proporciona um fim mínimo. Segundo Ávila, "o controle da adequação deve limitar-se em razão do princípio da separação dos poderes, à anulação dos meios manifestamente inadequados". (ÁVILA, 2003, p. 121)

Para o ilustre autor a proporcionalidade ainda deve ser enquadrada como necessidade. Dessa forma um meio é necessário quando não existem outros possíveis para regular o caso concreto, mas ele só deve ser considerado pelo intérprete se não mitigar direitos fundamentais que possam ser afetados pelo caso em examinado.

Finalmente, para Ávila o postulado normativo em questão deve ser analisado sobre uma proporcionalidade estrita. Dessa maneira, "o meio será desproporcional se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais". (ÁVILA, 2003, p. 121)

Todos os postulados normativos aqui discutidos são instrumentos de aplicação de outras normas jurídicas que podem ajudar o intérprete na busca de uma melhor decisão. O neoconstitucionalismo propõe que esses aplicativos sejam utilizados para conferir legitimidade e racionalidade a uma interpretação tão específica como a das normas constitucionais.

1.3. A Nova Hermenêutica Constitucional

As expressões hermenêutica jurídica e interpretação jurídica não são sinônimas. A doutrina faz distinções em relação ao significado técnico de ambos os termos. Pedro dos Reis Nunes (1990) categoricamente faz a distinção entre as expressões, atribuindo à interpretação a noção de técnica, enquanto que à hermenêutica associa à idéia de ciência, no seu dizer, a “ciência de interpretação” das normas jurídicas.

A interpretação é momento de contato direto do intérprete com a norma jurídica, ocorre quando o operador do direito procura encontrar, por meio de técnicas específicas, qual o real conteúdo e significado da norma jurídica. Por outro lado, a hermenêutica jurídica é a ciência formada pelo conjunto sistêmico de técnicas e métodos interpretativos.

No mesmo sentido, posiciona-se Maria Helena Diniz (2002), que afirma tratar-se a hermenêutica da “teoria científica da arte de interpretar”. Ou seja, o conjunto de princípios e normas que norteiam a interpretação é uma ciência: a hermenêutica.

Entretanto, a visão de que a hermenêutica é uma ciência não é pacífica na doutrina, já que o Ministro Eros Roberto Grau (2005) afirma que a interpretação das leis é, na verdade, uma “prudência”, é “o saber prático, a *phrónesis*, a que se refere Aristóteles”.

A interpretação da norma é influenciada pelo seu intérprete. Eros Roberto Grau (2005) traz faz uma interessante metáfora em relação à interferência do pesquisador no objeto pesquisado: metáfora da Vênus de Milo. A metáfora retrata a contratação de 03 artistas para produzirem cada um, uma estátua da Vênus de Milo. Como resultado, cada um produzirá uma estátua diferente, mesmo todos tendo o mesmo objeto. Não são três estátuas totalmente distintas umas das outras (afinal são todas Vênus de Milo), mas não são as mesmas estátuas. Esse também é o resultado da interpretação, sendo distinta de acordo com o seu intérprete.

Além do intérprete, a realidade do mundo dos fatos também influencia diretamente a interpretação constitucional. Konrad Hesse (1991) assevera que “A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade”. Pode-se concluir que a hermenêutica constitucional procura a concretização da norma constitucional, ou seja, a interpretação constitucional considera os fatos do mundo real além objeto do texto (relevância da realidade concreta do mundo).

A tarefa de hermenêutica constitucional trará conseqüências para toda a sociedade. Em que pese a afirmação de controle abstrato de constitucionalidade, ainda assim, haverá o peso dos fatos sobre a interpretação, note-se que a Lei 9.886 trata da possibilidade de realização de perícia e de audiência pública, bem como, solicitação de informações aos juízos inferiores sobre as conseqüências fáticas de aplicação da norma.

A importância dos fatos na tarefa de interpretação constitucional é reforçada pela existência do instituto da modelação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade. O STF pode determinar em que momento no tempo a inconstitucionalidade começa a produzir efeitos.

A interpretação deve alcançar o objetivo de atualização do texto constitucional. Quando o intérprete considera os fatos do mundo real, o texto constitucional vê-se com aplicação a casos diversos. Conforme afirma Paulo Bonavides, “interpretar a constituição normativa é muito mais do que fazer-lhe claro o sentido: é sobretudo atualizá-la”.

Conforme afirma Konrad Hesse (1991, pp. 22 e 23), é necessária a aplicação de uma “interpretação construtiva” para garantir a força normativa do texto constitucional, garantindo a “consolidação e preservação da força normativa da Constituição”. Entretanto, essa interpretação deve considerar os “fatos concretos da vida”, para o autor “a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”.

Com os novos paradigmas que foram dados e que continuam sendo construídos na seara constitucional, não é de surpreender aos olhares mais atentos que a própria hermenêutica atinente à matéria tenha sofrido importantes alterações. Frise-se que, como delineado em páginas anteriores do presente estudo, essa novel interpretação constitucional compõe, em consonância com os ensinamentos de Luis Roberto Barroso (2010), o marco histórico do fenômeno neoconstitucional.

Como espécie do gênero de interpretação jurídica, os métodos atinentes a esta, quais sejam, o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico são também aplicáveis àquela, bem como os critérios de solução de aparentes conflitos, a saber, o hierárquico, o temporal e o superior²¹ (BARROSO, 2010).

Contudo, apesar da similitude de critérios gerais há, na hermenêutica constitucional, alguns critérios especiais, como muito bem assevera Barroso (2010):

Sem prejuízo do que se vem de afirmar, o fato é que as especificidades das normas constitucionais (v. supra) levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme

²¹ Complementando-se informações, pelo critério hierárquico, a lei superior prevalece à inferior; pelo temporal, a lei posterior prevalece sobre a anterior; e, finalmente, pelo especial, a lei especial tem prevalência sobre a geral. (BARROSO, 2010)

a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade. (BARROSO, 2010, pp. 10 e 11)

O desenvolvimento de critérios especiais de interpretação constitucional não denota a escassez, muito menos o fim, dos métodos de interpretação jurídica tradicional. O que acontece é que devido à grande especialidade, bem como à importância dada às matérias de ordem constitucional, foi necessária a elaboração doutrinária e jurisprudencial que tratasse especificamente sobre a sua hermenêutica. Ao analisar o assunto em pauta, Barroso (2010) estabelece uma breve ordem de comparação entre os dois modelos que não se excluem, mas, acima de tudo, se complementam.

Para comentado e respeitado autor, a interpretação jurídica tradicional desenvolve-se, basicamente, sobre duas grandes premissas:

1. Quanto ao papel da norma, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos.
2. Quanto ao papel do juiz, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida.

Complementa que neste modelo jurídico de interpretação tradicional, as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção.

Com o desenvolvimento marcante alcançado pelo Direito Constitucional, graças a todas as condições já anteriormente dispostas, a interpretação jurídica tradicional acabou ficando exígua para dirimir as diversas situações que a ela eram oferecidas nesta seara. Pontua Barroso (2010) que as premissas gerais transformaram-se, passando a abarcar:

Quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente.

Quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. (BARROSO, 2010, p. 12)

Essa nova hermenêutica constitucional busca trabalhar e ilustrar os seus dizeres, de maneira constante, em diferentes categorias de situações que lhe são demonstradas, dentre as quais, como muito bem pondera Barroso (2010), citem-se as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.

As cláusulas gerais²² ou conceitos jurídicos indeterminados que, para Bruno Haddad Galvão (2008) são normas com diretrizes indeterminadas e que não trazem expressamente uma solução jurídica, necessitam de uma complementação que somente poderá ser dada pelo *jurista intérprete*, através de uma análise judiciosa e minuciosa do caso concreto. Nas palavras de Barroso (2010):

A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação. (BARROSO, 2010, p. 13)

Ao ditar os dizeres, o conteúdo e o alcance de expressões como *dignidade da pessoa humana*, *solidariedade*, etc., dotadas de uma alta carga de valores, o intérprete deve utilizar, e muito, de sua discricionariedade, de forma a completar a legislação constitucional na busca diuturna pela verdadeira justiça. Princípios como os citados, ante a sua baixíssima densidade normativa, refletem mais avidamente o caráter conteudista do aplicador do direito. Humberto Ávila (2009, p. 34) afirma que “a conclusão trivial é a de que o Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a revisão constitucional e o direito constitucional concretizado”.

Ao dissertar sobre a aparente colisão de normas constitucionais, que versam sobre princípios e Direitos Fundamentais, Barroso (2010) orienta que as mesmas, no constitucionalismo contemporâneo, são fenômenos naturais e inevitáveis. De acordo com o autor:

As Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem. Há choques potenciais entre a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental, entre a livre-iniciativa e a proteção do

²² Ainda de acordo com Barroso (2010, p. 13): As cláusulas gerais não são uma categoria nova no Direito – de longa data elas integram a técnica legislativa – nem são privativas do direito constitucional – podem ser encontradas no direito civil, no direito administrativo e em outros domínios. Não obstante, elas são um bom exemplo de como o intérprete é co-participante do processo de criação do Direito.

consumidor. No plano dos direitos fundamentais, a liberdade religiosa de um indivíduo pode conflitar-se com a de outro, o direito de privacidade e a liberdade de expressão vivem em tensão contínua, a liberdade de reunião de alguns pode interferir com o direito de ir e vir dos demais. Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nestes casos, a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto. A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de ponderação. (BARROSO, 2010, p. 13 e 14)

Não podemos olvidar que o sistema jurídico é uma rede axiológica, hierarquizada e coerente de princípios, regras e postulados, que convivem de modo a garantir a sua própria unidade valorativa e adequação interna²³. Entender as coisas sistematicamente é o mesmo que estabelecer relações entre elas. Canaris aponta duas características básicas de sistema: *ordenação e unidade*. Com a *ordenação* pretende-se exprimir um estado de coisas intrínseco e racionalmente compreensível, isto é, baseado na realidade, no postulado de justiça, tratando o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da sua diferença. Já a *unidade* atua na ordenação, por intermédio dos princípios fundamentais que lhe conferem sentido, visando evitar a dispersão em uma multiplicidade de normas singulares e desconexas, garantindo a ausência de contradições (antinomias jurídicas). Em caso de eventual colisão, a solução é pela ponderação, pela harmonização dos bens conflitantes no caso concreto, de acordo com o método criado por ALEXY, chamado de “Lei do Sopesamento”: ponderar normas, bens e valores fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, bem como procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional.

1.4. Significado de Direitos Fundamentais

Prefacialmente, antes de abordar o tema em foco, mostra-se imperioso perquirir sobre o significado da expressão *direitos fundamentais*.

De início, cabe gizar que o conceito de direitos fundamentais não se confunde com o de direitos humanos, embora essa terminologia tenha sido fundida por alguns autores para o fim de denominá-la como *direitos humanos fundamentais*, seguindo de perto a terminologia da UNESCO, e também em que pese existam vários autores que sustentam a sua sinonímia.

²³ Kant caracteriza o sistema jurídico como “a unidade sob uma idéia, de conhecimentos variados”.

A expressão *direitos fundamentais* é empregada principalmente pelos autores alemães, na esteira da Constituição de Bonn, que dedicava o capítulo inicial aos Grundrechte.

Até a Emenda Constitucional nº 1/1969, o Brasil adotava a expressão *direitos individuais*, conforme se infere do seu artigo 153 (Capítulo IV – Dos Direitos e Garantias Individuais), como sinônimo da moderna denominação de *direitos fundamentais*. Naquela época vingava a influência dos albores do liberalismo, e a sua visão eminentemente individualista, que não distinguia as liberdades coletivas e não conhecia a definição de pessoa.

Com o mero objetivo doutrinário de tentar amearhar o máximo de informações referentes à conceituação da matéria, transcrevemos algumas das definições apresentadas pela doutrina mais balizada.

Carl Schmitt (1996) também adverte para a necessidade de se distinguir os direitos fundamentais de outros direitos constitucionais. Para ele, os direitos fundamentais seriam aqueles anteriores e superiores ao Estado. Seriam esferas de liberdade das quais resultam direitos de defesa. O Estado serviria para sua proteção e encontra nela a justificação de sua existência.

Os direitos fundamentais são definidos por Loewenstein (1970), que utiliza a terminologia *liberdades fundamentais* como sendo o reconhecimento jurídico de determinadas esferas de autodeterminação individual como proteção à intervenção do Estado, anteriores à constituição e funcionando como controles verticais sobre o poder político. Este reconhecimento seria o núcleo essencial do sistema político da democracia constitucional.

Os direitos fundamentais surgem e são reconhecidos como tais de acordo com a necessidade do momento histórico²⁴, de acordo com a possibilidade política, social e econômica da comunidade. Os direitos fundamentais têm seu conteúdo moldado pelas peculiaridades da sociedade, razão pela qual só podem ser compreendidos em um determinado contexto histórico²⁵.

O professor espanhol Pérez Luño (2007), utilizando a terminologia *direitos humanos*, define-os como sendo:

²⁴ Disserta Bobbio (2004, p. 62 a 64) que sob esse prisma, os *novos* direitos humanos – e.g., os direitos da mulher, da criança, do idoso, dos deficientes etc. – a rigor não são direitos novos, nascidos *ex nihilo*, mas apenas especificações de um *núcleo essencial*, que dialeticamente vai se adensando e se expandindo em sempre renovadas concretizações históricas.

²⁵ Disserta o Min. Gilmar Mendes: *O caráter da historicidade, ainda, explica que os direitos possam ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou que se modifiquem no tempo. Revela-se, desse modo, a índole evolutiva dos direitos fundamentais. Essa evolução é impulsionada pelas lutas em defesa de novas liberdades em face de poderes antigos – já que os direitos fundamentais costumam ir-se afirmando gradualmente – e em face das novas feições assumidas pelo poder.* (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, p. 241)

(...) um conjunto de faculdades e instituições que, e cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional. (LUÑO, 2007, p. 433)

O catedrático Peces-Barba *et. al.* (2001), adotando a expressão *direitos subjetivos fundamentais*, conceitua-os como uma:

Faculdade de proteção que a norma atribui à pessoa no que se refere à sua vida, a sua liberdade, à igualdade, a sua participação política ou social, ou a qualquer outro aspecto fundamental que afete o seu desenvolvimento integral como pessoa, em uma comunidade de homens livres, exigindo o respeito aos demais homens, dos grupos sociais e do Estado, e com possibilidade de pôr em marcha o aparato coativo do Estado em caso de infração. (PECES-BARBA *et. al.*, 2001, p. 433)

A seu turno, Ricardo Luis Lorenzetti (1998) afirma que a expressão *direitos fundamentais* é a mais apropriada porque não exclui outros sujeitos que não sejam o homem e também porque se refere àqueles direitos que são fundantes do ordenamento jurídico e evita uma generalização prejudicial.

Ingo Wolfgang Sarlet (2009) apresenta um traço de distinção, ainda que de cunho predominantemente didático, entre as expressões *direitos do homem*, *direitos humanos* e *direitos fundamentais*:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”), comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). A consideração de que o termo “direitos humanos” pode ser equiparado ao de “direitos naturais” não nos parece correta, uma vez que a própria positivização em normas de direito internacional, de acordo com a lúcida lição de Bobbio, já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam – ao menos em parte (mesmo para os

defensores de um jusnaturalismo) – da idéia de um direito natural. (SARLET, 2009, p. 29)

Com efeito, é correto afirmar que o direito fundamental decorre de um processo legislativo interno de um determinado país, que o eleva à positivação, sendo então um direito outorgado e/ou reconhecido. Já os direitos humanos possuem caráter supralegal, desvinculados a qualquer legislação escrita ou tratado internacional, pois pré-existe a eles.

Entretantes, Ferraz Júnior alerta para os riscos da triavilidade em razão do fenômeno da *proliferação dos direitos fundamentais*:

Uma das razões do enfraquecimento operacional da dicotomia pode ser localizada na promulgação constitucional dos direitos fundamentais. Essa promulgação, o estabelecimento do direito natural na forma de normas postas na constituição, de algum modo ‘positivou-o’. E, depois, a proliferação dos direitos fundamentais, a princípio, conjunto de supremos direitos individuais e, posteriormente, de direitos sociais, políticos, econômicos aos quais se acrescem hoje direitos ecológicos, direitos especiais das crianças, das mulheres etc. provocou, progressivamente, sua trivialização. Uma coisa se torna trivial quando perdemos a capacidade de diferenciá-la e avaliá-la, quando ela se torna tão comum que passamos a conviver com ela sem nos apercebermos disso, gerando, portanto, alta indiferença em face das diferenças (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 171).

Para uma melhor compreensão do que vem a ser direito fundamental, impõe-se analisar uma de suas características mais importantes, qual seja, a referente à historicidade. Afirma Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 585), “que eles não são apenas o resultado de um acontecimento histórico determinado, mas, sim, de todo um processo de afirmação”.

Os direitos fundamentais surgem e são reconhecidos como tais de acordo com a necessidade do momento histórico²⁶, de acordo com a possibilidade política, social e econômica da comunidade. Os direitos fundamentais têm seu conteúdo moldado pelas peculiaridades da sociedade, razão pela qual só podem ser compreendidos em um determinado contexto histórico. Sobre o assunto, disserta Mendes:

²⁶ Disserta Bobbio (2004, p. 62 a 64) que sob esse prisma, os *novos* direitos humanos – e.g., os direitos da mulher, da criança, do idoso, dos deficientes etc. – a rigor não são direitos novos, nascidos *ex nihilo*, mas apenas especificações de um *núcleo essencial*, que dialeticamente vai se adensando e se expandindo em sempre renovadas concretizações históricas.

O caráter da historicidade, ainda, explica que os direitos possam ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou que se modifiquem no tempo. Revela-se, desse modo, a índole evolutiva dos direitos fundamentais. Essa evolução é impulsionada pelas lutas em defesa de novas liberdades em face de poderes antigos – já que os direitos fundamentais costumam ir-se afirmando gradualmente – e em face das novas feições assumidas pelo poder. (MENDES, 2008, p. 241)

Assim, descartam-se as teorias que buscam reconhecer nos direitos fundamentais caracteres de *direitos naturais*. Ora, os direitos fundamentais não existem antes mesmo da formação dos Estados, tendo assim natureza pré-estatal. Interessante observar o posicionamento acertado de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins quando afirmam que a *natureza do homem* só se encontra nos dados de sua constituição biológica, sendo que nenhum direito ou obrigação, nenhuma regra de conduta social pode ser deduzida da mesma. Arrematam ainda os festejados autores:

Um direito só existe juridicamente a partir de sua positivação, que estabelece seu exato alcance. Sem este reconhecimento, tem-se simplesmente uma reivindicação política, que eventualmente pode permitir a positivação dos direitos fundamentais, mas, evidentemente, não permite reivindicar direitos em âmbito jurídico. (DIMOULIS e MARTINS, 2008, p. 58)

A necessidade de positivação, de reconhecimento pela ordem jurídica, deve ser considerada ainda mais seriamente quando se trata de direitos fundamentais²⁷. Pois, conforme já estudado, é uma característica destes a constitucionalização. Assim, não é possível reconhecer direitos fundamentais *naturais*. Um direito é fundamental porque uma sociedade, em determinado momento, o erigiu a tal status. Sobre o tema, disserta o eminente José Afonso da Silva (2009):

Ao situarmos sua fonte na soberania popular, estamos implicitamente definindo sua historicidade, que é precisamente o que lhes enriquece o conteúdo e os deve pôr em consonância com as relações econômicas e sociais de cada momento histórico... O fato de o direito positivo não lhes reconhecer toda a dimensão e amplitude popular em dado ordenamento (restou dar, na Constituição, conseqüências coerentes na ordem econômica) não lhes retira aquela perspectiva, porquanto, como dissemos acima, na expressão também se contêm princípios que resumem uma concepção do mundo que orienta e informa a luta popular para a conquista definitiva da efetividade desses direitos. (SILVA, 2009, p. 178 e 179)

²⁷ Leciona Fernando Rodrigues Martins (2009), referindo-se ao termo “virada kantiana”, que com positivação dos direitos fundamentais tem-se a aproximação entre ética e direito.

Destarte, a positivação dos direitos humanos, dando origem aos direitos fundamentais, é a nítida amostra da consciência de um determinado povo de que certos direitos do homem são de tal relevância que o seu desrespeito inviabilizaria a sua própria existência do Estado. Aliás, ninguém mais nega, hoje, que a vigência de direitos humanos independe do seu reconhecimento constitucional, ou seja, de sua consagração no direito positivo estatal como direitos fundamentais. No Brasil, os direitos fundamentais estão preconizados no Título II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo que o constituinte considerou ilegítima qualquer proposta tendente a aboli-los, *ex vi* do artigo 60, § 4º da Carta Política (as chamadas *cláusulas pétreas*).

As normas atinentes aos Direitos Fundamentais²⁸, em que pesem as opiniões em contrário, podem ser encaradas sob duas óticas distintas, dentro das Cartas Constitucionais: ora podem ser classificadas sob um aspecto principiológico sendo, em consonância com os ensinamentos de Alexy (2006), mandamentos de otimização que devem ser satisfeitos em graus diferenciados, com uma alta carga deontológica; e ora podem ser encarados sob um perfil de regras, já que as próprias Cartas Políticas, muitas das vezes, são carregadas de elementos expressos que fundamentam e especificam, de maneira dedutiva, o seu âmbito de alcance.

Apesar de princípios e regras serem espécie do gênero norma jurídica, cumpre realizar um breve parêntese sobre a distinção existente entre esses²⁹.

Doutrina Robert Alexy (2008a, p. 90), princípios são normas que “ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível, para dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. São *mandamentos de otimização* que podem ser satisfeitos em graus variados, uma vez que a medida de sua satisfação depende de possibilidades fáticas e, também, de possibilidades jurídicas. Estas delimitam o âmbito de aplicação dos princípios conforme as regras e princípios colidentes. É dizer: as possibilidades jurídicas de aplicação dos princípios são dadas pela lei da colisão. Os princípios são então satisfeitos em maior ou menor grau a depender das limitações e possibilidades fáticas (se os fatos se adéquam ou não à norma) e jurídicas (colisão potencial com outros princípios) para sua concreção. Essa é a tese da otimização.

As regras, por sua vez, “são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contém, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente

²⁸ Para o eminente constitucionalista José Afonso da Silva (2009), os direitos fundamentais tratam de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive, ou seja, são direitos reconhecidos pelo Estado para propiciar uma vida mais digna ao homem.

²⁹ Para Barroso (2010, p. 13): O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo. Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios.

possível”(ALEXY, 2008a, p. 91). Ou seja, se ocorre a subsunção (adequação exata) do fato à regra seus efeitos devem ser produzidos exatamente como determinado na própria regra. Não há uma aplicação em graus variados, mas sim uma aplicação completa ou total da regra.

Para que se bem compreenda o tema, dentre os quais se cite Robert Alexy e Daniel Sarmento, necessário se faz uma análise da assim denominada *Teoria dos Princípios*, que almeja uma melhor fundamentação da Ciência do Direito e uma correta observação da abordagem valorativa atinente aos Direitos Fundamentais³⁰.

Adentrando na chamada fase pós-positivista, os princípios alcançam o patamar de normas constitucionais, moldando e ordenando todo o sistema jurídico, construindo uma superioridade axiológica para os Direitos Fundamentais, atento não somente aos seus critérios programáticos, mas, principalmente, aos seus critérios de efetividade³¹.

O pós-positivismo, ao contrário, cria sustentação jusfilosófica para que se possam buscar parâmetros de justiça ou equidade quando da aplicação concreta do direito. Isso se dá com a *abertura valorativa do sistema*. Nesta nova corrente, a forma e o momento da inserção dos valores no sistema são alterados; *os valores permeiam o sistema tanto no momento da confecção da norma como durante sua aplicação*. Os princípios são os carreadores dos valores nessa concretização. “Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido” (ALEXY, 2008a, p. 153). Assim, os valores servem-se dos princípios para oxigenar o sistema e, com isso, direito passa a conter uma *pretensão de correção*. Até mesmo as regras, sobretudo as que contenham *conceitos jurídicos indeterminados*, mas não somente elas, necessitam de um juízo de valor prévio do magistrado para a sua concreção (LARENZ, 2003).

³⁰ De acordo com Vale (2007, pp. 68 e 69): Se o neoconstitucionalismo é concebido como um conjunto de teorias que pretendem descrever o processo de constitucionalização dos sistemas jurídicos contemporâneos, seu traço distintivo não poderia ser outro que a adoção de um peculiar modelo constitucional: o denominado “modelo axiológico de Constituição como norma”. De acordo com esse modelo, a Constituição é marcada pela presença de princípios, especificamente, de normas de direitos fundamentais que, por constituírem a positivação (expressão normativa) de valores da comunidade, são caracterizadas por seu denso conteúdo normativo de caráter material ou axiológico, que tende a influenciar todo o ordenamento jurídico e vincular a atividade pública e privada. Trata-se, na expressão de Guastini, de uma “Constituição invasora”, que desencadeia um processo de transformação do ordenamento jurídico, o qual resulta totalmente “impregnado” pelas normas constitucionais.

³¹ Nesse sentido, os direitos fundamentais não são letra morta que atuam com a função de embelezar nossa Constituição Federal, mas são, antes de mais nada, preceitos que devem ser respeitados ao extremo, ocasionando até mesmo em inconstitucionalidade quando não atendidos corretamente.

Com isso, o operador do direito pode identificar princípios norteados em valores relevantes e aplicá-los concretamente, mesmo que a lei não os contemple de pronto ou lhes seja contrária. Assim, é possível afastar determinada norma quando de sua aplicação em concreto com o escopo de se buscar uma solução justa. Os princípios jurídicos são aceitos, então, como “pautas axiológicas, abertas e indeterminadas”.

Com os princípios moldando e ordenando todo o sistema jurídico, as Constituições passam a ser o ponto central das legislações, contendo os valores máximos de uma sociedade que, por sua vez, são, logicamente, representados pelos princípios. Os princípios saltam “dos Códigos, (...)”, para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais” (BONAVIDES, 2009, p. 289). A Constituição passa a ser o local propício para os princípios, pois passa ao *epicentro* das discussões jurídicas com a superação da era dos códigos, irradiando efeitos sobre a atividade política e jurídica. As Constituições são centrais para o século XX e XXI como os códigos foram para o século XIX.

1.5. Origem e Desenvolvimento dos Direitos Sociais

É entendimento solidificado em elaborações de trabalhos científicos que para se escrever sobre determinado assunto, com segurança e credibilidade, necessária se faz a abordagem, mesmo que com apenas algumas pinceladas, de temas que possuem para com aquele, correlação intrínseca, de maneira que não podem ser dissociados.

Com efeito, antes de realizar uma abordagem sobre o desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana, até os dias de hoje, é necessário realizar alguns apontamentos, de maneira clara e objetiva, sobre o desenvolvimento dos direitos fundamentais do ser humano.

