



## Observatório da Jurisdição Constitucional

### **DOCTRINA**

Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del  
constitucionalismo postpositivista.  
**Manuel Atienza**

Uma leitura hermenêutica das características do  
neoconstitucionalismo.  
**Lenio Luiz Streck**

### **OBSERVATÓRIO NACIONAL**

O Poder Executivo na construção do Direito Constitucional: uma  
breve análise do caso brasileiro.  
**Jorge Octávio Lavocat Galvão**

Omissões inconstitucionais e mandados constitucionais de  
criminalização: o Mandado de Injunção nº 4733 e a criminalização  
da homofobia.  
**Eric Baracho Dore Fernandes**

Um olhar sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações  
entre particulares  
**Fernanda Raso Zamorano**

Implementação qualitativa da educação infantil como fruto da  
gestão democrática: análise crítica e propostas à luz da ponderação  
no caso em concreto.  
**Luiz Henrique Batista de Oliveira Pedrozo**

Taxas: Equivalência e Igualdade.  
**Felipe Garcia Lisboa Borges e Lise Vieira da Costa Tupiassu Merlin**

Neoconstitucionalismo e Jurisdição Constitucional no Brasil: uma  
proposta conciliatória entre a garantia de direitos fundamentais  
pelo Poder Judiciário e fortalecimento democrático.  
**Lygia Maria Copi e Érico Prado Klein**

### **OBSERVATÓRIO INTERNACIONAL**

Sentenças aditivas no direito italiano e a sua viabilidade na  
jurisdição constitucional brasileira.  
**André Luiz Maluf Chaves e Thiago Rodrigues-Pereira**

**EDITORES RESPONSÁVEIS**  
André Rufino do Vale e Fábio Lima Quintas



Observatório da Jurisdição  
Constitucional

## Observatório da Jurisdição Constitucional

Ano 7, no. 2, jul./dez. 2014

### Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP

#### Diretora-Geral do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Dalide Barbosa Alves Corrêa

#