Primeiramente, cumpre realizar alguns apontamentos sobre a terminologia a ser utilizada em relação à matéria. Em consonância com os ensinamentos de Dirceu Pereira Siqueira e Miguel Belinati Piccirillo (2009), a doutrina constitucional tem utilizado inúmeras expressões para identificar os direitos essenciais à pessoa humana, tais como direitos naturais, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, direitos morais, direitos dos povos, direitos humanos e direitos fundamentais.

Para o presente estudo, cumpre salientar a diferenciação que é realizada na doutrina com relação às terminologias *direitos humanos* ou *do homem* e *direitos fundamentais*. Apesar de utilizadas em grande parte da doutrina como sinônimas, os direitos humanos devem ser entendidos em um aspecto mais amplo do que os direitos fundamentais. Nos dizeres de Canotilho (1998):

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (CANOTILHO, 1998, p. 259)

Referendando entendimento esposado na melhor doutrina de Menelick e Sarlet, colacionam-se os ensinamentos do Professor Doutor Fernando Rodrigues Martins (2009), os quais se apresentam como uma aula magistral sobre o tema em questão:

A cognição ‘direitos fundamentais’ é divergente daquela respeitante aos ‘direitos humanos’. Cumpre lembrar, neste sentido, que, com o findar das guerras mundiais, os países beligerantes fundaram novas categorias de direitos humanos além da liberdade e da igualdade, os quais, posteriormente, passaram a ser positivados nas Constituições dos Estados signatários das assembléias supranacionais, formando, internamente, os chamados direitos fundamentais. Decorre daí uma diferença interessante entre direitos humanos e direitos fundamentais, já que os primeiros guardam relação com os documentos de direito internacional, referindo-se às proposições sociais que se atribuem ao ser humano, independentemente da vinculação com a ordem constitucional, ao tempo em que os segundos são aqueles direitos da pessoa reconhecidos na esfera de direito constitucional de determinado Estado, a partir de uma proposição jurídica. (MARTINS, 2009, p. 50)

Os direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos, surgem com os movimentos humanos que proclamam que não mais desejam ser governados por este ou por aquele poder, que proclamam que não mais desejam ser oprimidos, que proclamam que não mais desejam ser silenciados frente às injustiças que lhe são apresentadas. Os direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos, florescem no bojo das transformações sociais que visam a assegurar uma condição de existência mais digna aos seres humanos.

Como colocado anteriormente, os direitos fundamentais consubstanciam o resultado de grandes transformações que se operam, tanto em nível histórico, como em nível social, representando anseios das sociedades que observavam a necessidade de proteger alguns direitos básicos inerentes ao ser humano.

Nos dizeres de Siqueira e Piccirillo (2009):

Ao longo do tempo, a sociedade deparou-se com a necessidade de proteção de alguns direitos inerentes ao ser humano, compreendendo que sem a proteção destes direitos, jamais haveria uma sociedade, justa, que pudesse perdurar ao longo dos anos, logo, compreendeu-se acima de tudo que dever-se-ia proteger um bem que deveria estar acima de todos os outros, e ainda mais, que tal bem jurídico protegido, deveria servir de norte a todos os demais direitos constantes do ordenamento jurídico, sendo este bem tão precioso, denominado *bem da vida, e vida esta com dignidade*, e com isso a dignidade da pessoa humana ganha relevo, por certo fundada nas transformações sociais, e nas exigências de uma sociedade que clamou tal proteção. Assim, temos que o reconhecimento de direitos humanos, assim como a positivação dos direitos fundamentais apenas foi possível através da evolução histórica, ou seja, tais direitos não surgiram todos de uma vez, mas foram sendo descobertos, declarados conforme as próprias transformações da civilização humana, sendo a luta pela limitação do poder político um dos principais fatores para o acolhimento destes direitos. (SIQUEIRA E PICCIRILLO, 2009, p. 03)

Já na Grécia Antiga e na Roma clássica podem ser encontrados vestígios que representam a base para o reconhecimento e a positivação dos direitos fundamentais quando, em estudos filosóficos, realizados por grandes pensadores como, por exemplo, Aristóteles e Platão, o homem é colocado como figura principal das suas preocupações. Em se colocando o indivíduo como centro são, necessariamente, reconhecidos direitos inerentes à sua pessoa e que devem ser respeitados e garantidos sob pena de prejudicar o seu pleno desenvolvimento. As reflexões sobre a vida humana, sobre as condições do ser, em seu caráter pleno, fornecem guisa ao surgimento, mesmo que incipiente, de direitos fundamentais inerentes ao mesmo.

Apesar deste caráter incipiente, os direitos fundamentais eram inerentes a apenas uma determinada classe de homens, que pertenciam a este ou aquele estamento da sociedade. Para Siqueira e Piccirillo (2009):

Entretanto, embora a antiguidade tenha prestado inúmeras contribuições ao reconhecimento de direitos relativos à pessoa humana, durante este período, práticas como a escravidão, diferenciação por sexo ou classe social era comum, o que não acaba com seus méritos, pois como já afirmado tais direitos não nascem como uma revelação, mas vão pouco a pouco acompanhando o próprio caminhar da civilização humana. (SIQUEIRA E PICCIRILLO, 2009, p. 05)

Foi com o surgimento e a proliferação do Cristianismo que a noção de direitos reconhecidos a todos os homens expandiu-se. Nos dizeres de Jorge Miranda (2000):

É com o cristianismo que todos os seres humanos, só por o serem e sem aceção de condições, são considerados pessoas dotadas de um eminente valor. Criados a imagem e semelhança de Deus, todos os homens e mulheres são chamados à salvação através de Jesus, que, por eles, verteu o Seu sangue. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos têm uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir. (MIRANDA, 2000, p. 17)

Na Idade Média, é fato cediço que o reconhecimento dos direitos fundamentais encontra um campo de pesos e contrapesos, de conflitos de interesses, de classes que sobrepujavam às demais. Direitos são reconhecidos a determinadas estratificações sociais sem se importar com a perda de garantias de outras. O monarca era absoluto. O súdito, um mero e pobre participante. O clero, na grande maioria das vezes, almejava subjugar o monarca. E neste estado de coisas, os direitos fundamentais encontraram-se, literalmente, em um período de trevas.

Contudo, apesar de um eminente retrocesso, é interessante destacar a edição da Magna Carta outorgada por João Sem-Terra no século XII que, notadamente, reconhecia diversos direitos a determinadas classes, consubstanciados, por exemplo, na liberdade eclesial, na não existência de impostos, sem anuências dos contribuintes, na propriedade privada, na liberdade de ir e vir, na desvinculação da lei, na jurisdição da pessoa do monarca, dentre outros.

Outro destaque que merece ser comentado são os escritos de São Tomás de Aquino, de cunho eminentemente humanista, e que ficaram para a posteridade. Nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari (2000):

No final da Idade Média, no século XIII, aparece a grande figura de Santo Tomás de Aquino, que, tomando a vontade de Deus como fundamento dos direitos humanos, condenou as violências e discriminações, dizendo que o ser humano tem direitos naturais que devem ser sempre respeitados, chegando a afirmar o direito de rebelião dos que forem submetidos a condições indignas. (DALLARI, 2000, p. 54)

Com a derrocada progressiva dos ideais preconizados na Idade Média, vem surgindo uma nova sociedade, sustentada por uma classe que não mais deseja ver os seus direitos massacrados pelos detentores do poder: a burguesia.

Essa nova classe, através de suas lutas, auxilia, sobremaneira, no surgimento do Estado Moderno, onde as normas jurídicas tendem a serem as mesmas para todos aqueles que se encontram dentro do mesmo reino.

Para Siqueira e Piccirillo (2009), o Estado Moderno nasce aliado a nova classe burguesa, que necessitava, em sua origem de um poder absoluto, único, para poder desenvolver sua atividade com segurança, eliminando pouco a pouco a sociedade estamental, para uma nova sociedade onde o indivíduo começará a ter preferência sobre o grupo.

É com as Revoluções Americana e, principalmente, a Francesa, que os direitos fundamentais passam a ganhar notoriedade e relevo. Sem querer adentrar ao assunto em suas minúcias, até porque não figura como objetivo central do presente estudo, cumpre realizar alguns breves apontamentos sobre as citadas revoluções.

A Revolução Americana vem a confirmar a insatisfação com o julgo imposto pela Coroa Britânica às Treze Colônias. Como resultado principal de comentado movimento, cite-se a elaboração, em 04 de julho de 1776, da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, afirmando que todos os homens são iguais perante Deus e que este lhes deu direitos inalienáveis acima de qualquer poder político, citando a vida, a liberdade, a busca pela felicidade e relacionando uma série de abusos cometidos pelo Rei da Inglaterra, explicando os motivos da separação política.

Em 1787 a Constituição Federal americana é elaborada. Contudo, é apenas no ano de 1791 que são consagrados os seus direitos fundamentais, através de 10 emendas que versavam sobre a liberdade, a inviolabilidade do domicílio, a segurança, o devido processo legal e a proporcionalidade da pena.

Como resultado da Revolução Francesa, e de seu lema baseado na liberdade, igualdade e fraternidade, surge a mais importante declaração de direitos fundamentais até então, conhecida como *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, que versa, de maneira universal, sobre as garantias inerentes ao indivíduo.

No entendimento de Bonavides (2010), os sentimentos de liberdade, igualdade e fraternidade, elementos propulsores da Revolução Francesa, podem e devem ser considerados como a estrutura basilar no que diz respeito à doutrina dos direitos fundamentais, sendo que cada um desses corresponde a uma dimensão determinada de direitos. Leciona o festejado constitucionalista:

Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade. Com efeito, descoberta a fórmula de generalização e universalidade, restava doravante seguir os caminhos que consentissem inserir na ordem jurídica positiva de cada ordenamento políticos os direitos e conteúdos materiais referentes àqueles postulados. Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual,

segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII. Enfim, se nos deparamos direitos da primeira, da segunda e da terceira gerações, a saber, direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade, conforme tem sido largamente assinalado, com inteira propriedade, por abalizados juristas. Haja vista a esse respeito a lição Karel Vasak na aula inaugural de 1979 dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estraburgo. (BONAVIDES, 2010, p. 562/563)

Apesar de todos os avanços alcançados no decorrer da história com relação ao desenvolvimento dos direitos fundamentais, é somente após o término da Segunda Grande Guerra que a humanidade, em uníssono, começa a perceber que todos os valores até então defendidos arduamente, necessitavam de ser revistos.

Não mais o *ter* em detrimento do *ser*. Não mais o *patrimônio* em detrimento do *indivíduo*. Não mais as doutrinas *nacionalistas* e *egoísticas* em detrimento do *bem estar da coletividade* e, acima de tudo, do *homem pleno*. Após este momento catastrófico na história humana, emergem os direitos fundamentais como a última etapa na evolução dos direitos, em evento que se convencionou denominar de ***Virada Kantiana***. Nos dizeres de José Alexandre Franco (2005):

O movimento filosófico depois da Segunda Grande Guerra inicia uma nova reflexão do direito e da sua função social, voltando à cena a discussão dos princípios e das regras precursores de uma verdadeira teoria dos direitos fundamentais, que marca a virada kantiana. Volta-se a discutir o direito e a ética, revelando o valor intrínseco da dignidade da pessoa humana preconizada outrora, colocando o homem como fim do direito, não meio. É o póspositivismo fundamentado na ascensão dos valores, no reconhecimento da normatividade dos princípios e na essencialidade dos direitos fundamentais. (FRANCO, 2005, p. 02)

Ainda sobre o assunto, são pertinentes as palavras de Ana Cristina Silva Iatarola (2005):

A partir da superação histórica do jusnaturalismo, com o advento da promulgação dos códigos, incorporando de forma generalizada o direito natural aos ordenamentos positivos, o positivismo tornou-se a filosofia dos juristas. O direito positivado passou a ser acreditado como única forma legítima de se fazer justiça. Mas com o tempo, este movimento sujeitou-se a várias e profundas críticas, provenientes de uma reação intelectual que chegou a um fracasso político. A decadência deste estava associada à indignação diante das barbáries promovidas pelos episódios históricos, que em nome da lei, se valeram para disfarçar os arbítrios praticados pelos regimes totalitários, arbítrios estes que promoveram um desrespeito ao ser humano que

ultrajou a consciência da humanidade. Os acontecimentos da época, diante das desastrosas consequências geradas pelo desrespeito aos direitos da pessoa humana, serviram para mostrar que a estrutura meramente formal do positivismo desassociado dos valores éticos já não era passível de aceitação. O inconformismo deu margens a um conjunto amplo de reflexões acerca do Direito, promovendo um novo movimento denominado póspositivismo. Este movimento retomou a discussão do direito sob um novo prisma, que sem retornar à razão subjetiva do jusnaturalismo, ultrapassou o legalismo do positivismo e introduziu idéias de justiça e legitimidade, consagrando o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana como forma de orientação da atuação estatal.

(...)

Assim, a partir da segunda metade do século XX, os desejos humanitários promoveram uma reaproximação entre a ética e o direito, ao reintroduzir no ordenamento jurídico as idéias de justiça e equidade. Com a virada kantiana, a partir da releitura do imperativo categórico de Kant – “age como se a máxima de tua conduta pudesse se transformar em lei universal”, a liberdade estava relacionada com a legalidade, uma vez que era entendida como princípio de direito; agora, passa a ser vista sob um novo enfoque. Ao lado da idéia de liberdade, foi incluída a regra de justiça, passando a norma ética a exercer influência sobre a ordem jurídica positivada. Assim, faz surgir todo um campo de estudos que salienta a utilização da argumentação para uma melhor compreensão do Direito, uma aproximação da teoria dos direitos fundamentais e da teoria da justiça, como também um reconhecimento dos princípios na ordem jurídica. Com a reproaximação entre o direito e a ética, bem como do reconhecimento dos valores na órbita jurídica, houve uma promoção e uma referência aos princípios constitucionais, expressos ou implícitos. Este movimento contemporâneo promoveu a ascensão dos valores, o resgate da teoria dos direitos fundamentais e fez surgir uma dogmática principialista. Inaugurou uma nova concepção sobre a eficácia e a importância dos princípios, por reconhecer a sua normatividade e a sua relevância no sistema jurídico, passando a ser a síntese dos valores fundamentais consagrados no novo ordenamento jurídico. (IATAROLA, 2005, p. 19, 20 e 21)

Como resultado maior de todas as transformações advindas em referido período, em 10 de dezembro de 1948, em um mundo ainda atordoado pelas atrocidades cometidas pelos povos na Segunda Guerra Mundial, é elaborada a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, onde os direitos fundamentais são positivados em nível internacional, o que deveria fazer com que os mesmos, e aí se incluía a dignidade da pessoa humana, em todas as suas facetas, fossem aplicados de maneira mais ampla nos ordenamentos jurídicos estatais.

Comentando o desenvolvimento e o atual estágio dos direitos fundamentais, escrevem Siqueira e Piccirillo (2009):

A partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, os direitos fundamentais, passaram a ganhar relevo, tanto na esfera internacional, quanto no ordenamento

jurídico interno de cada Estado, passando-se a enxergar os direitos fundamentais sob outra ótica, uma ótica da necessidade. A isonomia passou a estar presente sempre ladeando os direitos fundamentais, sua previsão sempre buscando a limitação do poder estatal, para que pudesse prevalecer a liberdade individual. Por certo o caminho foi longo, começou-se de forma tímida até atingir o momento atual. O cenário talvez ainda não seja o que almejamos, mas muito há que se fazer. A trilha foi percorrida, o momento é melhor, mas ainda longe de findar-se. Temos que trilhar nosso caminho, principalmente tentando efetivar estes direitos fundamentais. (SIQUEIRA E PICCIRILLO, 2009, p. 12)

1.6. Dignidade da Pessoa Humana: base normativa dos direitos fundamentais

Não se pode perder de vista todas as transformações pelas quais o mundo passou e vem passando no decorrer dos acontecimentos. Se antes as distâncias eram colossais, hoje as mesmas são vencidas com um toque de dedos, no poder de um clique. Se antes as informações tardavam dias, semanas ou, até mesmo, meses, para chegar aos seus receptores, hoje estes mesmos receptores são os produtores diuturnos das informações. Se antes o homem, o indivíduo considerado em seu aspecto holístico, era visto como uma figura secundária nos eventos que formavam e modificavam o mundo, hoje o mesmo encontra-se deslocado para o papel principal, o ponto central das modificações que permeiam o globo.

E o Direito não poderia ficar isento perante todas as transformações sociais pelas quais o mundo passou. A noção de justiça que se busca nos momentos atuais vem muito mais focada naquilo que o indivíduo não apenas deseja, mas necessita em suas aspirações mais íntimas, que não refletem apenas vontades fúteis e egoísticas, indo muito mais além, consubstanciada, acima de tudo, em critérios que permitam ao ser o seu desenvolvimento pleno e eficaz.³²

Parafraseando Fernanda Schaefer Rivabem (2005, p. 02), a lei fundamental de um país tem por característica ser reflexo do momento histórico da sociedade que pretende regulamentar. Por todo o mundo democrático foram elaboradas novas cartas políticas com o intuito de acompanhar as transformações sociais que ao direito foram apresentadas. Referidas cartas tinham como finalidade

³² Nos dizeres de Luís Roberto Barroso (2007, p. 01 e 02), “Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para *jingles*, e não para sinfonias. O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a *injustiça* passeia pelas ruas com passos firmes e a *insegurança* é a característica da nossa era. Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos *pós* e *neo*: pósmodernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus.”

precípua não apenas conceder aos indivíduos direitos e garantias que ficassem restritas às letras e papéis mortos nos quais os mesmos foram escritos, mas propiciar aos mesmos a oportunidade de exercer todas as prerrogativas que lhe fossem conferidas. Sobre o tema, leciona Rivabem (2005):

O constitucionalismo contemporâneo define a Constituição Federal como uma ordem objetiva de valores, ou seja, como o reflexo dos anseios da sociedade em um determinado momento histórico. Essa nova ordem permite que valores que se constroem ao longo da história da sociedade aos poucos se incorporem ao texto constitucional, preservando-o, sempre, de acordo com as necessidades sociais, políticas e jurídicas de seu tempo. (RIVABEM, 2005, p. 03)

Como colocado alhures, se anteriormente o indivíduo era visto e entendido como acessório das situações que lhe cercavam, atualmente o papel desempenhado pelo mesmo tende a se alterar. Principalmente com as mudanças ocorridas em um mundo devastado por um conflito mundial, assombrado com as mazelas praticadas pelos seres humanos contra seus pares, percebeu-se que era necessário realizar uma inversão dos valores que até então eram adotados.³³

Um dos pilares principais das transformações ocorridas no seio das elaborações jurídicas foi a importância que passou a ser conferida ao denominado princípio da *dignidade da pessoa humana*. O conceito será bastante discutido nas linhas posteriores, contudo, cabe, no presente momento, alinhar a definição fornecida por Ingo Wolfgang Sarlet (2010), sobre a expressão “dignidade da pessoa humana”:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2010, p. 70)

³³ Para Barroso (2007, p. 03): “A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático.”

A elevação de referido princípio a um dos pilares básicos de ordenamentos jurídicos que querem ser denominados e, acima de tudo, reconhecidos como democráticos traz consigo uma série de transformações que movem todas as estruturas nas quais se alicerçavam os modelos até então vigentes.

Sobre o assunto, preleciona Rivabem (2005):

Assim, como a maioria das atuais Constituições Latino-Americanas, a Constituição Federal Brasileira de 1988, é fruto da luta contra o autoritarismo do regime militar, surgindo em um contexto de busca da defesa e da realização de direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade nas mais diferentes áreas (econômica, social, política...). Seguindo a tendência do constitucionalismo contemporâneo, incorporou expressamente ao seu texto o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), definindo-o como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito. (RIVABEM, 2005, p. 02)

O desenvolvimento histórico do conceito de dignidade da pessoa humana em muito se identifica com o desenvolvimento anteriormente traçado para os direitos fundamentais. Apesar de sua positivação ser um fenômeno recente, é possível vislumbrarem-se algumas noções legislativas que tinham como fim o indivíduo em si mesmo, inclusive em organizações sociais mais remotas.^{34 35}

A ideia de se desenvolver o ser humano de maneira plena, constituído de validade universal e normativa, conhece seu princípio na antiguidade clássica, mais precisamente na Grécia Antiga que, apesar de não conter dispositivos normativos que versassem expressamente sobre o tema ora em comento, legou para a posteridade uma reflexão filosófica sobre o indivíduo que é de grande valia para a construção da dignidade humana que se conhece atualmente. Contudo, são pertinentes as observações de Sarlet (2010):

³⁴ Em Rivabem (2005) é colocado que os Códigos de Hammurabi (2394 a.C.) e Manu (200 a.C. – Índia) e a Lei das XII Tábuas (452 a.C.) já traziam, em seu bojo, dispositivos que continham traços, ainda que primitivos e distantes do conceito atual, da dignidade da pessoa humana.

³⁵ Muito salutar também é o ensinamento de Sarlet (2010, p. 31 e 32) a este respeito: “Assim, sem adentrarmos, ainda, o problema do significado que se pode hoje atribuir à dignidade da pessoa humana, cumpre ressaltar, de início, que a ideia do valor intrínseco da pessoa humana deita raízes já no pensamento clássico e no ideário cristão. Muito embora não nos pareça correto, inclusive por nos faltarem dados seguros quanto a este aspecto, reivindicar – no contexto das diversas religiões professadas pelo ser humano ao longo dos tempos – para a religião cristã a exclusividade e originalidade quanto à elaboração de uma concepção de dignidade da pessoa, o fato é que tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências se sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência – lamentavelmente renegada por muito tempo por parte das instituições cristãs e de seus integrantes (basta lembrar as crueldades praticadas pela Santa Inquisição) – de que o ser humano – e não apenas os cristãos – é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.”

No pensamento filosófico e político da Antiguidade Clássica, verifica-se que a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas. (SARLET, 2010, p. 32)

Do pensamento vigente na Roma clássica, tem-se a evolução de se compreender o sentido de dignidade desvinculado do cargo ou posição social (diferentemente da Grécia), conferindo ao conceito um sentido moral, ligado à noções de integridade, lealdade, mérito, dentre outros. Mais uma vez, nos ensinamentos de Sarlet (2010):

Por outro lado, já no pensamento estoíco, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção esta que se encontra, por sua vez, intimamente ligada à noção de liberdade pessoal de cada indivíduo (o Homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino), bem como à ideia de que todos os seres humanos, no que diz com sua natureza, são iguais em dignidade. Com efeito, de acordo com o jurista, político e filósofo romano Marco Túlio Cícero, é a natureza quem prescreve que o homem deve levar em conta os interesses de seus semelhantes, pelo simples fato de também serem homens, razão pela qual todos estão sujeitos às mesmas leis naturais, de acordo com as quais é proibido que uns prejudiquem aos outros, passagem na qual (como, de resto, encontrada em outros autores da época) se percebe a vinculação da noção de dignidade com a pretensão de respeito e consideração a que faz jus cada ser humano.

(...)

No que diz com a concepção vigente neste período (mas que, de certa forma, segue presente nos dias de hoje, quando se fala na dignidade de cargos e funções, na honra e imagem da pessoa no seu contexto social, etc.), importa destacar, recolhendo aqui a lição de Paolo Becchi, que no mundo romano antigo, a noção de dignidade humana adquire – precisamente por influência do pensamento de Cícero, primeiro a ressaltar ambas as acepções – um duplo significado, visto que, por um lado o homem possui uma dignidade que decorre de sua posição mais alta na hierarquia da natureza, já que é o único ser racional dentre os animais, o que lhe assegura uma posição especial no universo (sentido absoluto da dignidade), ao passo que, já em outro sentido, relativo, a dignidade está vinculada à posição social do indivíduo, posição esta que poderá ser alterada ao longo de sua existência. (SARLET, 2010, p. 32, 33 e 34).

Movimentando-se as areias do tempo, chegando ao período histórico humano conhecido como Idade Média, onde o desenvolvimento do Cristianismo e de sua filosofia de respeito a todos os seres, consubstanciada no “*ama teu próximo como a ti mesmo e fazei a ele aquilo que gostaria que*

fosse feito para contigo”, tem-se a dignidade da pessoa humana com os resquícios dos conceitos desenvolvidos atualmente. Nas palavras de Rivabem (2005):

A idéia de igualdade inerente a todos os homens é trazida pela noção de que este é concebido à imagem e semelhança de Deus e, portanto, seria essa igualdade a expressão mais pura da dignidade da pessoa humana. Por óbvio, durante longos períodos da História da humanidade esse respeito à igualdade e à dignidade permaneceram mais no plano espiritual e subjetivo do que, propriamente, na práxis, mas esse fato não retira a importância do pensamento cristão na formação do conceito contemporâneo de dignidade da pessoa humana. (RIVABEM, 2005, p. 04)

Em Tomás de Aquino encontra-se a primeira referência expressa ao termo dignidade humana. Disserta Sarlet (2010):

(...) São Tomás de Aquino formulou, para a época, um novo conceito de pessoa e acabou por influenciar a noção contemporânea de dignidade da pessoa humana ao definir a pessoa como substância individual de natureza racional. Mesmo no auge do medievo – de acordo com a lição de Klaus Stern – a concepção de inspiração cristã e estoica seguiu sendo sustentada, destacando-se Tomás de Aquino, o qual, fortemente influenciado também por Boécio, chegou a referir expressamente a expressão “*dignitas humana*” (...) (SARLET, 2010, p. 34)

É entendimento uníssono de que foi com Immanuel Kant que o conceito de dignidade da pessoa humana assume, de maneira certa, os contornos³⁶ atuais, abandonando, nas palavras de Sarlet (2010, p. 37) as suas “*vestes sacrais*”. Em Rivabem (2005), encontra-se:

Realizando um salto histórico, chega-se a Immanuel Kant (1724-1804) cuja concepção de dignidade prevalece até os dias atuais impregnada no pensamento filosófico-constitucional. O homem é concebido como sujeito do conhecimento e, por isso, é capaz de ser responsável por seus próprios atos e de ter consciência de seus deveres. Assim, mais do que respeitar um dever, tem o homem que se tornar um ser moral. Kant, então elaborou o seguinte imperativo categórico “*age apenas segundo uma máxima tal que possas querer que ela se torne uma lei universal*”.

³⁶ Cite-se, a título de complementação de informação, a importância, para o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, dos ensinamentos de autores como Pico della Mirandola, Francisco de Vitoria, Hugo Grócio, Thomas Hobbes, Samuel Pufendorf, dentre outros. Contudo, para não ser muito prolixo, o artigo que ora se desenvolve fez a opção de não comentar, de maneira pormenorizada, os ensinamentos de cada um desses pensadores, deixando apenas notório a sua grande importância.

Desta fórmula Immanuel KANT concluiu que “o homem existe como fim em si mesmo, nunca como meio para realização das vontades”. (RIVABEM, 2005, p. 05)

Para Wilson Steinmetz (2004):

Invariavelmente, na literatura especializada, o ponto de partida, para a descrição do conteúdo de sentido da dignidade da pessoa, é a filosofia moral de Kant, tal como esboçada na “Fundamentação da metafísica dos costumes” (1785). O objetivo de Kant era descobrir o princípio supremo da moralidade, um princípio incondicionado da moralidade – incondicionado no sentido de um princípio racional independente de conteúdos empíricos, válido para todos e independente de circunstâncias particulares. O filósofo alemão concluiu que esse princípio supremo era o imperativo categórico. Na “Fundamentação da metafísica dos costumes”, o imperativo categórico foi enunciado de diferentes formas. A que interessa aos juristas, quando descrevem o conceito de dignidade da pessoa, é esta: “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio. (STEINMETZ, 2004, p. 114 e 115)

Não se pode também perder de vista que, em Kant, o conceito de dignidade da pessoa humana é intrinsecamente relacionado aos seus caracteres de autonomia de vontade. Neste ínterim, disserta Sarlet:

Construindo sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, Kant sinala que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana. Em síntese e no que diz com o presente tópico, é possível acompanhar Thadeu Weber quando refere que autonomia e dignidade estão, notadamente no pensamento de Kant, intrinsecamente relacionados e mutuamente imbricados, visto que a dignidade pode ser considerada como o próprio limite do exercício do direito de autonomia, ao passo que este não pode ser exercido sem o mínimo de competência ética. (SARLET, 2010, p. 37).

Induvidoso que o pensamento de Kant é base da fundamentação e conceituação da dignidade da pessoa humana pela doutrina nacional e alienígena³⁷.

Diz o colóquio popular que *as guerras são as maiores parteiras da humanidade*. E nenhum outro conflito bélico alterou tanto o panorama contemporâneo humano como a Segunda Grande Guerra. No caso específico da dignidade da pessoa humana, foi a partir deste momento tenebroso da história do planeta que esse passou a ser constitucionalizado nos diversos Estados mundiais.

1.7. Conceituação de “Dignidade da Pessoa Humana”

Para que se expressem alguns conceitos referentes á dignidade da pessoa humana, necessário se faz apontar as dificuldades existentes na consecução de tal tarefa. Como bem aponta Sarlet (2010):

Ainda que as considerações até agora tecidas já possam ter lançado alguma luz sobre o significado e o conteúdo da dignidade da pessoa humana, não há como negar, de outra parte, que uma conceituação clara do que efetivamente seja esta dignidade, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, se revela no mínimo difícil de ser obtida, isso sem falar na questionável (e questionada) viabilidade de se alcançar algum conceito satisfatório do que, afinal de contas, é e significa a dignidade da pessoa humana hoje, não sendo evidentemente á toa que já houve quem – ao referir-se à dignidade humana – falou de uma “tese não interpretada” (Theodor Heuss). Tal dificuldade, consoante exaustiva e corretamente destacado na doutrina, decorre certamente (ao menos também) da circunstância de que se cuida de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por sua “ambiguidade e porosidade”, assim como por sua natureza necessariamente polissêmica, muito embora tais atributos não possam ser exclusivamente atribuídos à dignidade da pessoa. Assim, embora com a devida cautela, há como acompanhar José de Melo Alexandrino quando bem averba, em passagem ora transcrita na íntegra, que o “princípio da dignidade da pessoa humana parece pertencer àquele lote de realidades particularmente avessas à claridade, chegando a dar a imprecisão de se obscurecer na razão directa do esforço despendido para o clarificar. (SARLET, 2010, p. 47)

A grande dificuldade de se construir um conceito rígido de dignidade da pessoa humana reside no fato de que esta, por sua natureza mais íntima, não é rígida, modificando-se diuturnamente,

³⁷ No Direito comparado podem se indicar como Constituições que atentas a esse movimento que expressamente previram em seus textos o princípio da dignidade da pessoa humana: Italiana (27/12/1947 – art. 3º); Alemã (23/05/1949 – art. 1º, nº1); Portuguesa (25/04/1976 e revisão de 1989 – art. 1º) e Espanhola (art. 10, nº 1).

acompanhando as evoluções sociais, sempre buscando estar na vanguarda de proteção aos direitos inerentes ao ser humano. Trata-se de um princípio aberto e não taxativo³⁸, possui múltiplos significados e efeitos. Sobre o assunto, Antônio Junqueira de Azevedo (2002):

É preciso, pois, aprofundar o conceito de dignidade da pessoa humana. A pessoa é um bem, e a dignidade, o seu valor. O direito do século XXI não se contenta com os conceitos axiológicos formais, que podem ser usados retoricamente para qualquer tese. Mal o século XX se livrou do vazio do ‘bando dos quatros’ – os quatro conceitos jurídicos indeterminados: função social, ordem pública, boa-fé, interesse público – preenchendo-os, pela lei, doutrina e jurisprudência, com alguma diretriz material, surge agora, no século XXI, problema idêntico com a expressão “dignidade da pessoa humana”. (AZEVEDO, 2002, p. 12)

É importante realçar o conceito de dignidade da pessoa humana elaborado por Sarlet (2002), em razão da sua abrangência e por sintetizar todo o rol de proteção estabelecido por esse princípio:

A dignidade da pessoa humana corresponde à qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2002, p.60)

Em primeiro lugar, a dignidade repousa na liberdade que todo ser humano possui de, ao menos potencialmente, formatar sua própria existência sendo, portanto, sujeito de direitos. Não se pode perder de vista que o direito geral de igualdade encontra-se diretamente ancorado também na dignidade da pessoa humana.

Não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba, necessariamente, o respeito e a proteção da integridade física e emocional das pessoas. Nessa mesma linha de raciocínio, advém o reconhecimento e a proteção da identidade pessoal. Até mesmo o direito de propriedade constitui-se em dimensão inerente à dignidade da pessoa humana. Prosseguindo, assenta o notável e festejado jurista que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser

³⁸ O conceito jurídico de dignidade da pessoa humana é indeterminado, ou seja, o seu conteúdo e a sua extensão são incertos, embora seja inegável que se trata de qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano, e outro não poderia ser o entendimento.

humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta, por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.

1.8. A Dignidade da Pessoa Humana na Carta Republicana de 1988

Seguindo os moldes internacionais, que se inspiraram em fenômenos deprimentes de desrespeito aos direitos humanos, em seus mais variados matizes, o Estado brasileiro, após longos e tenebrosos anos ditatórias, desejando ser considerado, cada vez mais, como Democrático e de Direito, inculpi, como um dos fundamentos basilares da República, a dignidade da pessoa humana.

Para referendar ratificar tal posição, o Constituinte de 1988, de maneira inédita, estatui, na Carta Cidadã desse mesmo ano, erigindo em nível constitucional, o comentado princípio, o que significa atribuir ao Estado brasileiro a tarefa de preservá-lo, promovendo condições que tornem possível a sua realização prática.

Nos dizeres de Rivabem (2005), a positivação da dignidade da pessoa humana, em nível constitucional, no Estado brasileiro, foi uma reação ao autoritarismo militar, bem como às violações frequentes a direitos e garantias fundamentais.

Sobre o assunto, são pertinentes as palavras de Edilson Pereira de Farias (2000):

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre relevante papel na arquitetura constitucional: o de fonte jurídico-positiva de direitos fundamentais. Aquele princípio é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais. Dessarte o extenso rol de direitos e garantias fundamentais consagrados no título II da Constituição Federal de 1988 traduz uma especificação e densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Em suma, os direitos fundamentais são uma primeira e importante concretização desse último princípio, quer se trate dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), dos direitos sociais (art. 6º ao 11) ou dos direitos políticos (arts. 14 ao 17). Ademais, aquele princípio funcionará como uma cláusula aberta no sentido de respaldar o surgimento de direitos novos não expressos na Constituição de 1988, mas nela implícitos, seja em decorrência do regime e princípios por ela adotados, ou em virtude de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, reforçando assim, o disposto no art. 5º, §2º. Estreitamente relacionada com essa função, pode-se mencionar a dignidade da pessoa humana como critério interpretativo do inteiro ordenamento constitucional. (FARIAS, 2000, p. 66 e 67)

A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque ele é o elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio constitucional, projetando-a para todo o sistema jurídico, político e social, tornando-a o alicerce principal da República e do Estado Democrático de Direito e permitindo que possua proeminência axiológica-normativa sobre os demais princípios.³⁹

Disserta Flávia Piovesan (2000):

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro”. É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro superprincípio a orientar o Direito Internacional e o Interno. (PIOVESAN, 2000, p. 54)

A positivação do princípio como fundamento do Estado do Brasil quer significar, pois, que esse existe para o homem, para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permitam que ele atinja seus fins: que o seu fim é o homem, como fim em si mesmo que é, quer dizer, como sujeito de dignidade, de razão digna e supremamente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado.

Em Sarlet (2005) encontra-se:

A qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral (que ela, em última análise, não deixa de ter), mas que constitui uma norma jurídico-positiva com status constitucional e, como tal, dotada de eficácia, transformando-se de tal sorte, para além da dimensão

³⁹ A proclamação constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana é a oficialização de um direito previsto por civilizações antigas e cuja História humana mostrou ser importante constar expressamente nos ordenamentos jurídicos em conjugação com direitos e garantias fundamentais que possibilitem a sua concretização prática.

ética já apontada, em valor jurídico fundamental da comunidade. (SARLET, 2005, p. 111 e 112)

A dignidade da pessoa humana deixou de ser uma mera manifestação conceitual do direito natural, para se converter em um princípio autônomo intimamente conectado à realização e concretização dos direitos fundamentais e que impõe limites à atuação estatal e particular visando a mais ampla proteção do ser humano. Trata-se de princípio que mesmo não estando expresso em todos os ordenamentos constitucionais latino-americanos, passou a ser mundialmente reconhecido como um direito humano e, portanto, inafastável de qualquer relação jurídica, econômica, social e política.

1.9. Direitos Sociais

Não é objetivo do presente trabalho esgotar todas as definições existentes acerca dos direitos sociais. Serão colacionadas algumas noções conceituais, de maneira breve e objetiva, visando a uma complementação de conhecimentos sobre o assunto em pauta.⁴⁰

De acordo com Luño (2005), os direitos sociais podem ser entendidos em dois sentidos: o objetivo, como o conjunto das normas mediante as quais o Estado cumpre sua função equilibradora das desigualdades sociais; e o subjetivo, como a faculdade dos indivíduos e dos grupos em participar dos benefícios da vida social, traduzindo-se em determinados direitos e prestações, diretas ou indiretas, por parte dos poderes públicos.

A característica básica dos direitos sociais está no fato de que foram formulados dirigindo-se menos aos indivíduos tomados isoladamente como cidadãos livres e anônimos e mais na perspectiva dos grupos, comunidades, corporações e classes a que pertencem, ou seja, numa linha oposta ao paradigma kantiano de uma justiça universal.

Para Ferreira Filho (2006), os direitos sociais, como as liberdades públicas, são direitos subjetivos, não sendo, todavia, simples poderes de agir, característica típica das liberdades públicas, mas sim poderes de exigir, consubstanciando-se em direitos de crédito.

⁴⁰ Leciona Fileti (2009, p. 61) que a própria expressão *direitos* sociais é passível de discordância, já que os mesmos são também conhecidos como direitos econômicos, sociais ou, ainda, de segunda geração. Com a definição *direitos sociais*, a expressão provém do direito constitucional e dos ramos do direito nacional regulados por meio da matriz do direito social. Quanto às definições *direitos econômicos e/ou direitos culturais*, a expressão relaciona-se ao direito internacional, ou seja, é adotada numa visão internacionalista. Contudo, na maioria dos casos, tratam-se dos mesmos direitos, embora positivados de forma diferenciada conforme o âmbito, nacional ou internacional.

Leciona Leivas (2006) que os direitos sociais, em sua significação material, são:

(...) direitos a ações positivas fáticas, que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-las de particulares; porém, na ausência destas condições e, considerando a importância destas prestações, cuja outorga ou não-outorga não pode permanecer nas mãos da simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado por força de disposição constitucional. (LEIVAS, 2006, p. 89)

É sempre oportuno trazer à colação os judiciosos ensinamentos de Sarlet (2009), a propósito do tema em questão. Referido autor, em sua magnífica obra sobre *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, assevera que os direitos fundamentais, inclusive os sociais, constituem exigência e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.⁴¹

Define ainda supracitado autor a dignidade da pessoa humana como sendo a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Em apertada síntese, exprime o douto Catedrático que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental atrai todo o conteúdo dos direitos fundamentais. Em primeiro lugar, a dignidade repousa na liberdade que todo ser humano possui de, ao menos potencialmente, formatar sua própria existência sendo, portanto, sujeito de direitos. Não se pode perder de vista que o direito geral de igualdade encontra-se diretamente ancorado também na dignidade da pessoa humana. Não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba, necessariamente, o respeito e a proteção da integridade física e emocional das pessoas. Nessa mesma linha de raciocínio, advém o reconhecimento e a proteção da identidade pessoal. Até mesmo o direito

⁴¹ Tangentemente à positivação do princípio da dignidade da pessoa humana pelo constituinte de 1988, ressalta Sarlet (2009) que: “Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art.1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha -, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.” (ob.cit., p. 75)

de propriedade constitui-se em dimensão inerente à dignidade da pessoa humana. Prosseguindo, assenta o notável e festejado jurista que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta, por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.

Ao estabelecer o elo de concretização dos direitos fundamentais com o princípio da dignidade da pessoa humana, ressalta o constitucionalista em comentário que os denominados direitos sociais, econômicos e culturais, seja na condição de direitos de defesa (negativos), seja na sua dimensão prestacional (positivos), constituem exigência e concretização da dignidade da pessoa humana. Por fim, o autor cita os direitos políticos – direitos de cidadania e nacionalidade – que igualmente representam vínculo direto e indissociável com a idéia de dignidade da pessoa, concluindo que esta relação, este liame entre a dignidade da pessoa humana, não é uma relação *sui generis*, visto que a dignidade da pessoa humana assume simultaneamente a função de elemento e medida dos direitos fundamentais, de tal sorte que, em regra, uma violação de um direito fundamental estará sempre vinculada com uma ofensa à dignidade da pessoa.

Laffer (2006) considera que os direitos sociais possuem como função primordial a de garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo, impedindo, desta maneira, a invasão do todo em relação ao indivíduo, que também resulta da escassez dos meios de vida e de trabalho. Por essa razão, os direitos sociais anseiam pela condição real de igualdade entre os indivíduos, considerando as suas desigualdades, e trabalhando a partir dessas desigualdades.

1.9.1. Origem e desenvolvimento dos Direitos Sociais

Sobre a origem e desenvolvimentos dos direitos sociais, disserta o eminente Norberto Bobbio (2004):

Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais (...) tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e

frequente dos membros de uma comunidade no poder político (...); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências (...), como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado. (BOBBIO, 2004, p. 32)

No entendimento de Bonavides (2010), os sentimentos de liberdade, igualdade e fraternidade, elementos propulsores da Revolução Francesa, podem e devem ser considerados como a estrutura basilar no que diz respeito à doutrina dos direitos fundamentais, sendo que cada um desses corresponde a uma dimensão determinada de direitos. Leciona o festejado constitucionalista:

Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a seqüência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade. Com efeito, descoberta a fórmula de generalização e universalidade, restava doravante seguir os caminhos que consentissem inserir na ordem jurídica positiva de cada ordenamento políticos os direitos e conteúdos materiais referentes àqueles postulados. Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII. Enfim, se nos deparamos direitos da primeira, da segunda e da terceira gerações, a saber, direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade, conforme tem sido largamente assinalado, com inteira propriedade, por abalizados juristas. Haja vista a esse respeito a lição Karel Vasak na aula inaugural de 1979 dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo. (BONAVIDES, 2010, p. 361)

Disserta Comparato (2007) que os direitos de primeira dimensão, que visam a emancipação do indivíduo face às organizações sociais que o vinculavam, encontram seu fundamento nas declarações de direitos norte-americanas e na Declaração Francesa de 1789.

Pautadas sobre a igualdade total e plena dos indivíduos, assegurada pela primazia da lei⁴², marca característica do Estado Liberal, não tardaram para que os problemas inerentes a referida

⁴² De acordo com ensinamentos de Comparato (2007, p. 53 e 54), a igualdade total e plena dos indivíduos, assegurada pelo império da lei, acaba por ser uma medida extremamente insuficiente, já que a pretensa equiparação de indivíduos com características profundamente diferentes, em todas as matizes possíveis, partida de um pressuposto de que todos poderiam, pelos seus próprios meios, prover a sua subsistência e enfrentar as adversidades impostas pela vida, resultou em um avassalador empobrecimento das massas proletárias, trabalhadoras, base e sustentáculo primordial do Estado, já na primeira metade do século XIX. Em outras

concepção mostrassem-se patentes, consubstanciados em um aumento substancial no desrespeito aos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, principalmente no que dizia respeito à grande massa proletária, que trabalhava quase que a exaustão para garantir os láureos de um Estado que muito pouco, ou quase nada, realizava pela mesma.

Sobre o assunto, disserta Sarmiento (2006):

O advento dos direitos de cunho liberal não se mostrou suficiente para que a dignidade humana fosse assegurada. A industrialização, marcada pelo signo do *laissez faire, laissez passer*, acentuou a exploração do homem pelo homem, problema que o Estado liberal, de característica absentéista, não tinha como resolver. (SARMENTO, 2006, p. 15)

Era necessário que o Estado adotasse uma nova maneira de encarar os direitos do indivíduo, não mais desprezando as desigualdades visíveis existentes entre os mesmos, mas entendendo que é a partir dessas desigualdades que se encontrava o alicerce para a construção de um modelo mais democrático e social, nas verdadeiras acepções do termo⁴³. Sobre o assunto, leciona Sarlet (2009):

O grande impacto causado pela industrialização, aliado aos graves problemas sociais e econômicos dela decorrentes, bem como ao surgimento das doutrinas socialistas e à constatação de que a consagração formal da liberdade e da igualdade não gerava a garantia de que seriam efetivamente gozadas, resultaram, ainda no decorrer do século XIX, no surgimento de amplos movimentos reivindicatórios e no conseqüente reconhecimento de direitos que impunham ao Estado um comportamento ativo na busca da realização de justiça social. (SARLET, 2009, p. 56)

Estavam lançadas as bases para a busca de uma gama de direitos que visasse, acima de tudo, a concessão de uma vida digna ao ser humano. Encontrava-se aqui, nas condições deprimentes de vida

palavras, aqueles que deveriam ser a maior preocupação do Estado, acabavam por se transformar nas maiores vítimas de sua política de *igualdade*.

⁴³ Essa busca de uma nova concepção de tratamento do indivíduo por parte do Estado era um anseio da sociedade como um todo, por meio da quase generalidade de suas organizações. Note-se, sobre o assunto, a orientação de Sarmiento (2006, p.17), que disserta que, no cenário descrito, surgem, dos mais variados flancos, críticas ao liberalismo econômico, sob cuja égide se criara e se nutria o capitalismo selvagem. Neste ínterim, tanto o marxismo, como o socialismo utópico e a doutrina social da Igreja, sob perspectivas diferentes, questionavam o individualismo exacerbado do constitucionalismo liberal. Embora sob argumentos diferentes, todos entendiam que o comportamento do Estado não podia continuar como estava, deixando a margem do desenvolvimento uma grande parcela de indivíduos em detrimento do enriquecimento de alguns poucos demais.

da massa operária do século XIX e nos seus anseios por melhores condições, o embrião para o desenvolvimento dos direitos econômicos e sociais.

Para Bonavides (2010):

O Estado Social nasceu de uma inspiração de justiça, igualdade e liberdade; é a criação mais sugestiva do século constitucional, o princípio governativo mais rico em gestão no universo político do Ocidente.

Ao empregar meios intervencionistas para estabelecer o equilíbrio na repartição dos bens sociais, instituiu ele, ao mesmo passo, um regime de garantias concretas e objetivas, que tendem a fazer vitoriosa uma concepção democrática de poder, vinculada primacialmente com a função e fruição dos direitos fundamentais, concebidos doravante em dimensão por inteiro distinta daquela peculiar ao feroz individualismo das teses liberais e subjetivistas do passado. Teses sem laços com a ordem objetiva dos valores que o Estado concretiza sob a égide de um objetivo maior: o da paz e da justiça na sociedade. (BONAVIDES, 2010, p. 525)

Vale ressaltar que os direitos sociais e econômicos, diferentemente dos chamados direitos constituidores das liberdades, pressupõem a existência de situações de desigualdade que só podem ser resolvidas mediante uma necessária e contundente intervenção estatal. Leciona ALEXY (1993) que os direitos sociais e econômicos são entendidos como direitos a prestações positivas a serem exigidas do Estado⁴⁴, que, no caso de se possuir condições econômico-financeiras suficientes e de se encontrar no mercado uma oferta acessível, poder-se-iam obter também de particulares.

Sobre a origem e evolução dos direitos sociais, disserta Canotilho (2003)

Se o capitalismo mercantil e a luta pela emancipação da “sociedade burguesa” são inseparáveis da consciencialização dos direitos do homem, de feição individualista, a luta das classes trabalhadoras e as teorias socialistas (sobretudo Marx, em “A Questão Judaica”) põem em relevo a unidimensionalização dos direitos do homem “egoísta” e a necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do “homem total”, o que só seria possível numa

⁴⁴ Interessante colacionar os ensinamentos de Fernando Atria (2004, p. 31 e 32) que em seu brilhante artigo intitulado *Existem Direitos Sociais?* ressalta a diferença de tratamento concedida aos direitos sociais no Estado Liberal e no Estado Socialista. Para referido autor, na concepção liberal, da mesma forma que os direitos liberais, estes direitos fundam-se no próprio interesse e são uma espécie de seguro que cada agente toma para se precaver da possibilidade de se encontrar descoberto e necessitado. Por esta razão, não são direitos a uma forma de vida propriamente humana dentro de uma sociedade mais igualitária, senão direitos a um mínimo de bem-estar que defenda o indivíduo da pobreza e que o ligue a uma situação melhor do que aquela que tinha no estado de natureza. Diferentemente, quando se observam desde a concepção socialista, os direitos sociais antes de tudo perseguem a redução das desigualdades de classe, sendo uma manifestação de uma forma superior de comunidade, uma em que cada um contribui de acordo com suas capacidades e recebe de acordo com suas necessidades.

nova sociedade. Independentemente da adesão aos postulados marxistas, a radicação da idéia da necessidade de garantir o homem no plano econômico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno, passou a fazer parte do patrimônio da humanidade. (CANOTILHO, 2003, p. 385)

Em consonância com os ensinamentos de Appio (2005)

O ainda incipiente processo de industrialização no continente europeu, que demandava a reformulação das relações entre capital e trabalho, revelou a insuficiência do modelo adotado pelo Estado liberal no que diz respeito aos direitos fundamentais, impondo a adoção de um novo modelo de Estado que, já no século XX, passa a assumir a missão de superar os problemas gerados pelo capitalismo. O Estado social nasce ancorado na necessidade de uma reformulação do capitalismo, a partir do esgotamento do modelo liberal. Os direitos de liberdade, considerados como direitos naturais e correlatos à própria condição humana, revelaram-se incapazes de conter conflitos crescentes no âmbito social, sendo necessário que o Estado passasse a positivizar direitos de índole “artificial”, os direitos econômicos e sociais. (APPIO, 2005, pp. 55-56)

Apesar de a Constituição francesa de 1848, construída sob os alicerces da liberdade, da igualdade e da fraternidade, já ter garantido alguns direitos inerentes ao indivíduo e à sua dignidade, a afirmação concreta dessa nova dimensão de direitos só ocorre na primeira metade do século XX, com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919⁴⁵, que podem ser consideradas com as primeiras Cartas Políticas a positivarem os chamados direitos sociais⁴⁶.

Ainda sobre o assunto, e destacando a importância das Cartas mexicana e alemã na posituação dos direitos sociais, disserta Comparato (2007):

O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-

⁴⁵ De acordo com Meireles (2008), não obstante o pioneirismo da Constituição mexicana de 1917, a Carta de Weimar, da Alemanha, tornou-se o paradigma do constitucionalismo social do primeiro pós-guerra do século XX, devido à importância que assumiu e das circunstâncias em que foi implantada, qual seja, a de estruturação do Estado da democracia social, iniciada pela Constituição mexicana.

⁴⁶ A partir dessa incipiente posituação, inicia-se, de acordo com os ensinamentos de Ferreira Filho (2000), a concretização do Estado do Bem-Estar, Estado Social, Welfare State ou, ainda, do Estado Providencialista, onde a liberdade de todos só pode ser obtida pela ação do Estado, daí a intervenção do mesmo nos domínios econômico e social.

fascista e a Segunda Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos – que o sistema comunista negava – com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo. De certa forma, os dois grandes pactos internacionais de direitos humanos, votados pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1966, foram o desfecho do processo de institucionalização da democracia social, iniciado por aquelas duas Constituições do início do século. (COMPARATO, 2007, p. 192 e 193)

A Carta de Weimar, em consonância com os ensinamentos de Dimoulis e Martins (2008), era constituída de um extenso rol de direitos fundamentais, dividido em cinco títulos que tratavam do indivíduo, da ordem social, da religião e sociedades religiosas, da educação e formação escolar e da ordem econômica. Enquanto que os dois primeiros títulos estabeleciam as garantias liberais clássicas, os dois últimos introduziam a dimensão social e econômica dos direitos fundamentais, objetivando-se, desta forma, garantir a liberdade individual por meio de ações, ou prestações, estatais.

Insta frisar que nem todos consideram a Constituição Mexicana como marco da positivação dos direitos sociais. Sobre referida problemática, disserta Ferreira Filho (2006):

A Constituição mexicana de 1917 é considerada por alguns como o marco consagrador da nova concepção dos direitos fundamentais. Não há razão para isso, mesmo sem registrar que sua repercussão imediata, mesmo na América Latina, foi mínima. Na verdade, o que essa Carta apresenta como novidade é o nacionalismo, a reforma agrária e a hostilidade em relação ao poder econômico, e não propriamente o direito ao trabalho, mas um elenco dos direitos do trabalhador (Título VI). Trata-se, pois, de um documento que inegavelmente antecipa alguns desdobramentos típicos do direito social. Nem de longe, todavia, espelha a nova versão dos direitos fundamentais. (FERREIRA FILHO, 2006, p. 46-47)

Não se pode deixar de comentar, no campo das primeiras positivações relativas aos direitos sociais, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, redigida sob a égide da Revolução Russa de 1917, que trouxe diversas inovações com relação ao assunto em pauta, inovações estas que foram ratificadas pela Constituição soviética de 1918, que trouxe consigo uma nova gama de direitos sociais, além dos já previstos pela declaração anterior.⁴⁷

⁴⁷ Como assevera Ferreira Filho (2006), a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, trouxe várias mudanças no campo socioeconômico e político. No entanto, tal declaração, seguindo as linhas do Manifesto Comunista de Marx e Engels, só considerava como titular de direitos os trabalhadores com promessas consubstanciadas no *esmagar impiedosamente todos os exploradores*. Foi, portanto, contrária aos direitos humanos, já que, em razão da luta de classes, não se considerou o princípio da igualdade entre todos os indivíduos, não exercendo grande influência na definição dos novos direitos fundamentais.

Ponto finalizando, tem-se que a Constituição Mexicana de 1917 (apesar de contestada por alguns) e a Constituição de Weimar de 1919 são os marcos iniciais da positivação dos direitos sociais nas Cartas Políticas⁴⁸. Referida positivação é consequência de movimentos sociais nascidos ainda no século XIX, em decorrência de uma desigualdade gritante causada pelas estruturas fundamentais sobre as quais se apoiavam o Estado Liberal. Após essa incipiente positivação, os direitos sociais passaram a ser alvo de documentos adotados pela Assembléia Geral das Nações Unidas, quais sejam, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 1948 e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, datado de 1966.⁴⁹

1.9.2. As Controvérsias Existentes acerca da Fundamentalidade dos Direitos Sociais na Carta Política de 1988

O ser humano, em busca de melhores condições de existência, desenvolveu, ao longo dos séculos XIX e XX, e continua a desenvolver, a doutrina relativa à teorização e, principalmente, à implementação⁵⁰ dos direitos sociais.

Na história constitucional brasileira, a Constituição Imperial de 1824, seguindo o modelo estipulado pelas declarações de direito da Revolução Francesa de 1789, já trazia consigo indícios de

48 De acordo com Alexy (1999), a previsão constitucional dos direitos econômicos e sociais não significou uma imediata implementação do ponto de vista fático. Disserta o referido autor que: *Poder-se-ia achar que com a codificação dos direitos do homem por uma Constituição, portanto, com sua transformação em direitos fundamentais, o problema de sua institucionalização esteja resolvido. Isso não é, todavia, o caso. Muitos problemas dos direitos do homem agora somente tornam-se visíveis em toda sua dimensão e novos crescem por seu caráter obrigatório, agora existente.* (ALEXY, 1999, p. 62)

49 No Século XX, a Constituição de Weimar, de 1919, realiza o compromisso dos direitos individuais, das primeiras Declarações, com novos direitos, que decorrem do constitucionalismo social que surge da idéia de que a felicidade dos homens não se alcança apenas contra o Estado, mas, sobretudo, pelo Estado. Os novos direitos fundamentais são os direitos econômicos e sociais, que a Constituição de Weimar consagrou, realizando, repito, o compromisso do individual com o social. A Constituição brasileira de 1934, na linha da Constituição de Weimar, introduz, no constitucionalismo brasileiro, esses direitos, o que se tornou constante nas Constituições seguintes, 1946, 1967, EC 1/69, 1988. Os direitos sociais, direitos fundamentais de 2ª geração, constituem, ensina José Afonso da Silva, “*prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.*”. A Constituição de 1988 estabelece, no artigo 6º, que “*são direitos sociais 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, na forma desta Constituição.*” A amplitude dos temas inscritos no art. 6º da Constituição deixa claro que os direitos sociais não são somente os que estão enunciados nos artigos 7º, 8º, 9º, 10 e 11. Eles podem ser localizados, principalmente, no Título VIII - Da Ordem Social, artigos 193 e seguintes.

50 Disserta Bobbio, em sua obra *A Era dos Direitos* (2004, p. 25), que a problemática mais grave a ser enfrentada nos tempos presentes não é a relativo à teorização e à fundamentação dos direitos do homem, nos quais estão englobados os direitos sociais, mas sim a relativa à sua proteção e, principalmente, à sua efetivação.

direitos sociais. Apesar de já existirem referidos indícios de direitos sociais, foi somente com a Constituição de 1934 que os mesmos foram positivados. (RAMOS, 2009)

A Constituição Republicana de 1988 tem o papel primordial de elevar os direitos sociais à categoria de Direitos Fundamentais da pessoa humana, intimamente relacionados com a questão da dignidade do indivíduo.⁵¹

Sarlet (2009) orienta que os direitos fundamentais sociais no direito constitucional brasileiro possuem um conceito amplo, incluindo tanto posições jurídicas tipicamente prestacionais (direito à saúde, à educação, à assistência social, etc.) quanto uma diversa gama de direitos de defesa (jornada de trabalho, direito de greve, etc.).

Para Silva (2009), os direitos sociais na Constituição Republicana de 1988 passaram a ser entendidos como uma dimensão específica dos direitos fundamentais, na medida em que pretendem fornecer os recursos fáticos para uma efetiva fruição das liberdades, de tal sorte que têm por objetivo (na condição de direitos prestacionais) a garantia de uma igualdade e liberdade real, que apenas pode ser alcançada pela compensação das desigualdades sociais.

Os direitos fundamentais sociais podem assumir, na Carta Cidadã de 1988, tanto uma função objetiva, como uma função subjetiva.

De acordo com Sarlet (2009), os direitos fundamentais sociais assumem uma função objetiva quando passam a irradiar os seus efeitos não somente em relação aos poderes públicos, mas também nas relações privadas.

Para Ghisi (2009), na Constituição brasileira de 1988 os direitos fundamentais sociais com função objetiva encontram-se no artigo 6º, que dispõe sobre o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados.

Orienta Luño (2005) que os direitos fundamentais sociais assumem uma função subjetiva quando relacionados às garantias e liberdades individuais, tanto na esfera individual como nas esferas

⁵¹ Diversos são os autores, dentre os quais se citam Bonavides (2001) e Sarlet (2002) que destacam a íntima conexão existente entre os direitos sociais e o princípio da dignidade da pessoa humana. O insigne jurista Paulo Bonavides chega a afirmar que não há diferença de valor entre os direitos sociais e os direitos individuais, já que ambos estão conectados a um valor maior, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Para Sarlet, *o ponto de ligação entre a pobreza, a exclusão social, e os direitos sociais reside justamente no respeito pela proteção da dignidade da pessoa humana, já que – de acordo com Rosenfeld – onde homens e mulheres estiverem condenados a viver na pobreza, os direitos humanos estarão violados* (SARLET, 2002, p. 96).

coletiva e social, sendo, neste ínterim, elementos essenciais de um ordenamento objetivo, constituído a partir da afirmação do Estado Social e Democrático de Direito.

Sem embargo a topologia constitucional não privilegiar a corrente doutrinária que adota o entendimento que os direitos sociais como fundamentais, sua essencialidade reside em sua ligação aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana, que constituem um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo.

Outra controvérsia recorrente na doutrina versa sobre a inclusão ou não dos direitos sociais no rol das cláusulas pétreas, uma vez que a Constituição adotou uma terminologia que não abriga, à primeira vista, esta posição. E, a partir da leitura do art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal a controvérsia ganha corpo. A interpretação literal abre um horizonte para a imprecisão dos vocábulos usados, uma vez que estes não se repetem em nenhum outro lugar da Constituição.

Há referências no texto constitucional de direitos individuais e coletivos no art. 5º da CR/88, de modo que a interpretação literal deixaria de fora o rol do art. 5º, resultado absurdo num Estado submetido às leis sob um regime democrático. A interpretação literal não se presta a elucidar a questão, pelo próprio caráter sistemático adotado na redação da Constituição.

Para resolver o problema, a adoção do entendimento de que tanto os direitos individuais quanto os coletivos são cláusulas pétreas exsurge viável, até mesmo pela orientação hermenêutica emanada do próprio art. 5º, § 2º da CR/88 que estatui, de maneira expressa que *os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*. O que orienta de maneira incontroversa que se trata de um rol exemplificativo.

A leitura restritiva dos direitos fundamentais resulta em notável prejuízo ao cidadão, porque este terá seu patrimônio jurídico reduzido. Isto ocorre de forma numérica, quando reduz o rol de direitos fundamentais, quanto de forma sofisticada, através do enquadramento dos direitos sociais como normas programáticas.

A pretensa limitação dos direitos fundamentais sociais no conceito de normas programáticas não faz sentido, uma vez que os valores sociais são os pilares do Estado Democrático de Direito. E o que são as cláusulas pétreas se não o reconhecimento de que aqueles valores são de suma importância e por isto precisam ser cuidadosamente protegidos dos reveses políticos, marcados pela instabilidade e pelo jogo ou troca de interesses? Sendo assim, a manutenção da ordem constitucional brasileira emerge como única forma de não contradizer a finalidade dela mesma.

No plano do direito internacional, o Brasil foi signatário de alguns tratados que reconhecem os direitos sociais como direitos humanos fundamentais, a exemplo da Declaração Universal de

Direitos Humanos (1948), Protocolo de São Salvador (1988), adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), e o Pacto de São José da Costa Rica. Neste último, o Brasil acolheu expressamente o princípio do não retrocesso social⁵², também chamado de aplicação progressiva dos direitos sociais.⁵³

Canotilho (2003), ao demarcar o ser humano como fundamento da República e limite maior ao exercício dos poderes políticos inerentes à representação política, ressalta a importância da dignidade da pessoa humana albergada no ordenamento:

Perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do homo noumenon, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. CANOTILHO (2003, p. 221)

A fundamentalidade dos direitos, ou seja, seu reconhecimento enquanto direitos fundamentais, é tema que sempre gera, uma vez que não houve consenso a respeito. Até mesmo a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, ação constitucional que visa proteger os preceitos fundamentais, carece de uma definição mais incisiva, uma vez que estes ainda não estão explicitados de forma direta, salientando que não significa prejuízo, uma vez que um rol taxativo recomenda uma interpretação restritiva, decerto não benéfica ao cidadão.

Toda a controvérsia acerca do que são direitos fundamentais ocorre em virtude da consequência jurídica que advém deste reconhecimento pelo Estado, significando conferir a estes direitos a blindagem constitucional de cláusula pétrea garantindo sua imutabilidade. Como bem elucidou Sarlet (2009)

A garantia de intangibilidade desse núcleo ou conteúdo essencial de matérias (nominadas de cláusulas pétreas), além de assegurar a identidade do Estado

⁵² Esse princípio da vedação de retrocesso – *effet cliquet* – tem por escopo impedir que o legislador venha a desconstituir pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio havia dado às normas da Constituição, especialmente quando se cuida de normas constitucionais. Fundamentado no *effet cliquet*, mormente em sede de direitos fundamentais sociais, o que se pretende é não permitir que o legislador venha a revogar (derrogar ou ab-rogar) leis infraconstitucionais que já sedimentaram um direito social consagrado constitucionalmente.

⁵³ J.J. Gomes Canotilho (2003), ao abordar o princípio da proibição de retrocesso social, leciona que o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática de uma *anulação*, *revogação* ou *aniquilação* pura e simples desse núcleo essencial.

brasileiro e a prevalência dos princípios que fundamentam o regime democrático, especialmente o referido princípio da dignidade da pessoa humana, resguarda também a Carta Constitucional dos ‘casuísmos da política e do absolutismo das maiorias parlamentares’. SARLET (2009, p. 354)

E isto força o Estado a cumprir sua finalidade que é promover o bem comum, e *ex vi*, o art. 5º, § 1º da Carta Política brasileira, que preceitua que *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*.

A análise crítica dos postulados dos direitos fundamentais e sua relação visceral com os direitos sociais, este espécie daquele, assume contornos essenciais. Os direitos sociais são ordinariamente classificados como normas constitucionais programáticas, residindo na reserva do possível. Bobbio (2004) tem uma posição interessante, pela relevância de sua crítica:

Tanto é assim que na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de ‘programáticas’. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem *hit et nunc*, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o ‘programa’ é apenas uma obrigação moral ou, no máximo política, pode ainda ser chamado de direito? A diferença entre esses auto-intitulados direitos e os direitos propriamente ditos não será tão grande que torna impróprio ou, pelo menos, pouco útil o uso da mesma palavra para designar uns e outros? (BOBBIO, 2004, pp. 77 e 78)

E a crítica de Bobbio é oportuna, especialmente quando se considera o conteúdo de promessas em matéria de direitos. Nestas promessas é que reside a descrença do brasileiro na política e também na justiça, porque se nem o que está escrito vale, de que poderá se socorrer? Para clarear ainda mais a obscenidade do tratamento dos direitos sociais como normas programáticas, a depender do possível de ser realizado, estando, portanto, vinculadas e pendentes de escolha legislativa presa à moral de cada representante, a lição de Barroso é elucidativa:

O fato de uma regra constitucional contemplar determinado direito cujo exercício dependa de legislação integradora não a torna, só por isto, programática. Não há identidade possível entre a norma que confere ao trabalhador direito ao ‘seguro desemprego’ em caso de desemprego involuntário (CF, art. 7º, II) e a que estatui que a família tem especial proteção do Estado (CF, art. 226). No primeiro caso, existe um verdadeiro direito. Há uma prestação positiva a exigir-se, eventualmente,

frustrada pelo legislador ordinário. No segundo caso, faltando o Poder Público a um comportamento comissivo, nada lhe será exigível, senão que se abstenha de atos que impliquem na ‘desproteção’ da família”. (BARROSO, 2010, p. 120)

O citado doutrinador defende a teoria da máxima aplicabilidade das normas constitucionais, única forma de dotar a Constituição de caráter normativo real e de fornecer ao cidadão, seu destinatário final, uma proteção efetiva. E não parece legítimo que se defenda que os direitos fundamentais são apenas enunciados sem força normativa, presos ao acaso da boa vontade do legislador.

Sarlet (2009) ainda aponta outro perigo do entendimento de direitos sociais como normas programáticas, afirmando:

(...) negar reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte. (SARLET, 2009, p. 162)

Embora seja sabido que o legislador dispõe de uma margem de liberdade numa democracia, não se pode admitir que se possa ignorar o conteúdo da Constituição e legislar no sentido de desconstruir ou dissolver a vontade do legislador originário, violando o princípio da vedação de retrocesso nos direitos sociais.

Adverte Lênio Luís Streck (1999) que:

Embora (o princípio da proibição de retrocesso social) ainda não esteja suficientemente difundido entre nós, tem encontrado crescente acolhida no âmbito da doutrina mais afinada com a concepção do Estado democrático de Direito consagrado pela nossa ordem constitucional. (STRECK, 1999, p. 31)

Como afirmou supracitado autor, o princípio da proibição de retrocesso social ainda não se encontra difundido de maneira ampla, contudo, está a cada dia ganhando mais corpo e arrebanhando defensores, tendo como nascedouro a doutrina lusitana que define o mesmo como sendo:

(...) o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado. (CANOTILHO, 2003, p. 81)

Este doutrinador lusitano tem como adeptos no Brasil doutrinadores como Sarlet, Barroso, dentre outros de importância ímpar na cultura jurídica nacional. Verifica-se com Barroso (2010) que, apesar do princípio do não retrocesso social não estar explícito, assim como o direito de resistência e o princípio da dignidade da pessoa humana (para alguns, questão controvertida)⁵⁴, tem plena aplicabilidade, uma vez que é decorrente do sistema jurídico – constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.

1.10. A Eficácia das Normas de Direitos Fundamentais Sociais na Carta de 1988

Os direitos sociais são, na grande maioria das vezes, normas de caráter programático, possuidoras de baixa eficácia⁵⁵ normativa, consubstanciando-se em fundamentos ou objetivos básicos deste ou daquele Estado (Poder Público), bem como dos particulares⁵⁶, que devem ser cumpridos com

⁵⁴A dignidade da pessoa humana – expressamente positivada na Constituição brasileira – é tida como fundamentalidade e fundamentação dos direitos sociais, pois a mesma representa o valor maior vinculante de toda ordem jurídica.

⁵⁵*Eficácia*, derivado do latim *efficacia*, de *efficax* (que tem virtude, que tem propriedade, que chega ao fim), compreende-se como a força ou poder que possa ter um ato ou um fato, para produzir os desejados efeitos. *Efetividade*, derivado de efeitos, do latim *effectivus*, de *efficere* (executar, cumprir, satisfazer, acabar), indica a qualidade ou o caráter de tudo o que se mostra efetivo ou que está em atividade. Quer assim dizer o que está em vigência, está sendo cumprido ou está em atual exercício, ou seja, que está realizando os seus próprios efeitos. Opõe-se assim ao que está parado, ao que não tem efeito, ou não pode ser exercido ou executado.

⁵⁶Não se pode olvidar que os direitos fundamentais, por concretizarem os valores máximos do ordenamento jurídico na forma propugnada na Lei Maior, devem subordinar toda a sociedade, nela incluída o Poder Público (Estado) e os particulares (pessoas físicas e jurídicas). Debruçando-se sobre o tema, constitucionalistas contemporâneos já escreveram sobre a “Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais” (direitos fundamentais x relações privadas), sendo que dentre as várias correntes doutrinárias, aquelas que referendam a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares são as que possuem maior grau de aceitabilidade perante os estudiosos do Direito.. **Daniel Sarmento** em sua obra “**Direitos fundamentais e relações privadas**”, coteja o entendimento dos seguintes autores: 1) **Wilson Steinmetz**, em tese de Doutorado defendida perante a UFPR, é favorável à vinculação direta dos particulares nos direitos fundamentais, mas deve ser aplicada de forma “matizada” (graduada) por estruturas de ponderação, ordenadas pelo princípio da proporcionalidade. Ademais, quando o legislador privado concretizar uma norma em obediência à Constituição, esta norma deve ser respeitada pelo Judiciário, em razão do princípio da democracia e da

a finalidade precípua de, como colocado alhures, melhorar as condições de existência do indivíduo, em todas as suas facetas.⁵⁷

No caso das normas que estabelecem direitos e garantias fundamentais, o art. 5º, §1º, da Constituição Republicana de 1988, já declara expressamente que elas têm aplicação imediata. Entretanto, há séria controvérsia doutrinária sobre o alcance desse dispositivo: se aplicável a todos os direitos fundamentais ou se restrita aos direitos individuais e coletivos previstos apenas no art. 5º.

separação dos poderes. 2) *Virgílio Afonso da Silva*, em tese de livre-docência de Direito Constitucional da USP, aborda o tema e concluiu que se deve romper a dicotomia entre efeitos diretos e indiretos, conciliando-se na mesma construção teórica. Afirma que, sempre que possível, os efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas serão indiretos, através da mediação do legislador privado, mas, quando isso não for possível (por omissão ou insuficiência legislativa), os efeitos poderão ser diretos. 3) *Luís Roberto Barroso*, ativo estudioso do Direito Constitucional, também endossa a tese da eficácia imediata, sendo ela a mais adequada para a realidade brasileira. Admite, como a maioria da doutrina, que a questão levanta a necessidade de ponderação entre o direito fundamental em jogo e o princípio da autonomia privada, destacando a relevância dos seguintes fatores no processo ponderativo: igualdade ou desigualdade material; manifesta injustiça ou falta de razoabilidade de critério; preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; e, risco para a dignidade da pessoa humana. Entre outros, estas são as posições mais respeitadas da doutrina nacional, sintetizadas com percuciência por *Daniel Sarmento*, que, aliás, também é defensor da teoria da eficácia horizontal, ao delinear: *No Brasil, considerando a moldura axiológica da Constituição de 88, é indubitoso que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é direta e imediata, ressalvados aqueles direitos que, pela sua própria natureza, só podem produzir efeitos em face do Estado (e.g, direitos do preso). A Carta de 88 não chancelou a clivagem absoluta entre o público e privado, na qual se assentam as teses que buscam negar ou minimizar a incidência da Constituição e dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. [...] O reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas não importa em amesquinamento do papel do legislador nesta seara. Cabe ao legislador, num primeiro momento, concretizar os direitos fundamentais na esfera privada, empreendendo a ponderação de interesses necessária com a autonomia individual dos particulares. As ponderações do legislador, em princípio, devem ser respeitadas pelo Judiciário, diante da presunção de constitucionalidade das leis, que deriva do reconhecimento da sua intrínseca legitimidade democrática. Porém, em face da ausência de norma adequada, ou quando a que tiver sido editada pelo legislador afasta-se dos parâmetros axiológicos extraídos da Constituição, deverá o Judiciário aplicar diretamente os direitos fundamentais na resolução dos litígios privados”* (SARMENTO, 246/249 e 323/331).

⁵⁷Por estar a eficácia diretamente ligada à hermenêutica e a Teoria dos Princípios, mostram-se pertinentes os ensinamentos de Humberto Ávila (2003): “Normas não são texto nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte. Em alguns casos há norma mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que prevêm os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes dêem suporte fático”. Prosseguindo em suas lições, dentre as conclusões apresentadas em sua obra, destacamos: “4.1 A dissociação entre as espécies normativas, sobre ser havida como hipótese de trabalho para o processo aplicativo, pode ser laborada em razão do seu significado frontal. Nesse sentido, o significado preliminar dos dispositivos pode experimentar uma *dimensão* imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado). 4.2 As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.”

A corrente majoritária vem consolidando o entendimento de que as normas que consagram direitos sociais são direitos fundamentais e, por isso, abrangidas pelo art. 5º, §1º, da Constituição Cidadã, tendo aplicabilidade ou eficácia imediata.

Mais uma vez recorrendo à lição de Sarlet (2009), encontra-se o entendimento no sentido de que o §1º não é restritivo, o que podem defender alguns doutrinadores devido à situação topográfica do dispositivo. Entretanto, defende o supracitado autor que, mesmo por uma interpretação literal, a norma abrange todo o Título II da Constituição de 1988, cuja epígrafe é *Dos direitos e garantias fundamentais*, assim como formulado no dispositivo ora analisado, qual seja, as *normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*.

Além disso, continua sustentando o insigne autor que também se pode adotar uma interpretação sistemática e teleológica, chegando ao mesmo resultado, ou seja, o legislador constituinte não pretendeu excluir os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais (estes insculpidos no art. 6º da Constituição de 1988) do âmbito do §1º, do art. 5º. Este renomado constitucionalista ressalta ainda que:

A aptidão da norma para gerar efeitos e ser aplicada, segue sendo distinta do ato concreto de aplicação, no sentido da realização efetiva do programa normativo, não importa aqui, sem prejuízo de outras possibilidades, se por meio da atuação do legislador (restringindo ou regulamentando) ou do Juiz. (SARLET, 2009, p. 240)

O Ministro Carlos Ayres Britto, ao dissertar sobre o papel do operador do Direito na condição de ponte entre a justiça em abstrato e a justiça em concreto, assevera que:

9.1. Nessa perspectiva, se o Direito é estrutural e funcionalmente bifronte, o que importado ao lidador jurídico é transitar pelo sempre custoso, trabalhoso, é certo, mas necessário caminho do meio (*medius in virtus*). Em linguagem metafórica, nem ancorar tão-só no cais da justiça objetiva, nem navegar exclusivamente no mar da justiça do caso concreto. Pois muitas vezes o cais do porto apenas contém a primeira metade do Direito. Situação em que a outra metade só pode estar nas ondulações do mar aberto.”

9.2. No tema, o princípio regente das coisas continua a ser o da complementariedade (implicação e polaridade, conforme Reale). Por isso que, se a primeira metade do Direito condiciona o visual da segunda, esta última costuma repercutir sobre aquela primeira para redimensionar o respectivo perfil. Uma como que a ajudar a outra para a feitura de um trabalho comum de plenificação.

9.3. Noutro modo quiçá mais ilustrativo de colocar a idéia: entre o texto legislado e a decisão judicial navega o sentido. Ali, algo significante. Aqui, algo significado.

Mas algo significativo que poder o fruto de idas e vindas do intérprete entre o texto referente e o caso referido, se a relação entre ambos caracterizar-se por uma tão mútua quanto irresistível influência. É quando o dever-ser do Direito se concilia com o ser da vida e aí já não há descompasso entre a justiça como formulação objetiva e a justiça material do caso entre partes. (BRITTO, 2007, p. 28)

Os juízes, dentro de uma perspectiva de um direito constitucional contemporâneo, podem e devem abandonar a postura positivista, sendo criativos com aplicação direta das normas constitucionais para compor conflitos de interesses sob a sua apreciação, não sendo necessário que o legislador discipline um direito já estabelecido constitucionalmente para, só assim, ele ser aplicável. Atribuir aplicação direta e imediata aos direitos fundamentais sociais representa um grande passo para a concretização dos mesmos. Mas, infelizmente, ainda persiste o nefasto entendimento de que essa característica, salutar à contínua construção do Estado Democrático de Direito, não pode ser aplicada sempre a todo direito fundamental.

Tangentemente à força normativa da Constituição, não podemos olvidar os ensinamentos de Hesse (1991):

O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma ‘está em vigor’ ou ‘está derogada’; não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social, ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica.

A despeito de sua evidência, esse ponto de partida exige particular realce, uma vez que o pensamento constitucional do passado recente está marcado pelo isolamento entre norma e realidade, como se constata tanto no positivismo jurídico da Escola de Paul Laband e Georg Jellinek, quanto no positivismo sociológico de Carl Schmitt. Os efeitos dessa concepção ainda não foram superados. A radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser (*sein*) e dever ser (*sollen*) não leva a qualquer avanço na nossa indagação. Como anteriormente observado, essa separação pode levar a uma confirmação, confessa ou não, da tese que atribui exclusiva força determinante à relações fáticas. Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento de realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo. Faz-se mister encontrar, portanto, um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento da realidade, de outro. Essa via somente poderá ser encontrada se se renunciar à possibilidade de responder às indagações formuladas com base numa rigorosa alternativa.

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. (HESSE, 1991, p. 51)

Disserta Falcão Maia, que a falta de efetividade dos textos constitucionais, no que concerne à questão dos direitos sociais, é um problema ainda muito comum em países de modernidade tardia, como o Brasil. E arremata:

A realidade constitucional contemporânea impõe reflexões que passam necessariamente pela concretização dos direitos sociais. O desafio atual é garantir a efetividade de direitos que não se contém nos limites da lógica moderna e liberal lastreada no indivíduo e na abstração. Numa análise mais ampla, trata-se de um desafio a ser vencido a partir de uma perspectiva filosófica pós-positivista. (MAIA, 2009, p. 01)

No constitucionalismo contemporâneo, ganham cada vez mais destaque as tentativas de serem colocadas em prática as cláusulas sociais, visando uma concretização maior de princípios⁵⁸.

O constitucionalista Barroso (2010) defende a juridicidade no direito constitucional brasileiro e a substituição da linguagem retórica por um discurso substantivo, objetivo, comprometido com a realização dos valores e dos direitos contemplados na Constituição. Defende o mesmo, *in verbis*:

⁵⁸ A técnica da ponderação – defendida por Ronald Dworkin – tem uma importância fundamental na discussão contemporânea. Ela toca vários aspectos centrais dos problemas que têm sido analisados pelos teóricos do direito na atualidade. Em que pese ser dirigido a um sistema jurídico diverso do nosso – o *common law* –, a teoria de Dworkin tem aplicação no Direito Brasileiro, mormente na solução de casos que envolvam princípios constitucionais, bem como direitos fundamentais. Na tutela aquiliana dos direitos de personalidade, é comum a aplicação da técnica da ponderação para deslinde dos chamados *hard cases*, porquanto nem sempre as regras atendem ao caso concreto. Os princípios, todavia, permeiam o ordenamento jurídico, têm efeitos irradiantes. Neste ponto específico – âmbito de aplicação prática – é que surge a colisão de princípios fundamentais, que tem como solução a técnica da ponderação. A partir de casos concretos que tutelem direitos de personalidade, envolvendo colisão de direitos – ou princípios – fundamentais, previstos tanto na Constituição Federal, quanto na legislação infraconstitucional.

Consoante doutrina clássica, os atos jurídicos em geral, inclusive as normas jurídicas, comportam análise em três planos distintos: os da sua existência, validade e eficácia. No período imediatamente anterior e ao longo da vigência da Constituição de 1988, consolidou-se um quarto plano fundamental de apreciação das normas constitucionais: o da sua efetividade. Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social. O intérprete constitucional deve ter o compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador. (BARROSO, 2010, p. 306)

O que se percebe, principalmente na realidade brasileira, é a dificuldade patente na concretização de referidos direitos, por diversos fatores, que vão desde a falta de vontade política para tanto, até a ausência completa de recursos materiais para o bom desenvolvimento e a consecução de tal tarefa. A efetividade dos chamados direitos sociais, principalmente nas denominadas Constituições Dirigentes, é problema grave a ser enfrentado e vencido pelos Estados que anseiam em continuar sendo intitulados como *Sociais*.

2. DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O mundo encontra-se em pleno século XXI, repleto de avanços que fazem o ser humano surpreender-se e, ao mesmo tempo, espantar-se com o seu brilhantismo, nas mais variadas áreas do conhecimento.

E é justamente neste *extraordinário mundo novo*, dotado de inúmeras possibilidades e de incontáveis maravilhas que ainda se vislumbram diversos desrespeitos às garantias mínimas de crianças e adolescentes⁵⁹. Sobre o assunto, disserta Maria Wilma de Souza Bezerra Leiros (2002):

No início do século XXI crianças e adolescentes constituem ainda a maioria das pessoas que vivem na pobreza em todo mundo. Seus direitos, na forma como foram estabelecidos, na “Convenção Sobre os Direitos da Criança”, em 20 de novembro de 1989, são violados diariamente em números de tal magnitude que se torna impossível sua quantificação. Porém, a humanidade presenciou avanços espantosos e deu passos enormes em favor da criança e do adolescente, muitos ao longo da última década, muitos outros no espaço de uma geração. Seus direitos foram reconhecidos; para proteger esses direitos, criaram-se leis e mecanismos para garantir seu cumprimento.

Entretanto, apesar dos avanços, muitas metas permanecem fora de alcance para centenas e milhões de crianças e adolescentes em todo o mundo. Sua vida e seu futuro estão ameaçados em um mundo marcado por condições de pobreza mais difíceis de dominar. (LEIROS, 2002, p. 21)

Cada vez mais se percebe que para a construção de um Estado verdadeiramente Democrático e de Direito, com suas funções assentadas sobre um sustentáculo social, firmado nos alicerces da verdadeira igualdade^{60 61}, consubstanciada a partir da Revolução Francesa de 1789, é necessário um olhar atento para os direitos daqueles que irão, sem nenhum sofismo ou utopia, construir a chamada *sociedade do amanhã*.

⁵⁹ Para Fabio Luiz Gomes (2009): *Os direitos da criança estão ainda longe de ser universalmente respeitados e continua a não ser dada resposta às necessidades básicas de todas as crianças. Dos 2,2 mil milhões de crianças existentes no mundo, 86% vivem em países em desenvolvimento e 95% das crianças que morrem antes dos cinco anos, que não dispõem de acesso ao ensino primário, ou que são vítimas de trabalhos forçados ou abusos sexuais vivem também nestes países. Um terço de todas as crianças sofrem de subnutrição durante os cinco primeiros anos de vida; muitas crianças vivem em condições deploráveis, não têm acesso aos cuidados básicos de saúde, são obrigadas a efetuar trabalhos forçados e são vítimas de tráfico de seres humanos; cerca de 300 000 crianças combatem como crianças-soldados em conflitos armados.*

⁶⁰ Disserta o insigne José Afonso da Silva (2009, p. 214), que *a igualdade constitui o signo fundamental da democracia.*

⁶¹ Para Álvaro dos Santos Maciel (2008) que a igualdade é o tronco, a espinha dorsal de uma sociedade democrática e social.

Proteger as crianças e os adolescentes de um Estado, entendendo-os como indivíduos em formação, propiciando a estes todos os mecanismos necessários para o seu livre e pleno desenvolvimento, talvez seja um dos principais desafios a serem enfrentados pelos juristas modernos, na sua tentativa diuturna de conciliar a ideia de justiça com a construção formal e material do Direito.⁶²

No Estado brasileiro, o legislador constituinte originário, na busca constante da proteção dos direitos da criança e do adolescente⁶³, espargiu por diversos pontos da Carta Cidadã de 1988 previsões voltadas para a consecução de referida finalidade. E no artigo 227, *caput*, de comentada Lei Maior, estatuiu, *in verbis*, abraçando a denominada Doutrina da Proteção Integral.

Contudo, longo foi o caminho trilhado para que se chegasse a esse nível de proteção no Estado brasileiro que, mesmo que ainda não plenamente efetivado, representa um enorme avanço no que diz respeito à tutela das garantias mínimas que devem ser conferidas às crianças e aos adolescentes.

O objetivo do presente tópico reside exatamente em delinear as diversas etapas de evolução para que chegasse à supracitada proteção integral, demonstrando que esta vai muito mais além do que uma série de palavras fomentadas por nobres indivíduos, metamorfoseando-se e se concretizando como um verdadeiro direito fundamental social, sem o qual não se é possível falar na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

2.1. Evolução Social no Tratamento de Crianças e Adolescentes

O Direito representa a evolução do organograma social, trazendo para o mundo da normatividade todas as mudanças que já se encontram faticamente delineadas no seio das sociedades.

⁶² Moacyr Pereira Mendes (2008), ao dissertar sobre a condição peculiar de desenvolvimento da criança e do adolescente, assevera: *A condição peculiar de pessoa em desenvolvimento implica, primeiramente, o reconhecimento de que a criança e o adolescente não conhecem inteiramente os seus direitos, não têm condições de defendê-los e fazê-los valer de modo pleno, não sendo ainda capazes, principalmente as crianças, de suprir, por si mesmas, as suas necessidades básicas. A afirmação da criança e do adolescente como “pessoas em condição peculiar de desenvolvimento” não pode ser definida apenas a partir do que a criança não sabe, não tem condições e não é capaz. Cada fase do desenvolvimento deve ser reconhecida como revestida de singularidade e de completude relativa, ou seja, a criança e o adolescente não são seres inacabados, a caminho de uma plenitude a ser consumada na idade adulta, enquanto portadora de responsabilidades pessoais, cívicas e produtivas plenas. Cada etapa é, à sua maneira, um período de plenitude que deve ser compreendida e acatada pelo mundo adulto, ou seja, pela família, pela sociedade e pelo Estado.*

⁶³ Dispõe o artigo 2º, da lei de nº 8.069, datada de 13 de julho de 1990, também conhecida como *Estatuto da Criança e do Adolescente*: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”

Por este motivo é que, para que se alcance um bom entendimento no assunto que será apresentado no presente capítulo, necessária se faz a análise, mesmo que de maneira rápida e objetiva, sobre a forma com que crianças e adolescentes foram tratados no decorrer de alguns momentos históricos importantes para o desenvolvimento e a construção da sociedade humana.

Na Idade Média, as fases do desenvolvimento humano eram concebidas de acordo com sua biologia. Geralmente, a partir dos sete anos de idade, quando a criança já podia dispensar a ajuda de sua mãe, contando com determinada independência física e psíquica (leia-se, para os padrões da época) esta passava a ser considerada como um *adulto pequeno*, com uma grande carga de responsabilidade.⁶⁴

Nas palavras de Leiros (2002):

Na Idade Média a duração da infância era reduzida. Ao apresentar uma certa “independência” física, a criança logo era inserida no mundo dos adultos, ou seja, quando eram consideradas capazes de dispensar a ajuda das mães ou das amas, misturavam-se com os adultos. Transformava-se em homem jovem, sem passar pelas etapas da infância, que talvez fossem praticadas antes da Idade Média e que se tornaram aspectos essenciais das sociedades atuais. A socialização da criança não era controlada pela família. A educação era garantida pela aprendizagem, uma vez que, seu processo de aprendizagem dava-se através de realização de tarefas com adultos. A presença da criança na família era muito insignificante. As demonstrações de carinho davam-se enquanto era uma criancinha em seus primeiros anos de vida, sendo facilmente substituída caso viesse a óbito, por outra. (LEIROS, 2002, p. 35)

Como toda alteração social, a aprendizagem demonstra-se como de vital importância para a melhoria nas condições de tratamento dos infantes. Com o desenvolvimento das instituições de ensino-aprendizagem, a criança encontra um lugar em que não é tratada como um pequeno adulto, mas em que começa a ser vislumbrada a sua condição peculiar de indivíduo em desenvolvimento. Surge, por assim dizer, o sentimento de afeição pelos infantes, momento no qual as famílias passam a se organizar em torno das crianças, e não apesar delas. Sobre o tema, disserta Uchoa (2003):

⁶⁴ Nos dizeres de Marcelo Uchoa (2009): *Essa infância muito curta fazia com que as crianças ao completarem cinco ou sete anos já ingressassem no mundo dos adultos sem absolutamente nenhuma transição. Ela era considerada um adulto em pequeno tamanho, pois executava as mesmas atividades dos mais velhos. Era como se a criança pequena não existisse. A infância, nesta época, era vista como um estado de transição para a vida adulta. O indivíduo só passava a existir quando podia se misturar e participar da vida adulta. Não se dispensava um tratamento especial para as crianças, o que tornava sua sobrevivência difícil. Segundo Molière, grande gênio do teatro, contemporâneo daquela época, a criança muito pequena, demasiado frágil ainda para se misturar à vida dos adultos, “não contava”, porque podia desaparecer. A morte de crianças era encarada com naturalidade. “perdi dois filhos pequenos, não sem tristeza, mais sem desespero”, afirmava Montaigne.*

O segundo sentimento da infância a surgir e desenvolver-se foi a tomada de consciência da inocência e da fraqueza da infância. Este veio de uma fonte exterior a família. Foram os eclesiásticos, os homens da lei e os moralistas do século XVII que primeiro deram-se conta da necessidade de uma atenção especial a infância. Eles recusavam-se a considerar as crianças como brinquedos encantadores. Viam nelas, frágeis criaturas de Deus que era preciso ao mesmo tempo preservar e disciplinar. Esse sentimento depois passa para a família. (UCHOA, 2003, p. 48)

No que se refere à adolescência, pertinentes são os ensinamentos de Leiros (2002):

Juventude significava força da idade, pois até o século XVII, a adolescência foi confundida com infância, não havendo lugar para a adolescência; não havia limitação da infância pela puberdade; só se saía da infância ao sair da dependência. A família cumpria uma função, assegurava a transmissão da vida, dos bens e dos nomes, mas não penetrava na questão da sensibilidade, e a aprendizagem afastava os laços afetivos entre pais e filhos. (LEIROS, 2002, p. 54)

A Idade Moderna carrega consigo a superação gradual de alguns conceitos e comportamentos perpetrados durante a Idade Média. Aumenta o nível de preocupação para com as crianças e os adolescentes, percebendo a sociedade, de maneira gradativa, a importância de se bem educá-los, para a construção de um futuro melhor.⁶⁵

Com o advento da Idade Contemporânea a importância conferida às crianças e aos adolescentes e as maneiras de se bem criá-los e educá-los aumenta em níveis exponenciais, sendo que a busca para a melhoria de suas condições de existência passa a ser palavra de ordem no desenvolvimento das sociedades atuais, com absoluta prioridade.

⁶⁵ Sobre o assunto, escreve Josiane Rose Petry Veronese: *Cada vez mais a educação tornava-se indispensável à vida moderna, impulsionando o combate às idéias absolutistas impostas pelo regime monárquico. A cultura e a filosofia de um modo geral conquistavam espaços na sociedade antropocentrada, que nomeava a razão um guia da sabedoria. A prova disso foi a ocorrência de inúmeros movimentos sociais, como por exemplo, o Renascimento, a Reforma Protestante, entre outros. Portanto, é na educação que os modernistas irão fortalecer a sua participação social e derrubar o poder ditador imposto, e, sobretudo construir um novo cidadão a partir do processo educacional infantil. Marshall, citado por Veronese, sintetiza esta realidade: “A educação das crianças está diretamente relacionada com a cidadania, e, quando o Estado garante que todas as crianças serão educadas, este tem em mente, sem sombra de dúvida, as exigências e a natureza da cidadania. Está tentando estimular o desenvolvimento de cidadãos em formação. O direito à educação é um direito social de cidadania genuíno porque o objetivo da educação durante a infância é moldar o adulto em perspectiva.”*

2.2. Evolução dos Direitos Conferidos às Crianças e aos Adolescentes

2.2.1. Panorama Mundial

Realizadas breves considerações sobre a evolução no tratamento conferido a crianças e adolescentes em determinados períodos da história humana e tendo em mente, como colocado alhures, que toda evolução social representa uma evolução nas lides jurídicas, o capítulo que ora se elabora passa a analisar a evolução legislativa mundial e brasileira no que se refere aos direitos e, conseqüente, à proteção dispensada àqueles.

Como bem assevera Paulo Afonso Garrido de Paula (2002), os sistemas legislativos internacionais de proteção da infância e da juventude podem ser divididos, por praticidade didática, em dois: sistemas gerais, onde podem ser elencadas as declarações internacionais de direitos humanos que abordam, de maneira genérica, sobre os direitos da infância e da juventude; e os sistemas específicos que abordam, especificamente, sobre os assuntos concernentes à infância e à juventude.

O primeiro movimento internacional que mostrou preocupação com os direitos inerentes à criança e ao adolescente foi perpetrado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) que, logo após o término da Primeira Grande Guerra, manifestou-se com a intenção de estabelecer determinadas regras para o ingresso dos jovens no mercado de trabalho, notadamente no que se referia à idade necessária para o ingresso neste.

No ano de 1924 foi elaborada a primeira declaração internacional que discorria, especificamente, sobre a criança. A *Carta da Liga sobre as Crianças*, aprovada pela Sociedade das Nações Unidas, também conhecida como *Declaração de Genebra*, apesar de demonstrar uma preocupação marcante com o direito dos indivíduos em desenvolvimento, não conseguiu o alcance desejado, já que a própria Sociedade das Nações Unidas, que a aprovou, revestiu-se de insucesso.

É somente com a importante *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, que foi reconhecido, de maneira universal, que a criança deve ser objeto de cuidados e atenções de caráter especialíssimo. O item 2, do artigo XXV de supracitado documento histórico assevera, *in verbis*:

Art. XXV.

(...)

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Em 20 de novembro de 1959 é adotada pela Assembléia das Nações Unidas a chamada *Declaração dos Direitos da Criança*, que segue as mesmas diretrizes da Declaração Universal dos Direitos do Homem, concedendo proteção integral à infância, mas com a felicidade de ser um documento que abrange uma larga parcela de assuntos relativos a essa.⁶⁶

No ano de 1966 é elaborado o *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos*⁶⁷, que reconhece ampla gama de proteção à criança, dissertando, em seu artigo 24, *in verbis*:

Art. 24.

1. Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte de sua família, da sociedade e do Estado.

2. Toda criança deverá ser registrada imediatamente após seu nascimento e deverá receber um nome.

3. Toda criança terá o direito de adquirir uma nacionalidade.⁶⁸

⁶⁶ Para Nilton Kasctin dos Santos, o corpo do texto da Declaração dos Direitos da Criança incorpora os seguintes princípios:

- a) proteção especial para o desenvolvimento físico, mental e espiritual da criança;
- b) direito ao nome e à nacionalidade;
- c) direito à alimentação, moradia e assistência médica adequadas para a criança e a mãe;
- d) direito à educação e a cuidados especiais para a criança física ou mentalmente deficiente;
- e) direito à convivência em ambiente de afeto e segurança material e espiritual;
- f) direito à educação gratuita e ao lazer;
- g) direito à prioridade de socorro e proteção;
- h) direito à proteção contra o abandono e a exploração no trabalho;
- i) direito à proteção contra atos de discriminação de qualquer natureza.

Assevera ainda que: *Constituído tecnicamente de princípios e não de obrigações para os Estados signatários, o texto da Declaração dos Direitos da Criança sugere, a exemplo da Declaração dos direitos do Homem, a discussão doutrinária já conhecida sobre a sua utilidade eficaz. Todavia, entre nós isso já não causa preocupação, haja vista que o conteúdo dos Documentos em análise está inteiramente incorporado aos textos da Constituição Federal e das leis, mormente o Estatuto da Criança e do Adolescente.*

⁶⁷ Interessante observar, a título de complementação de informação, que referido pacto traz, em seu artigo 10, item 2, letra b, uma garantia processual dirigida às assim denominadas *peessoas jovens*, preconizando que estas deverão ser, quando processadas, separadas das adultas e julgadas o mais rápido possível. Para a *Organização das Nações Unidas* (ONU), é considerada jovem a pessoa entre 15 (quinze) e 24 (vinte e quatro) anos.

⁶⁸ **Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.** Disponível em: <http://www.rolim.com.br/2002/pdfs/067.pdf>.

Em 20 de novembro do ano de 1989 é aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas a *Convenção sobre os Direitos da Criança*, que se transforma no primeiro instrumento de proteção de direitos humanos destinado tanto a crianças, como a adolescentes. Referido documento internacional é o que apresenta maior número de ratificações até a presente data, dentre eles o Brasil.

2.2.2. A Evolução no Brasil

O Estado brasileiro, atualmente, tanto em sede constitucional, como na seara infraconstitucional, adota a doutrina da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente. Contudo, como já colocado na introdução do presente capítulo, longo foi o caminho percorrido para que se chegasse até este ponto.

Primeiramente, como em toda a história das legislações dos demais Estados mundiais, ainda em sede de Brasil-colônia, tem-se a completa indiferença do Estado tupiniquim para com as questões atinentes à criança e ao adolescente.

Após esta fase de completa indiferença, encontra-se o momento conhecido como o da *mera imputação criminal*, que apenas enxerga crianças e adolescentes no momento da prática de crimes. Comentado momento está consubstanciado no Código Criminal do Império, datado de 1830 e no Código Penal de 1890. (PAULA, 2002)

No dia 12 de outubro de ano de 1927 é elaborado o Decreto n. 17.943-A, conhecido como Código Mello Mattos, em homenagem ao jurista José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, que não era apenas o seu idealizador, mas foi também o primeiro juiz de Menores do Brasil. Para Maurício Maia de Azevedo:

Embora elaborado exclusivamente para o controle da infância abandonada e dos delinquentes de ambos os sexos, menores de 18 anos (art.1º), o Código Mello Mattos seria, apesar disto, o primeiro diploma legal a dar um tratamento mais sistemático e humanizador à criança e ao adolescente, consolidando normas esparsas anteriores e prevendo, pela primeira vez, a intervenção estatal nesta delicada seara social.

(...)

A doutrina subjacente ao Código Mello Mattos (CMM) era a de manter a ordem social. As crianças com família não eram objeto do Direito; já as crianças pobres, abandonadas ou delinquentes, em situação irregular – e apenas aquelas que estivessem em situação irregular-, passariam a sê-lo. (AZEVEDO, 2003, p. 03 e 06)

Em 10 de outubro de 1979 entra em vigor o diploma legal de n. 6.697, denominado *Código de Menores*, abraçando a teoria da situação irregular, bem como a definindo em seu artigo 2º que, *in verbis*, preconizava:

Art. 2º. Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:
 I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:
 a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
 b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;
 II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;
 III - em perigo moral, devido a:
 a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
 b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;
 IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;
 V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;
 VI - autor de infração penal.
 Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.

O sistema de proteção adotado desde a legislação de Mello Mattos era de cunho extremamente assistencialista, só tutelando os direitos dos assim chamados *menores* quando estes se encontrassem na denominada situação irregular, de caráter eminentemente preconceituoso já que, dados os seus termos, toda criança e adolescente em situação econômica de pobreza seria considerada como se em situação irregular estivesse.

Não se buscavam mecanismos de promoção da infância e juventude, mas tão somente instrumentos de autopreservação do Estado contra aqueles menores que eram considerados como se indesejados o fossem. Carla Carvalho Leite assim discorre sobre o tema:

A partir de uma análise sistemática do Código de Menores de 1979 e das circunstâncias expostas, podem-se extrair as seguintes conclusões quanto à atuação do Poder Estatal sobre a infância e a juventude sob a incidência da Doutrina da Situação Irregular: (i) uma vez constatada a “situação irregular”, o “menor” passava a ser objeto de tutela do Estado; e (ii) basicamente, toda e qualquer criança ou adolescente pobre era considerado “menor em situação irregular”, legitimando-se a intervenção do Estado, através da ação direta do Juiz de Menores e da inclusão do “menor” no sistema de assistência adotado pela Política Nacional do Bem-Estar do Menor. (LEITE, 2005, p. 14)

Para Josiane Rose Petry Veronese (1999):

(...) o modelo jurídico menorista, representado pelo binômio 'Código de Menores/Doutrina Jurídica da Situação Irregular', não era apenas uma forma de controle individualizado dos *menores irregulares*. Era também uma forma de se projetar o controle social numa perspectiva de classe. A partir do padrão de organização da família burguesa, como '*célula mater* da nação brasileira', impunha-se traçar o destino, estabelecer os valores morais, o perfil das relações inter-familiares, a lógica dos comportamentos, a serem adotados pelos setores populares. Este era o caminho disponível à sua redenção das famílias pobres, sob pena de serem contra elas movidas as engrenagens do Sistema legal menorista. (VERONESE, 1999, p. 33)

Sem menosprezar todo o avanço apresentado ao Estado brasileiro pelo Código de Menores de 1979, baseado no Código Mello Mattos de 1927, foi ficando cada vez mais patente que o tratamento conferido à criança e ao adolescente precisava ser modificado e, acima de tudo, modernizado. Salutar modernização vem com a Carta Política de 1988 e com a Lei de n. 8.069/90, adotando a doutrina da proteção integral da criança e do Adolescente.

Embora Constituições anteriores (nomeadamente a contar da Carta de 1934) viessem fazendo esparsas alusões aos interesses das populações etárias mais jovens, coube ao Magno Texto de 1988, pela vez primeira, destinar privilegiado espaço para consagrar direitos mínimos concernentes a crianças e adolescentes (Capítulo VII, do Título VIII), constituindo-se o caput do artigo 227 na pedra de toque desse festejado avanço, lendo-se ali: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

É consenso dentre os estudiosos que aludida fórmula constitucional promove a plena incorporação da superior principiologia da proteção integral, em conformidade com os preceitos da Convenção Sobre os Direitos da Criança . Ou seja, as normas constitucionais referentes à criança e ao adolescente estão impregnadas dos princípios internacionais dos direitos humanos.

O caput do artigo 227 introduz na Constituição brasileira o enfoque e a substância básica da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, texto cujo projeto já era conhecido no Brasil quando da elaboração da Carta Constitucional. Assim, em 5 de outubro de 1988, o Brasil incorpora em sua

Carta Magna os elementos essenciais de uma Convenção Internacional, que só seria aprovada em 20 de novembro de 1989. Isto ocorreu basicamente em razão da força, da habilidade, da resolução e do compromisso do movimento social que se forjou em torno dos direitos da criança e do adolescente.

Postos em cotejo o antecedente Código de Menores de 1979 e o vigente Estatuto da Criança e do Adolescente, este supera àquele, sobretudo ao acenar com uma proposta de universalização no atendimento dos interesses de todas as crianças e adolescentes, ao passo que a revogada lei menorista tinha por alvo uma população bem mais restrita, composta pelos então adjetivados "menores", desde que se achassem em situação irregular, o que decorria, sobretudo, da carência material de seus responsáveis, sem que em tais hipóteses se apontasse com mecanismos aptos a superar, concomitantemente, as dificuldades da respectiva entidade familiar. Noutras palavras, na visão do sepultado diploma menorista de 1979 a sorte da família desestabilizada não interessava ao Estado.

Contudo, em salutar sentido evolutivo rumou o ECA, assegurando o primado da dignidade humana da criança e do adolescente tanto quanto de sua célula familiar, ao prescrever, no artigo 23, verdadeira regra de ouro, segundo a qual "A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder", adicionando seu parágrafo único que, "Não existindo outro motivo, que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio". Lembre-se, por oportuno, que já a Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU/1948) fazia proclamar que "A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado" (Art. XVI, 3).

Como já salientado, uma correta percepção do fenômeno da proteção integral passa, antes de nada, pela identificação histórica de sua gênese, brotada do consenso dos povos civilizados quanto a necessidade de priorizar o resguardo de básicos cuidados em favor da infância, em qualquer território e mesmo consideradas as inegáveis peculiaridades étnico-culturais de cada nacionalidade.

Por isso, sob esse prisma, cabe endossar o posicionamento de PIOVESAN (2002, p. 161), explícita partidária da concepção universalista dos direitos humanos, ao enfatizar que "a intervenção da comunidade internacional há de ser aceita, subsidiariamente, em face da emergência de uma cultura global que objetiva fixar padrões mínimos de proteção aos direitos humanos".

Nesse mesmo vetor, CELSO LAFER, reportando-se à Declaração e Programa de Ação de Viena (DPAV), emanada da Segunda Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, ocorrida em 1993, dela destaca "o reconhecimento da universalidade dos direitos humanos e da legitimidade da preocupação internacional com sua observância", embora aceitando a existência de "dispositivos que reconhecem a pluralidade cultural, a importância das particularidades nacionais e regionais e os fatores

históricos e religiosos". Entretanto, conclui LAFER, "o caráter universal dos direitos humanos acha-se consagrado no documento, de modo inequívoco" (2006, p. 167)

Contemporaneamente, aliás, conta-se com um largo aparato normativo internacional, habilitado a atender as variadas de demandas da infanto-adolescência, em qualquer dos Estados-partes subscritores (CURY, GARRIDO e MARÇURA, 2010, p.19), observam que "a doutrina da proteção integral inspira-se na normativa internacional, materializada em tratados e convenções, especialmente os seguintes documentos: a) Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança; b) Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça da Infância e da Juventude (Regras de Beijing); c) Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade; e d) Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad)".

Fixada, pois, a preponderante marca universalista no trato dos interesses da infância (em contraposição à tese relativista, que procura dar relevo a fatores ligados a regionalismos culturais), necessário se faz, de seguida, enveredar por uma breve abordagem do conteúdo da vitoriosa doutrina da proteção integral.

Diferentemente do que sucedeu com a linguagem empregada pelo legislador estatutista, que de modo expreso proclama que o ECA "dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente" (cf. art. 1º da L. 8.069/90), o constituinte brasileiro de 1988 não chegou a se apropriar explicitamente dessa nomenclatura (art. 227 da CF), sem que se possa, com isso, pôr em dúvida sua desassombrada opção pela multicitada proposta integralista, que implicou, desde logo, na simultânea convocação da família, da sociedade e do Estado para, conjugadamente, desincumbirem-se do grande empreendimento consistente na concretização dos direitos conferidos a crianças e adolescentes (de sua vida intra-uterina à fase do jovem adulto), em regime de absoluta prioridade.

Aí, portanto, põe-se à vista grandes diferenciais estabelecidos pela concepção integral, que, numa dimensão subjetiva, elege como alvo destinatário o público infanto-juvenil, nele reconhecendo um nicho composto de 'sujeitos titulares de direitos', alguns destes direitos sendo comuns a todas as pessoas, enquanto outros, próprios da peculiar condição de desenvolvimento vivenciada por crianças e adolescentes. Já numa dimensão objetiva, ao conclamar a co-atuação das entidades família-sociedade-Estado, faz descortinar a percepção de que todos os esforços devem ser empregados em busca da realização do denominado 'superior interesse' daqueles sujeitos presumidamente mais frágeis e, por isso mesmo, incapacitados de, por suas próprias forças, sorverem dos direitos positivados em seu favor.

Nesse passo, assoma de grande utilidade o esclarecedor apontamento tecido por Vellozo Machado (2001) ao considerar que:

Nem a Constituição Federal, nem o Estatuto da Criança e do Adolescente utilizaram as expressões ‘superior interesse, melhor interesse ou maior interesse’, no entanto o Direito Brasileiro assimilou-as quando adotou a Doutrina da Proteção Integral estabelecida na Convenção Sobre os Direitos da Criança. Este compromisso internacional, por sua vez, dispõe expressamente do ‘superior interesse’ e tal princípio ingressou no sistema jurídico brasileiro através da sua ratificação pelo Brasil com o Decreto 99.710/90. (VELLOZO MACHADO, 2001, p. 131)

Nesse mesmo trabalho acadêmico, acrescenta seu autor que:

Em todas as esferas, sejam administrativas ou judiciais, não se ignorará tais sujeitos de direitos, propiciando-lhes acesso a todas as situações que atinjam, afetem seus interesses, decorrendo, dessa perspectiva dilatada, que nenhum setor do Direito poderá recusar o exame, objetivamente, do superior interesse da criança, caso essa possa ser atingida pelos efeitos do exercício de suas regras e princípios, ainda que apenas mediatamente. (VELLOZO MACHADO, 2001, p.138)

Tem-se, então, que, sob o signo da integral proteção, crianças e jovens são guindados à condição de reais cidadãos e senhores de dignidade, não mais visualizados como simples sujeitos passivos (objetos) da intervenção da família, da sociedade e do Estado. O reconhecimento, em acréscimo, de que se encontram em peculiar condição de desenvolvimento, dado o não atingimento de sua maturidade físico-psíquica, é o fator que reivindica e legitima o chamamento daquelas três entidades constitucionalmente afetadas para essa tarefa substitutiva, de natureza transitória mas permanentemente prioritária, enquanto perdurem os fatores incapacitantes das referidas crianças e adolescentes.

Apropriadas, nessa quadra, as palavras de Costa (2010), textualmente:

De fato a concepção sustentadora do Estatuto é a chamada Doutrina da Proteção Integral, defendida pela ONU com base na Declaração Universal dos Direitos da Criança. Esta doutrina afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadoras da continuidade do seu povo, da família e da espécie humana e o reconhecimento de sua vulnerabilidade, o que torna as crianças e os adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas específicas para o atendimento, a promoção e a defesa de seus direitos. (COSTA, 2010, p.21)

Já no sentir de Cury, Garrido e Marçura (2010):

A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento. (CURY, GARRIDO e MARÇURA, 2010, p. 19)

Destarte, o Estatuto cria condições legais para que se desencadeie uma verdadeira revolução, tanto na formulação das políticas públicas para a infância e a juventude, como na estrutura e funcionamento dos organismos que atuam na área, inaugurando uma nova etapa no Direito brasileiro ao adotar a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente.

Desse antevisto panorama, conclui-se que o ordenamento brasileiro se encontra em perfeita sintonia formal com os parâmetros internacionalmente fixados para o trato das questões infanto-juvenis, inexistindo, em consequência, sequer a necessidade de questionamentos em torno da supremacia da Convenção de 1989 sobre a legislação pátria, já que, repita-se, acha-se esta última afinada com o arquétipo convencional. Nasce daí, porém, a indagação consistente em saber se o leque de promessas indicadas nos prefalados corpos normativos, nacional e internacional, vem se transformando, ou não, em realidade concreta em benefício de seus destinatários. Em sendo negativa a resposta, importa investigar que mecanismos haveriam, internos e/ou externos, hábeis ao efetivo cumprimento dessas mesmas promessas.

2.3. A Doutrina da Proteção Integral e seu Caráter de Direito Fundamental Social

2.3.1. Desenvolvimento no Brasil

André Viana Custódio (2008) descreve que, já à época do I Congresso Ibero-Americano de Juízes de Menores, realizado na Nicarágua, no ano de 1979, já poderiam ser reconhecidas três escolas concernentes aos direitos da criança e do adolescente, a saber:

- a) **1ª escola:** Doutrina da proteção integral – partindo dos direitos das crianças, reconhecidos pela ONU, a lei asseguraria a satisfação de todas as necessidades das pessoas de menor idade, nos

seus aspectos gerais, incluindo-se os pertinentes à saúde, educação, recreação, profissionalização, etc.

- b) **2ª escola:** Doutrina do Direito Penal do Menor – somente a partir do momento em que o menor pratique ato de delinquência interessa ao direito.
- c) **3ª escola:** Doutrina intermédia da situação irregular – os menores são sujeitos de direito quando se encontrarem em estado de patologia social, definida legalmente.

O Brasil, durante um largo período, adota a doutrina intermédia da situação irregular, como já comentado anteriormente. É apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que o Estado brasileiro passa a reconhecer a doutrina da proteção integral para a proteção dos direitos da criança e do adolescente.

Note-se que a adoção da proteção integral pelo Estado brasileiro nada mais é do que o resultado de um borbulhar democrático pelo qual atravessava o país na década de 1980, sequioso por se libertar das garras de um autoritarismo nefasto, almejando conquistar um desenvolvimento pleno no que se referia à conquista de seus direitos fundamentais mais básicos.

Tal desejo de desenvolvimento que, como colocado no parágrafo anterior, manifestava-se em todos os seguimentos sociais, era também extravasado para a área da infância e juventude, que não mais poderia ser objeto do Estado apenas quando se encontrasse em situação irregular, mas deveria possuir desse todas as garantias necessárias para o seu livre e pleno amadurecimento.

A mudança de paradigmas efetuada pela adoção constitucional da doutrina da proteção integral já de há muito habitava a sociedade brasileira, bem antes de sua consagração no texto maior da legislação pátria. Nos dizeres de Mário Luiz Ramidoff (2007):

Em que pese o fato de se ter politicamente adotado na Constituição da República de 1988 a doutrina da proteção integral antes mesmo da oficialização do conjunto de instrumentos legislativos internacionais – e dentre eles, em particular, a Convenção Internacional dos Direitos Humanos da Criança que é do ano de 1989 – percebe-se que intenso movimento popular brasileiro já havia ensejado (re)alinhamento democrático interno com as diversas dimensões humanitárias dos direitos mais comezinhos àquelas pessoas que se encontrassem na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade. (RAMIDOFF, 2007, p. 21)

Custódio (2008) disserta que:

A Constituição da República Federativa do Brasil e suas respectivas garantias democráticas constituíram a base fundamental do Direito da Criança e do Adolescente interrelacionado os princípios e diretrizes da teoria da proteção integral, que por consequência provocou um reordenamento jurídico, político e institucional sobre todos planos, programas, projetos ações e atitudes por parte do Estado, em estreita colaboração com a sociedade civil, nos quais os reflexos se (re)produzem sobre o contexto sócio-histórico brasileiro. (CUSTÓDIO, 2008, p.27)

Como parte fundamental desde reordenamento jurídico surge, em 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente que, logo em seu artigo 1º, estatui, *in verbis*:

Para Antonio Carlos Gomes da Costa (1992):

De fato a concepção sustentadora do Estatuto é a chamada Doutrina da Proteção Integral defendida pela ONU com base na Declaração Universal dos Direitos da Criança. Esta doutrina afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade do seu povo e da espécie e o reconhecimento da sua vulnerabilidade o que torna as crianças e adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas específicas para promoção e defesa de seus direitos. (COSTA, 1992, p. 19)

Outra base que sustenta a nova doutrina da proteção integral é a compreensão de que crianças e adolescentes estão em peculiar condição de pessoas humanas em desenvolvimento, encontram-se em situação especial e de maior vulnerabilidade, ainda não desenvolveram completamente sua personalidade, o que enseja um regime especial de salvaguarda, o que lhes permite construir suas potencialidades humanas em plenitude.

Neste sentido, afirma Machado (2003) que o direito peculiar de crianças e adolescentes desenvolver sua personalidade humana adulta integra os direitos da personalidade e é relevante tal noção por estar ligada estruturalmente a distinção que os direitos da crianças e adolescentes recebem do texto constitucional.

[...] sustento, pode-se afirmar, ao menos sob uma ótica principiológica ou conceitual, que a possibilidade de formar a personalidade humana adulta – que é exatamente o que estão “fazendo” crianças e adolescentes pelo simples fato de crescerem até a condição adulta – há de ser reconhecida como direito fundamental do ser humano, porque sem ela nem poderiam ser os demais direitos da personalidade adulta, ou a própria personalidade adulta. (MACHADO, 2003, p. 110).

Entretanto, frisa a autora, que a personalidade infanto-juvenil não é valorizada somente como meio de o ser humano atingir a personalidade adulta, isto seria um equívoco, uma vez que a vida humana tem dignidade em si mesma, em todos os momentos da vida, seja no mais frágil, como no momento em que o recém-nascido respira, seja no momento de ápice do potencial de criação intelectual de um ser humano. Assim, o que gera e justifica a positividade da proteção especial às crianças e adolescentes não é meramente a sua condição de seres diversos dos adultos, mas soma-se a isto a maior vulnerabilidade destes em relação aos seres humanos adultos, bem como a força potencial que a infância e juventude representam à sociedade. (MACHADO, 2003).

Ocorre que a efetivação dos direitos fundamentais de cidadania pressupõe a criação de um Sistema de Garantia de Direitos, que atue na perspectiva da promoção, da defesa e do controle. Este direito deve ser produzido na sociedade, onde se experimenta um intenso processo de correlações de forças, considerando a histórica postura de negligência e arbitrariedade com crianças e adolescentes no Brasil.

2.3.2. Proteção integral como Direito Fundamental Social

Pontofinalizando, cabe ainda ressaltar que a proteção integral da criança e do adolescente encontra seu corolário no rol dos direitos fundamentais sociais, devendo ser garantida e efetivada como objetivo primordial do Estado.

Como colocado alhures, no que se refere aos direitos sociais, orienta Luño (2005) que estes formam, junto com as liberdades públicas, o eixo em torno do qual gira o sistema dos direitos fundamentais, possuindo, como finalidade primordial, a garantia, fornecida aos indivíduos e aos grupos sociais, de participação na vida política, econômica, cultural e social.

Em Sarlet (2009) encontra-se que os direitos sociais representam uma densificação do princípio da justiça social, correspondendo, invariavelmente, a reivindicações das classes menos favorecidas, constituindo-se como uma exigência e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assevera Silva (2009) que os direitos sociais predispostos na Carta Maior de 1988 passaram a ser entendidos como uma dimensão específica dos direitos fundamentais, na medida em que pretendem fornecer os recursos fáticos para uma efetiva fruição das liberdades, de tal sorte que têm por objetivo (na condição de direitos prestacionais) a garantia de uma igualdade e liberdade real, que apenas pode ser alcançada pela compensação das desigualdades sociais.

E é em Ghisi (2009) que se encontra a pedra de torque no que se refere à colocação da doutrina da proteção integral como direito social, ao asseverar festejado autor que os direitos fundamentais sociais com função objetiva encontram-se no artigo 6º, que dispõe sobre o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados.

A Doutrina da Proteção Integral instaurou um sistema especial de proteção, delineando direitos nos artigos 227 e 228 da Constituição brasileira, tornando crianças e adolescentes sujeitos dos direitos fundamentais atribuídos a todos os cidadãos e ainda titulares de direitos especiais, com base na sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Machado (2003) afirma serem os direitos elencados no caput do artigo 227 e 228 da CF/88 também direitos fundamentais da pessoa humana, pois o direito à vida, à liberdade, à igualdade mencionados no caput do artigo 5º da CF referem-se a mesma vida, liberdade, igualdade descritas no artigo 227 e § 3º do artigo 228, ou seja, tratam-se de direitos da mesma natureza, sendo todos direitos fundamentais.

Porém, os direitos fundamentais de que trata o artigo 227 são direitos fundamentais de uma pessoa humana de condições especiais, qual seja pessoa humana em fase de desenvolvimento. Neste sentido, Bobbio (2002) aponta como sendo singular a proteção destinada às crianças e adolescentes:

Se se diz que “criança, por causa de sua imaturidade física e intelectual, necessita de uma proteção *particular* e de cuidados *especiais*”, deixa-se assim claro que os direitos da criança são considerados como um *ius singulare* com relação a um *ius commune*; o destaque que se dá a essa especificidade do genérico, no qual se realiza o respeito à máxima *suum cuique tribuere*.” (grifo do autor). (BOBBIO, 2002, p.35)

Os direitos fundamentais de crianças e adolescentes são especiais e, de acordo com Machado (2003), eles podem ser diferenciados do direito dos adultos por dois aspectos, sendo um quantitativo, pois crianças e adolescentes são beneficiários de mais direitos do que os adultos, e ainda podem ser classificados pelo seu aspecto qualitativo ou estrutural, por estarem os titulares de tais direitos em peculiar condição de desenvolvimento.

Quando o legislador constituinte tutela a infância e a juventude em todos os seus aspectos, de maneira integral, está o mesmo efetivando um direito fundamental social, basilar para a construção de

um Estado pleno, democrático, que concede a todos que o compõe as mesmas oportunidades de desenvolvimento, protegendo aqueles que se encontram em uma situação peculiar de existência.

Desrespeitar a doutrina da proteção integral é desrespeitar um fundamento primordial do Estado brasileiro, que deve, a todo momento, em todas as situações, propiciar as condições necessárias para completo desenvolvimento de suas crianças e seus adolescentes, em todas as suas facetas, de maneira holística.

3. ATIVISMO JUDICIAL E SUA RELEVÂNCIA NA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

3.1. Judicialização e Análise Histórica do Ativismo Judicial

Neste capítulo disserta-se sobre a judicialização e ativismo judicial, analisar a origem, constatações e opiniões de diversos autores tanto brasileiros como estrangeiros, para demonstramos que esses fenômenos estão presentes em vários outros sistemas políticos e causam a mesma estranheza e as mesmas reações que presenciamos no Brasil.

A atividade jurisdicional constitucional, conseqüência do neoconstitucionalismo ampliou os poderes do juiz, bem como, a valoração do poder judiciário como instância de representação dos cidadãos e como guardião dos direitos fundamentais. Neste contexto, exigiu uma atuação mais ativa do intérprete-aplicador do direito, que se dirigiu, então, em direção à concretização dos princípios constitucionais instituídos pela Constituição Federal de 1988.

O ativismo judicial surge, portanto, da atividade de interpretação e aplicação da Constituição, fincado no objetivo de efetivar a supremacia hierárquica das normas constitucionais sobre as demais normas do ordenamento jurídico.

Os princípios instituídos pela Constituição promoveram a expansão axiológica do direito, o que refletiu especialmente na eficácia social de suas normas jurídicas, exigindo do intérprete-aplicador do direito uma nova forma de atuação, influenciando na aplicação das normas jurídicas pelo poder judiciário partindo para uma interpretação mais extensiva da constituição para a solução de problemas jurídicos.

Existe na doutrina séria inexistência de clareza na definição do ativismo judicial, como também, certa confusão sobre o termo, conforme Fellet (2011) de certa forma há uma pré-compreensão de que o ativismo judicial tem a ver com desenho de separação de poderes e com o exercício de atribuições do Judiciário que parecem destoar de algum esquema de divisão de tarefas. De tal modo, o problema na identificação do ativismo judicial reside nas dificuldades inerentes ao processo de interpretação constitucional, vez que o parâmetro utilizado para caracterizar uma decisão como ativismo depende de uma correta leitura do dispositivo constitucional.

O ativismo judicial, interpretado muitas vezes pela doutrina de modo pejorativo, na expectativa neoconstitucionalista, confere sentido prático a sua atuação, tendo em vista que não há Constituições despidas de eficácia jurídica, ao menos em grau mínimo, portanto, os direitos

constitucionais podem ser exigidos em juízo, mesmo que necessitem de densificação por parte dos poderes públicos, pois configuram, de imediato, direitos subjetivos, passíveis de satisfação pelo Poder Judiciário.

Deste modo, o ativismo judicial está diretamente ligado a uma participação intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, aplicando diretamente a constituição para decidir pretensões baseadas no texto constitucional, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes.

Constatando esse fenômeno na sociedade norte-americana, Dworkin (2006), afirma que “em décadas recentes, as principais batalhas sobre a natureza da democracia tem sido travadas em torno da autoridade de juízes e da Suprema Corte para declarar a inconstitucionalidade de atos dos outros órgãos do governo”.

Na esteira destes julgados, a nossa Corte Suprema, em decisões de grande interesse social, como células tronco, direitos patrimoniais decorrentes da união homoafetiva, demarcação de terras indígenas, entre outras, a matéria tem ganho realce e diversos autores tem-se debruçado sobre esse tema. Antes de prosseguirmos nessa análise, é importante estabelecermos a distinção entre ativismo judicial e judicialização da política, expressões estas, muitas vezes, utilizadas como sinônimas para se referirem a um mesmo fenômeno, mas que possuem significados diferentes que precisam ser esclarecidos, para que se possa compreender melhor esse fenômeno.

Sob a ótica de Vallinder e Tate (1995), o fenômeno ocorreria a partir da ampliação da atividade do Judiciário na análise e julgamento de temas ligados à atuação de outros poderes. Estes autores quando tratam do controle dos outros poderes pelo Judiciário, formulam a tese da judicialização da política, em face dos princípios que regem um Estado Democrático de Direito.

A transformação de questões políticas em jurídicas tem a ver com a judicialização da política, mormente diante dos direitos e garantias fundamentais, cuja integridade compete ao juiz manter. A judicialização a que se referem Vallinder e Tate (1995) resulta hodiernamente de um normal equilíbrio entre os poderes e do exercício das competências do Judiciário, estabelecidas na Constituição.

Os dois modos mais expressivos da judicialização da política, segundo Vallinder e Tate (1995), ocorrem quando há uma provocação do jurisdicionado e quando os poderes políticos passam a assimilar essas decisões no âmbito de sua atuação. A judicialização⁶⁹ da política pode ocorrer independentemente do ativismo judicial e este também pode se verificar sem aquela.

⁶⁹ *Judicialização* significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder

Barroso (2010) tem se debruçado sobre essa problemática e ao definir, a judicialização da política, explica que :

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. (BARROSO, 2010, p. 06)

Urge ressaltar que judicialização da política e ativismo judicial não se confundem nem são termos sinônimos.⁷⁰ Essa é a linha conceitual que se adota nesta tese, procedendo à distinção entre judicialização e ativismo. Embora o objetivo deste estudo seja identificar as causas do ativismo, é necessário fazer a distinção entre esses dois conceitos, para que não haja dúvida quanto aos casos tomados como exemplo nesta pesquisa. Como nos dá ciência Keenan D. Kamiec (2004; pp.1445/1447), o termo “ativismo judicial” foi utilizado pela vez primeira por Arthur Schlesinger, em janeiro de 1947, em artigo publicado numa revista popular, no qual ele traçava um perfil dos nove juízes da Corte Suprema nos Estados Unidos. Nesse artigo, os juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge foram classificados por Schlesinger como “ativistas judiciais”.

Esses Magistrados desempenhavam um papel ativo na promoção do bem-estar social e acreditavam que a lei e a política eram elementos inseparáveis. Nessa linha, Kermit Roosevelt III (2006) aborda o ativismo judicial na Suprema Corte dos Estados Unidos, a partir de decisões que contrariam o pleno significado da Constituição para promover as preferências pessoais dos juízes, quando extrapolam o caso concreto e nas hipóteses de contrariedade de lei estadual ou federal.

Luís Roberto Barroso (2010), em alentado estudo sobre a matéria, disserta que

Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. (BARROSO, 2010, p. 03)

⁷⁰ Nos ensinamentos do constitucionalista Barroso (2010, p. 06): “A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.”

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973). (BARROSO, 2010, p. 07)

Nesse mesmo sentido Robert Juul (2000, p. 70) entende que o “ativismo judicial ocorre quando o judiciário ultrapassa a linha que separa as esferas judicial e legislativa”. Afirmar ainda Robert Juul (2000, p. 71) que “nos Estados Unidos, a Constituição investe apenas o Congresso na função de poder legislativo. Entretanto, a Corte Suprema continua a exercer poder legislativo por meio do uso de ficções e evasões”.

Neste trabalho, a significação para o “termo ativismo judicial” estará associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Esta idéia de ativismo judicial terá como referência os ensinamentos de Luís Roberto Barroso, segundo o qual

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2010, p. 06)

Perscrutando sobre a situação oposta ao ativismo, Luís Roberto Barroso (2010), com suas lições sempre oportunas e acertadas, assim expressa a sua opinião:

O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas. (BARROSO, 2010, p. 07)

A seu turno Thamy Pogrebinschi (2000, p. 02), que considera “ativista o juiz que: a) use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade”.

Todavia, explica Thamy Pogrebinschi (2000):

Não queremos sustentar que os três critérios acima devam ser preenchidos simultaneamente para que se identifique um caso de ativismo. Um juiz pode ser considerado ativista pelo exercício em graus diferenciados de quaisquer das atitudes acima descritas. Porém, a negação de qualquer destas atitudes implica, segundo nossa definição, que ele não seja considerado um ativista. Isto é, um juiz que se recuse a exercer seu poder de pelo menos uma das formas acima, não será considerado, nesta artigo, um ativista. (POGREBINSCHI, 2000, p. 02)

Prossegue Thamy Pogrebinschi (2000, p. 02), dizendo que “o ativismo judicial implica em tomada de posição política; o juiz ativista define-se como um agente político.”

O jurista Italiano Mauro Cappelletti (1993), em seus estudos acerca do controle exercido pelo juiz sobre as atividades dos demais Poderes, foca, sobretudo a análise da construção jurisprudencial e da possibilidade de criação de direito a partir da atividade interpretativa do juiz. Para Cappelletti (1993), o fenômeno é de excepcional importância, não restrito ao campo do direito judiciário, e sim refletindo mais amplamente o crescimento da atividade estatal. Assim, a expansão do judiciário nada mais seria do que uma decorrência do aumento da atividade desenvolvida no âmbito dos outros Poderes. O referido jurista adota o entendimento que a expansão do papel do judiciário é fruto de um contrapeso necessário dentro de um sistema democrático, em face da expansão das atividades estatais. Para Cappelletti (1993) a expansão do papel do judiciário representa o necessário

contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de “checks and balances”, à paralela expansão dos “ramos políticos” do estado moderno.

Continuando sua argumentação, Capelletti (1993) analisa o aspecto da demanda por pronunciamento judicial, tendo em vista o aumento da atividade do Estado, o que leva o cidadão, naturalmente, a demandar perante o juiz quanto aos aspectos que considera lesivos aos seus direitos. Mais atividade estatal, mais insatisfação por parte da sociedade e, conseqüentemente, mais processos judiciais.

Sob essa ótica de que o ativismo judicial advém da crescente demanda por pronunciamento judicial quanto a questões políticas, Guy Canivet (2006), ao tratar da questão do ativismo judicial, destaca o respeito e a confiança que a sociedade deposita nos juízes, os quais possuem a coragem e a dignidade necessárias para julgar as reclamações que lhe são confiadas pelos cidadãos, em face da violação de seus direitos. Essa confiança, segundo Guy Canivet (2006), é retirada dos homens políticos e depositada nos juízes, independentes nas suas decisões.

Uma idéia que poderia explicar esses julgamentos pela Corte Suprema seria a de que a própria sociedade estaria requerendo do juiz uma interferência para a solução de problemas. Essa demanda da população em torno de questões políticas que, de algum modo, interfeririam nos direitos e garantias legalmente e constitucionalmente protegidos poderia ser a causa de uma atuação mais intensa por parte do Supremo Tribunal Federal.

Outro aspecto suscitado por Guy Canivet (2006) diz respeito às dificuldades que o Legislador tem para acompanhar a realidade social cambiante. Ou seja, o Legislativo demora para produzir a legislação esperada pela sociedade e reclamada pelos fatos sociais, decorrendo daí a procura pelo Judiciário a fim de solucionar os problemas que exigem soluções imediatas.

Em relação a esses aspectos, como nota o citado autor, as questões objeto de debate e regulamentação se beneficiam da jurisprudência, tendo em vista que esta permite uma adaptação permanente do direito às necessidades sempre cambiantes da vida real. A segunda hipótese, então, é a de que o ativismo judicial decorre do descrédito do Poder Legislativo.⁷¹

⁷¹ “O binômio ativismo-autocontenção judicial está presente na maior parte dos países que adotam o modelo de supremas cortes ou tribunais constitucionais com competência para exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público. O movimento entre as duas posições costuma ser pendular e varia em função do grau de prestígio dos outros dois Poderes. No Brasil dos últimos anos, apesar de muitos vendavais, o Poder Executivo, titularizado pelo Presidente da República, desfruta de inegável popularidade. Salvo por questões ligadas ao uso excessivo de medidas provisórias e algumas poucas outras, é limitada a superposição entre Executivo e Judiciário. Não assim, porém, no que toca ao Congresso Nacional. Nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral”. (BARROSO, 2010, p. 09)

Antoine Garapon (1999), ao analisar o sistema francês, ressalta a influência crescente da justiça sobre a sociedade e a crise de legitimidade que assola as democracias ocidentais, como parte de um processo de mudança social. Em sua abordagem, considera Antoine Garapon (1999) que a expansão do Poder Judiciário decorre do enfraquecimento do Estado pelo mercado e pelo desmoronamento simbólico do homem e da sociedade democrática. O aumento de poder da justiça resulta de uma transferência do simbolismo da democracia da política para a justiça, como fruto de uma profunda mudança social. A transformação da justiça em símbolo da moralidade pública e da dignidade democrática é algo positivo, na visão do autor, que rechaça apenas a substituição do mundo político pelo jurídico.

Um ponto importante na obra de Antoine Garapon (1999) é o destaque dado ao controle da moralidade dos atos do poder público, que é matéria pertencente à atuação e competência do Poder Judiciário. No Brasil, esse aspecto ganha realce até mesmo em face da dicotomia trazida pelo texto constitucional de 1988 entre legalidade e moralidade. A questão ética passou a ter foros de legalidade, deixando ao Judiciário uma nova porta de atuação em relação ao controle da atividade política.

Com efeito, além dos argumentos já expostos anteriormente, ou seja, quanto à combinação da crescente procura por solução judicial, como resultado do enfraquecimento das instituições políticas, pode acolher nos ensinamentos de Antoine Garapon (1999) um elemento novo, qual seja, o ativismo judicial permite que a sociedade exerça maior controle da ética na política.

John Ferejohn (2002), que descreve esse fenômeno, focalizando-se no deslocamento de competências do poder do Legislativo para os tribunais e outras instituições jurídicas. Essa visão de John Ferejohn (2002) é pertinente ao que ocorre no caso brasileiro. Exemplos interessantes citados por ele são a atuação dos juízes interferindo no sistema de troca de gabinetes, a cassação de primeiros-ministros e presidentes e mesmo a prisão de ex-ditadores e líderes militares, isto sem falar na intervenção em disputas eleitorais, como foi o caso da eleição de George W. Bush nos Estados Unidos.

A fragmentação ocorrida entre os ramos políticos, com a diminuição da sua capacidade de legislar e o deslocamento da confiabilidade das decisões para o judiciário podem ser vistos como fatores que geram o enfraquecimento das instituições políticas. O argumento dos direitos e da confiabilidade nas decisões judiciais pode provocar o aumento de demanda por pronunciamento judicial por parte da sociedade e de instituições políticas. Isto nos remete aos primeiros argumentos, não havendo fundamento novo quanto a estes aspectos. Todavia, John Ferejohn (2002) acrescenta um elemento novo, que é a vontade do Judiciário de decidir questões políticas: o voluntarismo dos membros do Poder Judiciário em decidir questões políticas está na origem do ativismo judicial.

3.2. Judicialização e Ativismo Judicial na Vida Institucional Brasileira

No Brasil, onde o Judiciário tem dado mostras de uma posição claramente ativista⁷², a questão do ativismo judicial também tem sido debatida.

Frente a isso tudo, não se pode negar que a nova perspectiva do Supremo quanto ao controle difuso de constitucionalidade e à jurisdição constitucional é reforçada pela tese da jurisprudencialização ou tribunalização da Constituição, num contexto de veemente ativismo judiciário, revelando-se, destarte, medida apta a assegurar os direitos e garantias fundamentais, mormente diante da omissão do Poder Público na efetivação das políticas públicas.

No que tange a retração do Poder Público, Barroso (2010) tematiza:

Por fim, na categoria de ativismo mediante imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas, o exemplo mais notório provavelmente é o da distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial. A matéria ainda não foi apreciada a fundo pelo Supremo Tribunal Federal, exceto em pedidos de suspensão de segurança. Todavia, nas Justiças estadual e federal em todo o país, multiplicam-se decisões que condenam a União, o Estado ou o Município – por vezes, os três solidariamente – a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e municipais. Em alguns casos, os tratamentos exigidos são experimentais ou devem ser realizados no exterior. (BARROSO, 2010, p. 08)⁷³

⁷² O STF, em estribado no princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Criou, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional. Por igual, a extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, com a expedição de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso, também assumiu uma conotação quase-normativa. 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. Adotando a posição ativista o STF também declarou a inconstitucionalidade da aplicação das novas regras sobre coligações eleitorais à eleição que se realizaria em menos de um ano da sua aprovação.

⁷³ Sobre o fornecimento de medicamentos pelos entes federativos “O Plenário do Supremo Tribunal Federal indeferiu nove recursos interpostos pelo Poder Público contra decisões judiciais que determinaram ao Sistema Único de Saúde (SUS) o fornecimento de remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo sistema a pacientes de doenças graves que recorreram à Justiça. Com esse resultado, essas pessoas ganharam o direito de receber os medicamentos ou tratamentos pedidos pela via judicial. O ministro Gilmar Mendes foi o relator das Suspensões de Tutela (STA) 175, 211 e 278; das Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; e da Suspensão de Liminar (SL) 47. No seu voto ele disse que se tem constatado a crescente controvérsia jurídica sobre a possibilidade de decisões judiciais determinarem ao Poder Público o fornecimento de medicamentos e tratamentos – decisões nas quais se discute, inclusive, os critérios para o fornecimento. Gilmar Mendes afirmou que no âmbito do Supremo é recorrente a tentativa do Poder Público de suspender decisões judiciais nesse sentido. “Na Presidência do Tribunal existem diversos pedidos de suspensão de segurança, de suspensão de tutela antecipada e de suspensão de liminar com vistas a suspender a execução de medidas cautelares que condenam a Fazenda Pública ao fornecimento das mais variadas prestações de saúde – como fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, criação de vagas de UTIs e de leitos hospitalares,

Este fenômeno do ativismo judicial também foi objeto de profundo estudo por Ferraz Júnior (2008). Esse autor analisa diversas questões, entre elas a verticalização e a fidelidade partidária, e afirma que o modelo de governança eleitoral adotado pelo País fez com que o Tribunal Superior Eleitoral avançasse no seu entendimento sobre o alcance do texto constitucional, ao responder a uma consulta, valendo-se de um instrumento juridicamente precário. Dois argumentos são formulados pelo autor. O primeiro afirma que essa atuação do Judiciário refletia certa inoperância do Legislativo, o que se deve à dificuldade de definir e aprovar agenda própria, ao lado da existência de uma legislação frágil, dúbia e instável para regular a competição político-partidária. O segundo argumento é o de que o Judiciário tende a atuar independentemente de haver falhas na legislação. Observa o autor um voluntarismo para identificar e corrigir, por meio de processo interpretativo inovador, possíveis defeitos da competição político-partidária. Conclui o citado autor que nas questões da verticalização, do número de vereadores, da cláusula de barreira e do fundo partidário, esse voluntarismo das Cortes é o elemento que melhor explica o fenômeno.

Nessa linha defendida por Ferraz Júnior (2008) quanto o voluntarismo do judiciário na tomada de decisões políticas, encontramos as referências feitas por Laurent Pech (2001) acerca da criação de princípios no âmbito da jurisprudência, o que permite a abertura de um campo novo de atuação pelo juiz. Desse modo, o próprio juiz promove a criação de princípios indeterminados que permitirão, no futuro, uma extensão da sua atividade interpretativa, gerando o ativismo judicial.

O tema ativismo judicial é certamente um daqueles que hoje proporciona maior celeuma no espaço de discussão do Direito brasileiro. Enquanto muitos defendem que o magistrado seja ativo, outros repudiam essa possibilidade com argumentos substanciais.

Em seu judicioso trabalho, Barroso (2010) análise as duas faces do ativismo judicial:

O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto

contratação de servidores da Saúde, realização de cirurgias e exames, custeio de tratamento fora do domicílio e inclusive no exterior, entre outros”, exemplificou. O ministro contou que ouviu diversos segmentos ligados ao tema na audiência pública sobre a saúde, ocorrida em abril de 2009. “Após ouvir os depoimentos prestados por representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil, isso porque na maioria dos casos a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à produção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas”, sublinhou.”

negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica. A adiada reforma política é uma necessidade dramática do país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil. Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade. Um exemplo de como a agenda do país deslocou-se do Legislativo para o Judiciário: as audiências públicas e o julgamento acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias, pelo Supremo Tribunal Federal, tiveram muito mais visibilidade e debate público do que o processo legislativo que resultou na elaboração da lei. (BARROSO, 2010, p. 10)

Conforme dissertado no capítulo referente a *Separação dos Poderes*, não se pode esquecer que a judicialização é um fenômeno que se agigante a partir do segundo pós-guerra, com o deslocamento do pólo de tensão entre os poderes na direção do Judiciário.

A questão tem assento em duas vertentes que se interpenetram: o modelo do Estado Democrático de Direito e a importância assumida pelos direitos fundamentais de caráter prestacional, próprios desse modelo de Estado.

Destarte, torna-se indubitável que o ativismo judicial está necessariamente atrelado à crescente judicialização dos conflitos e ao aumento da participação dos juízes na realização de políticas públicas. Todavia, isso deve ser observado positivamente. É saudável para a democracia que o Magistrado seja proativo tendo como foco a transformação da sociedade e o compromisso com o avanço das instituições, convergindo para uma atitude jurisdicional na qual o juiz não apenas dirija o processo, mas sim que participe com as partes e satisfaça da melhor maneira possível os interesses jurídicos em debate. Nessa perspectiva, o Magistrado se apresenta como verdadeiro diretor do processo e do interesse público, voltado a assegurar a realização dos direitos fundamentais protegidos na Constituição Federal. Ora, se há um compromisso institucional com a efetivação das promessas constitucionais, também o Poder Judiciário deve fazer sua parte e agir. (BARROSO, 2010)

Sob este prisma, o ativismo judicial ganha uma conotação positiva, ampliando a legitimidade das decisões judiciais.

Por outro lado, é preciso ter cautela. Não é incomum observar a bandeira do ativismo judicial tremulando a favor de decisões que extrapolam os limites da juridicidade, razão pela qual autores como Lenio Streck preferem discutir o ativismo em um sentido negativo: “O problema do ativismo surge exatamente no momento em que a Corte extrapola os limites impostos pela Constituição e passa a fazer política judiciária, seja para o ‘bem’, seja para o ‘mau’”. Nessa perspectiva, apostar no Judiciário para a concretização dos direitos em detrimento dos demais poderes significaria que o ativismo judicial é, também, antidemocrático e, pior, frequentemente utilizado como justificativa para decisões antes políticas do que jurídicas.

Como se observa, tanto aqueles que defendem o ativismo judicial como aqueles contrários à tese possuem a mesma preocupação: o cumprimento da Constituição e a guarda dos direitos; ambos, sob o manto da democracia. Todavia, a realidade não pode ser olvidada e sobre ela se observa um Poder Público (cada vez mais) negligente e alvo de litigiosidades. E se (somente se) os demais Poderes falham, o Poder Judiciário passa a ser necessário para a realização dos direitos; e juízes ativistas necessários para o crescimento da democracia.

3.3. Efetividade Constitucional

Antes de se adentrar ao tema central do presente tópico, convém sejam realizadas algumas observações atinentes à eficácia das normas constitucionais. Em consonância com os ensinamentos de Machado (2007):

No Brasil, diversos doutrinadores procuraram reformular a doutrina clássica numa tentativa de sistematizar o problema da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais. Nesse diapasão, destaca-se a teoria tricotômica do Professor José Afonso da Silva, cuja classificação logrou maior receptividade da doutrina e, inclusive, do Supremo Tribunal Federal como se percebe por inúmeras citações em seus acórdãos.

Segundo o ilustre mestre, as normas constitucionais podem ser divididas em três grupos (normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada) que só diferem entre si no seu grau de eficácia, incidindo ora de forma imediata e ora mediata sobre os interesses objetos de suas regulamentações jurídicas. Consequentemente, descartou-se a possibilidade de existência de normas constitucionais ineficazes. (MACHADO, 2007, p. 01)

Uma das principais e mais marcantes questões do fenômeno neoconstitucionalista é fazer sair do papel os ditames preconizados nas Cartas Políticas dos Estados que se proclamam democráticos. A busca da efetividade das normas constitucionais, notadamente dos direitos fundamentais, constitui ponto nevrálgico para essa mudança operada no constitucionalismo contemporâneo. A efetivação dos direitos constitucionais passa da *retórica* constitucional para a percepção de que, com base na doutrina e jurisprudência dessa nova ideologia, a Constituição deve ser concretizada.

Diversos são os exemplos de Cartas Constitucionais que não conseguiram alcançar os seus objetivos preconizados. Cartas como as do México, de 1917, e a de Weimar, de 1919, precursoras dos

Direitos Fundamentais Sociais, ficaram marcadas, também, por possuírem uma baixíssima efetividade em seus preceitos, sendo flagrante a queda de juridicidade das Constituições, “postulados abstratos, teses doutrinárias; tudo isso ingressa copiosamente no texto das Constituições. O novo caráter da Constituição lembra de certo modo o período correspondente a fins do século XVIII, de normatividade mínima e programaticidade máxima” (BONAVIDES, 2010).

Com o fenômeno neoconstitucional busca-se a máxima efetividade das Constituições, de seus dizeres, de seus preceitos, de forma a garantir a plena aplicabilidade dos direitos nela consagrados.

Ressalte-se, contudo, que para a real eficácia da Constituição é necessária a vontade das autoridades públicas e de toda a sociedade no sentido de sua efetivação concreta. É por isso que Hesse (1991) afirmava em 1959 que a Constituição “converte-se-á em força ativa se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)”. Essa força ativa encontraria *limites* na incompatibilidade da Carta com os valores sociais (condições naturais).

Para a concretização do Estado Social Democrático de Direito exige-se a participação de vários atores sociais para alcançar a situação de equilíbrio almejada pelo neconstitucionalismo.

Talvez essa seja uma das maiores contribuições oferecidas pelo neoconstitucionalismo ao organograma social como um todo: a participação. Participação conjunta na solução de problemas que dizem respeito a todo grupo social, e não apenas a parte dela. Participação conjunta que evita totalitarismos e que propicia uma decisão consciente sobre os rumos a serem tomados pelo Estado. Participação conjunta que ajuda a construir uma sociedade ativa e voltada para a busca e efetivação de seus direitos constitucionalmente garantidos.

Os direitos sociais, que, em sua grande maioria, são normas de caráter programático, buscam melhorar as condições mínimas de existência de todos os indivíduos.

Surgiram como uma resposta a uma pretensa igualdade concebida por Estado Liberal que marginalizava uma classe operária necessita, em todas as suas facetas, de um amparo estatal mais concreto.

Desenvolveram-se e possuíram as suas primeiras positivizações na Carta mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar, de 1919. Após a Segunda Guerra Mundial, internacionalizaram-se, em documentos com a chancela da Assembléia Geral das Nações Unidas.

Afirmava Atria (2004), em um posicionamento considerado por muitos como extremamente radical, que os direitos sociais acabariam por apresentar uma contradição em seus próprios termos,

contradição esta decorrente da dificuldade, tanto de sua exigência judicial, como das dificuldades encontradas pelo Estado em satisfazer todas as pretensões que os mesmos implicam, o que acabaria por transformar o seu rol *promessas descumpridas*.

Apesar de ser considerado um posicionamento um tanto quanto radical, a orientação de Atria, principalmente quando se voltam os olhos para a situação brasileira, não está de todo incorreta.

No Brasil, já existem indícios dos direitos sociais desde a Constituição Imperial de 1824, inspirada nas declarações de direitos firmadas após a Revolução Francesa de 1789. Apesar de referidos indícios, foi apenas com a Carta de 1934 que os mesmos foram positivados.

A Constituição de 1988 agregou em seu texto direitos fundamentais sociais que, em sua maioria, demandam uma conduta positiva do Estado por meio da implementação de políticas públicas, com vista à realização da igualdade material. Diante da retração dos Poderes Executivo e Legislativo, diversos direitos sociais previstos no texto constitucional não foram efetivas e o cidadão, estribado nos princípio constitucional de acesso à justiça e efetividade do processo, buscou no Poder Judiciário a sua efetivação, o que levou a releitura da a relação entre os três Poderes e suscitou um novo papel para o Poder Judiciário: uma percepção mais ampla de "dizer o Direito", ou seja, a efetivação dos direitos fundamentais e do pleno exercício da cidadania. Assim, o aumento das demandas envolvendo o debate sobre a efetivação dos direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, tem sido permeado pelos fenômenos muito estudados pela ciência política americana foram incorporados às pesquisas brasileiras e objeto de análise neste trabalho: a "judicialização da política" e o ativismo judicial.

Referida efetivação exige vontade do Poder Público e condições materiais necessárias para a mesma. Infelizmente, no caso brasileiro, ambas são ainda, na grande maioria das vezes, escassas. A Constituição de 1988, de caráter dirigente, por estabelecer melhores condições de existência para os indivíduos, condições estas que devem ser cumpridas no decorrer dos anos, é banalmente desrespeitada em seus direitos mais básicos, como no caso dos direitos sociais, no que concerne à efetivação e aplicabilidade dos mesmos.

O Brasil ainda é um país que busca garantir, no texto constitucional dos direitos fundamentais sociais, condições dignas de trabalho para todos os que laboram, mas que convive, diuturnamente, com situações escabrosas de trabalho escravo encontrados em *lavouras de cana* ou *carvoarias*.

No mesmo sentido, convive-se diariamente com um aumento incontrolável da insegurança e da marginalidade, sendo que a Carta de 1988 tutela a segurança como direito social fundamental.

Analisando-se o rol dos direitos fundamentais sociais, observar-se-á que diversos são os desrespeitos que os mesmos sofrem no momento de sua efetivação e consequente aplicabilidade.⁷⁴

Como todo direito fundamental, os direitos sociais, em sua concretização, devem ter como parâmetro os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Deve ser maximizado o mínimo existencial, como forma de garantir o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, assegurando ao cidadão a prestação essencial para a exaltação da justiça social, buscando diminuir a desigualdade entre os indivíduos. E em relação à reserva do possível, não poderá o Estado sob a alegação de insuficiência de verba, se eximir sempre da realização das suas atividades, em especial, da efetivação dos direitos sociais, inclusive, os de natureza prestacional.

Quando Bobbio afirmou, como colocado alhures, que o problema dos direitos do homem, incluindo-se aí o rol dos direitos sociais, não era mais o de sua fundamentação, mas sim o de sua efetivação, inteira razão possuía. Como o próprio exemplo brasileiro demonstra, a fundamentação dos direitos sociais no corpo constitucional já é uma realidade⁷⁵, enquanto que sua efetividade, e consequente aplicabilidade, que, de acordo com o §1º do artigo 5º da CR/88, deveria ser imediata, infelizmente, ainda é passível de críticas severas e polêmicas que, desde há muito, saltam aos olhos da população como um todo.

Os assim denominados *direitos sociais*, que, em poucas palavras, podem ser considerados como verdadeiras liberdades positivas, fundamentais e inerentes a todo ser humano e que devem ser de observação obrigatória por todo e qualquer Estado que deseje ser chamado de *Social* afirmaram-se, como disserta Comparato (2007), na tentativa de resolver ou, pelo menos, minimizar as desigualdades existentes após a Segunda Guerra Mundial.

Contudo, para atingir os seus objetivos e finalidades primordiais, referido rol de direitos necessita, como colocado alhures, da execução consciente de políticas públicas que almejem à proteção daqueles que podem ser considerados *desamparados* socialmente. E reside aí a grande celeuma quando o assunto é o tema referente aos direitos sociais, qual seja, como orientado pelo eminente Bobbio, e já citado no presente trabalho, a sua efetivação.

⁷⁴ Como orienta Falcão Maia (2009), diversos são os motivos colocados para o não cumprimento, por parte do Poder Público, dos direitos fundamentais sociais estabelecidos na Carta Republicana de 1988. Fala-se em reserva do possível, governabilidade, separação dos poderes para justificar a situação de desrespeito desse grupo de direitos, mesmo considerando a reconhecida "força normativa" da Constituição.

⁷⁵ A Carta de 1988 prevê os direitos sociais tanto no Capítulo II, do Título II, como em assertivas esparsas, não podendo perder de vista que o §2º do seu artigo 5º estatui que os direitos e garantias expressos na mesma não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

3.4. Reserva do Financeiramente Possível e sua Aplicabilidade na Efetivação dos Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente

O denominado princípio da reserva do financeiramente possível, nascido dos institutos do Direito Alemão, orienta que os direitos sociais devem ser cumpridos na medida em que haja a existência de recursos necessários e suficientes para tal tarefa. Nesse ínterim, leciona Canotilho (2003) que a plena realização dos direitos sociais deve ser examinada segundo os parâmetros desta reserva do possível, já que os mesmos encontram-se intimamente dependentes dos recursos econômicos necessários para sua efetivação, motivo pelo qual sua implementação estaria sempre vinculada ao montante de aportes financeiros, capazes de serem mobilizados para o cumprimento desta finalidade ⁷⁶

⁷⁷.

Sobre comentado assunto, disserta Sarmiento (2008) que a *reserva do possível* pode ser identificada:

(...) com a existência de embasamento legal para que o Estado incorra nos gastos necessários à satisfação do direito social reclamado. A questão nodal, aqui, diz respeito à existência de previsão orçamentária para a realização de determinada despesa, tendo em vista o princípio da legalidade da despesa. (SARMENTO, 2008, p. 573)

O Estado tem o ônus de provar os motivos para não cumprir uma prestação a direito social, só assim poderá alegar a reserva do possível. “Apesar de a reserva do possível ser uma limitação lógica à possibilidade de efetivação judicial dos direitos socioeconômicos, o que se observa é uma

⁷⁶ A doutrina germânica e a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* entendem que o reconhecimento dos direitos sociais depende da disponibilidade dos respectivos recursos públicos necessários para satisfazerem as prestações materiais que constituem seu objeto (saúde, educação, assistência, etc.). Para além disso, asseguram que a decisão sobre a disponibilidade desses recursos insere-se no espaço discricionário das opções do governo e do parlamento, através da composição dos orçamentos públicos (KRELL, 2002.) O importante é que, mesmo que se aceite a teoria do mínimo existencial, deve-se tentar ampliar ao máximo o núcleo essencial do direito, de modo a não reduzir o conceito de mínimo existencial à noção de mínimo vital. Afinal, se o mínimo existencial fosse apenas o mínimo necessário à sobrevivência, não seria preciso constitucionalizar os direitos sociais, bastando reconhecer o direito à vida. Hoje se deve buscar a idéia da máxima efetividade, ou seja, devemos lutar não pelo padrão mínimo de existência, e sim o padrão máximo possível dentro do que o Estado possa cumprir.

⁷⁷ A chamada reserva do possível foi desenvolvida na Alemanha, num contexto jurídico e social totalmente distinto da realidade histórico-concreta brasileira. Apesar das grandes contribuições que a doutrina estrangeira tem dado ao direito brasileiro, proporcionando indiscutivelmente consideráveis avanços na literatura jurídica nacional, é preciso deixar bem claro, contudo, que é extremamente discutível e de duvidosa pertinência o traslado de teorias jurídicas desenvolvidas em países de bases cultural, econômica, social e histórica próprias, para outros países cujos modelos jurídicos estão sujeitos a condicionamentos socioeconômicos e políticos completamente diferentes (DIRLEY, 2008). Os institutos jurídico-constitucionais devem ser compreendidos a partir da história e das condições socioeconômicas do país em que se desenvolveram, de modo que é impossível “transportar-se um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem se levar em conta os condicionamentos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos” (DANTAS, 66)

banalização no seu discurso por parte do Poder Público quando se defende em juízo, sem apresentar elementos concretos a respeito da impossibilidade material de se cumprir a decisão judicial. Por isso, as alegações de negativa de efetivação de um direito econômico, social e cultural com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la. (...) Assim, o argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais. Vale enfatizar: o ônus da prova de que não há recursos para realizar os direitos sociais é do Poder Público. É ele quem deve trazer para os autos os elementos orçamentários e financeiros capazes de justificar, eventualmente, a não-efetivação do direito fundamental” (MARMELESTEIN, 2008).

Profundo conhecedor da realidade do Estado Brasileiro, o autor alemão Andreas J. Krell (2002), conhecedor da realidade do Estado Brasileiro, onde vive desde 1993, enfatiza que: “vários autores brasileiros tentam se valer da doutrina constitucional alemã para inviabilizar um maior controle das políticas sociais por parte dos tribunais. Invocando a autoridade dos mestres germânicos, estes autores alegam que os direitos sociais deveriam também no Brasil ser entendidos como ‘mandados’, ‘diretrizes’ ou ‘fins do Estado’, mas não como verdadeiros Direitos Fundamentais. Afirmam que – seguindo a ‘linha alemã’ – seria teoricamente impossível construir direitos públicos subjetivos a partir de direitos sociais e que o Poder Judiciário não estaria legitimado para tomar decisões sobre determinados benefícios individuais. Essa interpretação é duvidosa e, na verdade, não corresponde às exigências de um Direito Constitucional Comparado produtivo e cientificamente coerente. Não podemos isolar instrumentos, institutos ou até doutrinas jurídicas do seu manancial político, econômico, social e cultural de origem”.

Por oportuno, ressalte-se que esta teoria da *reserva do possível* não foi desenvolvida em Estado onde há acentuada desigualdade social com milhões de cidadãos excluídos. Certamente os doutrinadores do Direito Constitucional alemão, se fossem inseridos na mesma situação sócio-econômica de exclusão social com a falta das condições mínimas de uma existência digna para uma boa parte do povo, passariam a exigir a interferência do Poder Judiciário, visto que este tem o dever de agir quando há retração dos outros Poderes no cumprimento dos direitos fundamentais, notadamente os sociais.

Contudo, o que vem ocorrendo na realidade (e o caso brasileiro é um exemplo marcante desse nefasto acontecimento) é que os Poderes Públicos estão escondendo-se sob o manto da *reserva do possível* para se eximir da prestação de direitos básicos, que existem com a finalidade precípua de conceder um mínimo de dignidade à pessoa humana.

Apesar de haver autores que entendem de modo diverso do apresentado nesse trabalho, concorda-se com o entendimento de que é muito importante a atuação do poder judiciário, sobretudo para afastar o princípio da reserva do possível (incompatibilizando-a com os direitos sociais) nos casos em se percebe a utilização, por parte do Estado, desse instituto como uma forma de “desculpa” da administração para não implementar políticas públicas (efetivação de direitos sociais, por exemplo), mesmo havendo dotação orçamentária que possa “cobrir” essa atuação. Isso seria um retrocesso. A efetividade ultrapassa a exigibilidade do direito fundamental. Não é apenas o direito em ser reconhecido pelo cidadão como sendo concretizado, e sim, além disso, estar consciente dos meios necessários para protegê-lo e garanti-lo junto aos órgãos públicos e aos particulares.⁷⁸

Há no sistema pátrio a chamada “constitucionalização do direito”, que, em síntese, significa que o juiz não só pode, mas deve fazer valer todas as garantias previstas na Magna Carta, podendo inclusive afastar a lei que não esteja em sintonia com o nosso sistema jurídico, não mais que isso. Em outras palavras, não deve o juiz concordar ou discordar do mérito de uma lei editada pelo Legislativo, e sim, restringir-se a verificar a sua adequação frente à constituição e aos princípios. O juiz exerce poder criativo do direito, no sentido de que adapta as leis às novas realidades, aplica princípios de direito, exerce o controle de constitucionalidade, e, principalmente, resolve o caso concreto. Para a efetivação dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário não deve ter a preocupação de “cumprir” a lei, e sim, de fazer justiça ao caso concreto. Nesse sentido a lição de Couture (1979): “Teu dever é lutar pelo direito, porém, quando encontrares o Direito em conflito com a justiça, luta pela justiça.”

Urge ressaltar que nem a reserva do possível nem a reserva de competência orçamentária do legislador podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação do princípio da *Proteção Integral da Criança e do Adolescente*, que é assegurado com absoluta prioridade pelo texto constitucional. (CF, art. 227). A efetividade dos direitos fundamentais da criança e do adolescente – notadamente daqueles mais diretamente ligados à vida, saúde, alimentação e educação e dignidade – não podem depender do *poder discricionário* do administrador ou *conveniência administrativa*, vez que o Estado tem o dever constitucional de garantir a existência digna daqueles que, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisam de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, antes e depois do nascimento. Fora desse quadro, tem-se a desconstrução do Estado Democrático de Direito, com a total frustração das legítimas expectativas da sociedade.

⁷⁸ Os direitos sociais são direitos caros que exigem custos, e consequentemente vão ultrapassar as limitações orçamentárias e políticas do poder público. Excepcionalmente, na hipótese de absoluta impossibilidade de recurso por parte do Estado, é admissível compatibilização da reserva do possível com os direitos sociais, porquanto o mesmo tem suas limitações e não pode o poder judiciário vir a determinar que se faça algo que não for possível. Nesta hipótese estaria buscando uma máxima efetivação dentro do possível, ao invés de buscar apenas o mínimo para a existência da população.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise dos princípios incorporados pela Doutrina da Proteção Integral, bem como do rol de direitos fundamentais de crianças e adolescentes, previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, conclui-se que os direitos fundamentais refletem a proteção integral preconizada, representando um avanço. Porém, o desafio que atinge a todos, sociedade, famílias e Estado, é o de transformar os direitos fundamentais em prática no atual momento histórico da infância e adolescência no Brasil, e não somente representar uma conquista formal.

No âmbito dos direitos fundamentais de proteção à criança e ao adolescente, seres humanos ainda em processo de formação, a CF, em seu art. 227 caput, determinou que a família, a sociedade e o Estado devem assegurar com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além do dever de garantir que fiquem a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. E dentre os órgãos do Estado está a obrigação da Justiça da Infância e da Juventude de, por seus integrantes, pelo Juiz, pelo Promotor de Justiça, pelos profissionais que a integram, observar a primazia do princípio da proteção integral da criança e do adolescente.

Entretanto, mostra-se preocupante a lamentável situação em que nos encontramos neste país, neste Brasil campeão de desrespeito aos direitos fundamentais, onde se cultiva com rara competência a violação aos direitos fundamentais, mormente em relação princípio da proteção integral da criança e do adolescente como um triunfo do opressor, em detrimento da melhoria de nossa sociedade, da qualidade de vida.

Muito se fala e é teorizado em relação ao tema da criança como especial objeto da atenção do legislador, do educador, da medicina e de outras disciplinas. Todavia, em termos práticos, de efetiva implementação de políticas públicas de atendimento aos jovens, muito pouco se faz em nossa sociedade.

É preciso pensar maior, na atuação coletiva, fazendo, construindo, provocando ações e projetos de atendimento mais amplos, pois é muito pouco o que se faz no âmbito das Varas da Infância e da Juventude atualmente, não obstante o esforço dos Juízes e Juízas, dos profissionais que nelas atuam, Promotores de Justiça, psicólogos, assistentes sociais, etc.

Lamentavelmente é uma situação, de quase completo descaso para com a complexa problemática da denominada proteção integral, em que se vive e que vem gerando insuportáveis taxas de violência infanto-juvenil, tendo como causas, dentre outras, a ausência de políticas públicas, a falta

de estrutura familiar, a desinformação e o despreparo dos pais, a má qualidade do ensino público obrigatório, a inadequação dos educadores no trato com o jovem, a ausência de vontade e de empenho das autoridades públicas para um completo e duradouro projeto de atendimentos dos direitos da criança e do adolescente, dentre outras causas não menos importantes.

Neste quadro, em que as desigualdades sociais são tão extremas e com a incômoda persistência da escassez de recursos públicos face à demanda e necessidade das crianças e adolescentes, que são prioritárias, o administrador público não tem observado a devida efetivação de direitos fundamentais, descumprindo o princípio da eficiência da Administração Pública (art.37, da CF/88).

Conforme manifestado alhures, com o advento da Constituição de 1988, o Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, passou a desempenhar um novo papel na formulação da política do Estado brasileiro. Quer dizer, tomando decisões que não só conformam a ordem constitucional, mas também direcionam a ação administrativa e legislativa do país.

Por ser um Poder de vanguarda não pode o Judiciário esperar o efeito da omissão de outros atores sociais, impondo-se, dentro da perspectiva neoconstitucionalista, uma atuação proativa, no sentido suprir a retração dos demais Poderes, impondo à Administração Pública condutas destinadas a efetivar programas e metas previstas na Constituição ou na legislação infraconstitucional. Este novo papel certamente não se coaduna com o que a doutrina clássica lhe atribuía, qual seja o de exercer um mero controle negativo, um controle de legalidade e supralegalidade sobre a condução da política estatal. Entretanto, não podemos olvidar que este novo papel, sem dúvida, é ensejado pela Constituição vigente, em nome da efetivação de direitos fundamentais, com apoio no artigo 5º, parágrafo 1º, da Lei Magna, que confere a tais direitos aplicabilidade imediata.

Não há que se falar, assim, que a atuação do Poder Judiciário é, nesse particular, antidemocrática, porquanto o artigo 227 da Constituição Federal regra que *“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”*. A concretização de direitos sociais prestacionais reclamados judicialmente se conflui com a idéia de que os fins plasmados na Constituição devem ser realizados.

Assim sendo, mostra-se incontroverso, pelo menos para a maioria dos estudiosos do assunto, que a participação do Poder Judiciário no âmbito da efetivação do direito fundamental social da proteção integral é legítima, sendo, ainda, necessária para que as crianças e adolescentes possam realmente usufruir dos benefícios deles advindos.

É certo, contudo, consoante salientado alhures, que a ingerência jurisdicional nesta dimensão deve ser informada por parâmetros alinhados com o fim dos direitos sociais, qual seja, a promoção da igualdade substantiva, bem como com os demais princípios constitucionais, dentre eles o da separação de poderes e o democrático.

A alegada verificação da disponibilidade de recursos públicos para a implementação das prestações (reserva do possível) mostra-se, s.m.j, inaplicável em sede de proteção integral, porquanto este princípio constitucional faz referência expressa a “*prioridade absoluta*”, não havendo margem para que o Administrador justifique a não prestação reclamada sob o fundamento de conveniência administrativa.

Sobreleva destacar a importância de se realizar um diálogo institucional entre os poderes instituídos – sobretudo entre o Judiciário e o Executivo –, de modo que a ingerência jurisdicional não enseje a produção de resultados contrários à própria finalidade dos direitos sociais. É aconselhável que os magistrados se inteirem das políticas públicas existentes destinadas à promoção do direito social pretendido, a fim de que suas decisões não assumam perspectivas contrárias, prejudicando a fruição dos direitos sociais pela coletividade ou, então, na pior das hipóteses, acabem por aniquilar as políticas públicas em vigor.

Insta acrescentar, que a atuação do Poder Judiciário reveste-se de maior legitimidade à medida que o direito reclamado for mais essencial, em razão da sua inequívoca relação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesta senda, não há maiores percalços no que diz respeito à justiciabilidade dos direitos integrantes do mínimo existencial, pois que nesta dimensão, conforme esclarece Sarlet (2009), haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações.

Alinhando-se com o posicionamento de Daniel Sarmento, Ingo Sarlet e Robert Alexy, convém trazer à baila o entendimento segundo o qual o reconhecimento de direitos originários a prestações sociais estaria atrelado a uma ponderação de interesses a ser realizada a partir das circunstâncias do caso concreto, observando-se, por intuitivo, o postulado normativo da proporcionalidade (SARLET, 2009, p. 349). A tensão objeto da ponderação seria entabulada entre o direito social prestacional reclamado e os princípios concorrentes, quais sejam, a separação de poderes, a democracia e os direitos de terceiros que seriam atingidos ou inviabilizados (SARMENTO, 2010, 579).

Neste contexto pode-se observar o que ALEXY (1999, p.68), analisando a Constituição Federal de 1988, chamou de Colisão de Direitos Fundamentais, situação que ocorre quando o exercício ou realização de um direito fundamental acarreta consequências negativas sobre outros titulares de direitos fundamentais. O jurista alemão, para contornar o problema, criou uma Teoria de Direitos Fundamentais que, em apertada síntese, pode ser entendida da seguinte forma: consideram-se

os princípios como ‘mandados de otimização’, que podem ser cumpridos em diferentes graus, dependendo das possibilidades reais e jurídicas sendo, portanto, possível existir uma ponderação entre princípios, onde um princípio será aplicado em menor grau do que outro princípio.

Assim, a solução de conflitos ou tensões entre direitos fundamentais na teoria dos princípios, é respondida pela hierarquização dos princípios conflitantes. Para realizar tal hierarquização, procede-se a uma ponderação racional ou argumentativa, feita num enfoque pragmático-argumentativo, indicando qual dos interesses em conflito ou tensão, possui maior ou menor peso no caso concreto.

No sentido de concretizar os direitos e contribuir para a efetivação da cidadania, torna-se indispensável a implantação de políticas públicas, programas, atividades, ações do cotidiano que atendam crianças e adolescentes nas demandas próprias do seu desenvolvimento, atingindo de igual forma as suas famílias. É necessário um comprometimento efetivo com a criança e adolescente, para que seja fortalecida a nova ordem recomendada pela Doutrina da Proteção Integral, com vistas à promoção da sua dignidade humana e o pleno exercício da cidadania.

Nesta senda, a expectativa é que os Poderes Legislativo e Executivo se conscientizem sobre a necessidade de implementarem políticas públicas idôneas, destinadas à promoção dos direitos sociais a prestações, pois, ao garantir-se um conteúdo mínimo de direitos fundamentais, garante-se a retirada mais célere do ser humano de qualquer faixa etária da indesejável situação de indignidade.

Portanto, sob a égide do pensamento neoconstitucionalista, a judicialização dos direitos sociais constitucionalmente garantidos, levando ao Poder Judiciário debates sobre ações concretas ou políticas públicas, consente sua atuação por meio do ativismo judicial, na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço dos demais poderes quando inertes, sendo essencial para a efetivação dos direitos sociais, mormente da dignidade da pessoa humana e para a consolidação do Estado Democrático Social de Direito.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Constitutional rights, balancing and rationality**. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003. Tradução para fins acadêmicos de Menelick de Carvalho Netto.
- _____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- _____. **Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional**. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p. 55-66. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- APPIO, Eduardo. **Teoria geral do Estado e da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2005.
- ARP, Björn. **Las minorías nacionales y su protección en Europa**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade**. Disponível em HTTP:// http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/OAPessoa.pdf. Acesso em 01 jul. 2011.
- ATRIA, Fernando. **Existem direitos sociais?** Disponível em <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/018266305490311410035/015570.pdf?incr=1>. Acesso em 10 jun. 2010.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. **“Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”**. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>. Acesso em 11 nov. 2010.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. Saraiva, 2006.
- AZEVEDO, Maurício Maia de. **O Código Mello Mattos e seus Reflexos na Legislação Posterior**. Disponível em http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=b2498574-2cae-4be7-a8ac-9f3b00881837&groupId=10136. Acesso em 14 ago. 2011.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BARCELOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar: 2005.
- _____. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais - o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas.** Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=50. Acesso em 10 jan. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformada.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional do Brasil.** In: Souza Neto, Cláudio Pereira de; Sarmento, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível no site www.oab.org.br, acesso em 01 jul de 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BAKER, Leonard. **John Marshall - A life in law.** Easton Press: 1990, v.2.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco.** Rio de Janeiro: Editora 34, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. **A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro.** Disponível em <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril.pdf>. Acesso em 11 jun. 2010.

BETTI, Emilio. **Teoría general de las obligaciones.** Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

BEURLEN, Alexandra. **Direito humano à alimentação adequada no Brasil.** Curitiba: Juruá, 2009.

BEVILAQUA, Clovis. **A Constituição e o Código Civil.** In: Revista de Direito Privado. São Paulo: RT, 2002.

BIANCA, Massimo. **Diritto Civile – La Proprietà.** Vol. 6. Milano: Giuffrè Ed., 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2010.

BORGES, Alexandre Walmott. **Preâmbulo da Constituição & a ordem econômica.** Curitiba: Juruá, 2009.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada.** São Paulo. Ed. Saraiva. 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio - Ativismo Judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes (org); PAULA, Daniel Giotti de (org); NOVELINO, Marcelo (org). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Juspodvm, 2011. cap. 12, p. 387-401.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 15 ago. 2011.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 2001.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Manual de derecho constitucional**. Vol. II. Madrid: Tecnos, 2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

_____. **Direitos fundamentais e direito privado**. Ed. Almedina, 2003.

CANIVET, Guy. **Activisme judiciaire et prudence interprétative**, *Archives de philosophie du droit*, vol. 50, p. 7-32, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

_____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993.

CHAVES, Antônio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora LTR, 1994.

Código de Menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L6697.htm. Acesso em 15 ago. 2011.

COELHO, Fernando Laélio. **Fundamentos Históricos e Classificatórios dos Direitos Fundamentais: Primeiras Aproximações.** Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/105/85>. Acesso em 10 out. 2011.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico.** In: Carbonell, Miguel (Ed). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2007.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **A Constituição patrimonial privada.** In: Estudos sobre a Constituição. Jorge Miranda (Coord.). Lisboa: Petrony, 1979.

COSTA, Antonio Carlos Gomes da. **Natureza e implantação do novo direito da criança e do adolescente.** In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

COUTINHO, Aldacy Rachid. **A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores.** In INGO SARLETE “Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado”. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2003.

COUTURE, Eduardo. **Os mandamentos do advogado.** Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1979

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade.** Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.** São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

CUSTÓDIO, André Viana. **Teoria da Proteção Integral: Pressuposto para Compreensão do Direito da Criança e do Adolescente.** Disponível em <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/657/454>. Acesso em 13 ago. 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes.** São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **A Luta pelos Direitos Humanos.** São Paulo: Universidade de São Paulo, 2000.

_____. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 15 ago. 2011

DEZALAY, Yves. **A reestruturação global e o Direito.** In: Direito e globalização econômica. São Paulo: Malheiros, 2010.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil.** São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **As lacunas no direito.** São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire.** Cambridge: Harvard University Press, 2006.

DUARTE, Écio Oto Ramos, POZZOLO, Suzanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico. As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da constituição.** São Paulo: Landy, 2006.

DURKHEIN, Émile. **Lições de Sociologia.** Trad. Monica Sthael. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado.** Trad. Eduardo Valentín Fiol. Barcelona: Bosch, 1961

ESTÉVES, José V. Acosta. **Tutela processual de los consumidores.** Barcelona: Jose Maria Bosch, 1995.

ESTROUGO, Mônica Guazzelle. **O princípio da igualdade aplicado à família.** In: Direitos Fundamentais do Direito de Família. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIA, José Eduardo. **Os desafios do Judiciário.** *Revista USP*, n. 21, p. 47-57. São Paulo: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS)/USP, 1994.

FARIAS, Edilson Pereira de. **A colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.** Porto Alegre: Fabris, 1996.

FARJAT, Gérard. **A noção de direito econômico.** *Revista de Direito do Consumidor*. V. 19. São Paulo: RT, 1996.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia, a regulação estatal e a globalização dos mercados.** Coimbra: Coimbra Editora, 2007

FELLET, André Luiz Fernandes (org.); PAULA, Daniel Giott de (org.); NOVELINO, Marcelo (org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial.** Salvador: Juspodivm, 2011

FEREJOHN, John. **Judicializing politics, politicizing law.** Library of Congress: USA, 2002.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes. [Neoconstitucionalismo e as possibilidades e os limites do ativismo judicial no Brasil contemporâneo.](#) Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Uberlândia, Ano de Obtenção: 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **A ciência do direito.** São Paulo: Atlas, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Granada. Ed. Comares, 2001

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso social**. Florianópolis: Conceito, 2009.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. **La teoría del Derecho em tiempos de constitucionalismo**. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

FLÓRES-VALDES, Joaquín Arce. **El Derecho Civil Constitucional**. Madrid, Ed. Cuadernos Civitas, 1991.

FLUME, Werner. **El negocio jurídico**. Trad. José Maria Miguel Gonzáles. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.

FRANCO, José Alexandre. **A Justiça de Rawls e o Pós-Positivismo**, disponível em http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_20001.pdf. Acesso em 09. jan., 2012.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FREYESLEBEN, Márcio Luís Chila Freyesleben. **Ativismo Judicial**. Disponível no site www.endireitar.org, acesso em 01 de jul de 2010.

GADAMER, Hans-Georg. Trad. Marco Antonio Casanova. Ed. Vozes, 2005.

GALGANO, Francesco. **Diritto privato**. Padova: Cedam, 1985.

_____. **La globalización en el espejo del Derecho**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GAREA, Rafael Colina. **La función social de la propiedad en la Constitución Española de 1978**. Barcelona: José Maria Boch, 1997.

GHISI, Cristine Elisabeth Locks. **A reserva do possível como limite dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em http://portal2.unisul.br/content/userFiles/File/pagina_dos_cursos/direito_tubarao/Monografias_2009-A/Cristine_Elisabeth_Locks_Ghisi.pdf. Acesso em 10 jun. 2010.

GÓES, Gisele Santos. **Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? Ênfase nos princípios jurídicos**. In: Sistema e tópica na interpretação do ordenamento. Renan Lotufo (org.) Barueri: Manole, 2006.

GOMES. Fabio Luiz. **Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente e o Princípio da Transitoriedade dos Abrigos**. Disponível em <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/250/201>. Acesso em 15 ago. 2011.

GOMES, Orlando. **O poder legislativo da empresa**. In: Novos temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. **Origens, conceito e características dos direitos sociais: uma análise das consequências do déficit na implementação dos direitos fundamentais de segunda dimensão**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>. Acesso em 09 jun. 2010.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUSTIN, M. B.; DIAS, M. T. F. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HARBERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins. **O princípio da precaução e sua aplicação no direito do consumidor: dever de informar**. Revista de Direito do Consumidor. V. 70. São Paulo: RT, 2009.

HATTENHAUER, Hans. **Los fundamentos historico-ideologicos del derecho Aleman**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1981.

HESSE, Conrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

IATAROLA, Ana Cristina Silva. **Capacidade Contributiva – princípio norteador de justiça tributária e sua limitação pelos direitos fundamentais: mínimo existencial versus não confisco tributário**. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp0807.pdf>. Acesso em 10 jan. 2012.

JULL, Robert. **Some Reflections on Judicial Activism**. Library of Congress: USA, 2000.

JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2008.

KRELL, Adreas J. **Direito Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**, Fabris, 2002.

LAFFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodología de la Ciencia del Derecho**. Barcelona: Ariel, 2003.

LEIROS, Maria Wilma de Souza Bezerra. **O significado dos direitos humanos da criança e do adolescente em exclusão social**. Disponível em: http://www.ufpb.br/cdh/maria_wilma.pdf. Acesso em 15 ago. 2011.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEITE, Carla Carvalho. **Da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção Integral: aspectos históricos e mudanças paradigmáticas.** Juizado da Infância e da Juventude, Porto Alegre, n. 5, mar. 2005, p. 14.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2006.

LE MOS, Rafael Diogo D. **A eficácia horizontal dos direitos sociais.** Disponível em http://www.uj.com.br/doutrinas/A_Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Sociais. Acesso em 10 jun. 2010.

LIMA JÚNIOR, Jaime Benvenuto. **Os direitos humanos, econômicos, sociais e culturais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución.** Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo.** Trad. de E. Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA – Instituto Brasileiro de Difusão Cultural S.A., 1963.

LOPES, Teresa Ancora. **Princípio da precaução e evolução da Responsabilidade Civil.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores.** Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003.

_____. **Fundamentos do Direito Privado.** São Paulo: Ed. RT, 1998.

LOTUFO, Renan. (Coord.). **Cadernos de Direito Civil Constitucional.** Curitiba, Ed. Juruá, 2001. – Artigo: *Direito ao sossego*, Francisco Eduardo Loureiro, págs. 111/154.

_____. (org.). **Direito Civil Constitucional** – Caderno 1. São Paulo, Max Limonad, 1999, p. 213/253. *O sigilo bancário e de dados financeiros e a tutela da privacidade e intimidade.* Luiz Carlos dos Santos Gonçalves.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales.** Madrid: Tecnos, 2005.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.** São Paulo: Manole, 2003.

MACIEL, Álvaro dos Santos. **A evolução histórica do princípio da igualdade jurídica e o desenvolvimento nas constituições brasileiras.** Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8343. Acesso em 14 ago. 2011.

MALDONADO, Maurílio. **SEPARAÇÃO DOS PODERES E SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS : DESENVOLVIMENTO NO ESTADO BRASILEIRO.** Disponível em http://www.al.sp.gov.br/web/instituto/sep_poderes.pdf. Acesso em janeiro de 2012.

MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos prestacionais.** Disponível em <http://www.iuspedia.com.br>. Acesso em 09 jun. 2010.

MACHADO, Alberto Vellozo. Os direitos de personalidade no estatuto da criança e do adolescente. Dissertação de Mestrado apresentada e aprovada, Curitiba, UFPR/2001.

MADISON, James et. al. **O federalista**. In *Os Pensadores*. São Paulo: Victor Civita Editor, 1979.

MAIA, Mário Sérgio Falcão. **Direitos sociais: em busca de uma justiciabilidade possível**. Disponível em <http://www.juragentium.unifi.it/pt/surveys/latina/falcao.htm>. Acesso em 10 jun. 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba et. al. **Historia de los derechos fundamentales (T. II): siglo XVIII (VOL. I): el contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolucion**. Madrid: Dykinson, 2001

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor**. In: *20 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2011

_____. **Controle do Patrimônio Público: comentários à lei de improbidade administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Princípio da justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 2009

_____. **Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho**, disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=514. Acesso em 10 jun. 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Bahia: JusPodivm, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Moacyr Pereira. **A proteção integral da criança e do adolescente: novidade utópica ou realidade esquecida?**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2257. Acesso em 14 ago. 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional Tomo IV**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo (org.). **Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005, Livro XI, VI, p. 165-175

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de Direito Civil-Constitucional**. 1ª. ed. Renovar. Rido de Janeiro. 2010.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Cómo contratar en una economía de mercado**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005.

_____. **Contratos: aspectos generales**. Santa-Fé: Rubinzal- Culzoni, 2005.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra Editora, 2006.

NUNES, Pedro dos Reis. **Dicionário de tecnologia jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1990.

OPPO, Giorgio. **Sobre os princípios gerais do Direito Civil**. Congresso “Os princípios gerais do Direito”. Academia dei Lincei

Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos. Disponível em: <http://www.rolim.com.br/2002/pdfs/067.pdf>. Acesso em 15 ago. 2011.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PECES-BARBA MATÍNEZ, Gregório, et. al. **Curso de derechos fundamentales**. Madrid: Universidade Carlos III de Madrid, 2001.

PECH, Laurent. **Le Remède au Gouvernement des Juges – Le Judicial SelfRestraint**. Publications de la Sorbonne: Paris, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução**. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro, Renovar.

PICCIRILLO, Miguel Belinati. **Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho**, disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.link=revista_artigos_leitura&artigo_id=514. Acesso em 10 jan. 2012.

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. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2009.

POGREBINSCHI, Thamy. **Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo**. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, nº 17, agosto-dezembro de 2000.

PRITCHETT, C. Herman. **Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio da proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

_____. **Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a “Existem direitos sociais” de Fernando Atria.** In: Souza Neto, Cláudio Pereira de; Sarmento, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos em espécie.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direito da Criança e do Adolescente: por uma propedêutica jurídicoprotetiva transdisciplinar.** Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.

RAMOS, Elisa Maria Rudge. **Evolução histórica dos direitos sociais.** Disponível em http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081216197. Acesso em 09 jun. 2010.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito.** São Paulo: Saraiva, 2005.

REZZÓNICO, Juan Carlos. **Contratos com cláusulas predispuestas.** Buenos Aires: Astrea, 1987.

RINESSI, Antônio Juan. **Protección del consumidor: dignidad, obligación de seguridad, riesgos.** In: Revista de Derecho Privado y Comunitário. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni, 2009.

RIVABEM, Fernanda Schaefer. **A Dignidade Da Pessoa Humana Como Valor-Fonte Do Sistema Constitucional Brasileiro,** disponível em <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewArticle/7004>. Acesso em 08 ago. 2011.

ROBLES, Gregório. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual.** Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODOTÀ, Stefano. **Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata.** Bologna: Il Mulino, 1990.

ROPPO, Enzo. **O contrato.** Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

RODRIGUES, Walkíria Machado e VERONESE, Josiane Rose Petry. **Papel da Criança e do Adolescente no Contexto Social: uma reflexão necessária.** Disponível em <http://www.abmp.org.br/textos/13.htm>. Acesso em 13 ago. 2011.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **O direito da concorrência e a obrigação de contratar.** Rio de Janeiro, 2009.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **O papel do juiz na tentativa de pacificação social: a importância das técnicas de conciliação e mediação.** Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 21 nov. 2011.

SANCHÍS, Luis Pietro. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial.** In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s).* Madrid: Trotta, 2003.

SANTOS, Nilton Kasctin. **A estrutura normativa de proteção à infância: breves comentários.** Disponível em <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id223.htm>. Acesso em 14 ago. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos.** In: *SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. Direito sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.* Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 553-586.

_____. **A ponderação de interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia jurídica.** Tradução de J. J. Santa-Pinter. Buenos Aires: Depalma, 1994.

_____. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** In: FELLET, André Luiz Fernandes (org); PAULA, Daniel Giotti de (org); NOVELINO, Marcelo (org). *As Novas Faces do Ativismo Judicial.* Salvador: Juspodvm, 2011. p. 73-113.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución.** Tradução espanhola de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios e Contrapesos: Checks and Balances.** Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (*Coord.*). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TAVARES, Andre Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1998.

UCHOA, Marcelo. **A História da Criança: da Idade Média aos Tempos Modernos. O Surgimento do Sentimento da Infância.** Disponível em <http://www.overmundo.com.br/banco/a-historia-da-crianca-da-idade-media-aos-tempos-modernos>. Acesso em 13 ago. 2011.

UNICEF. A Convenção sobre os Direitos da Criança. http://www.unicef.pt/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf. Acesso em 14 ago. 2011.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal.** Jurua, 2009

VALLINDER, T. e TATE, N. **When the Courts Go Marching**. New York: New York University Press, 1995.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Ltr, 1999.

VILLELA, Ana. **O Direito das Sucessões e o Projeto do Código Civil**. Revista do Advogado n. 19, AASP, 1985.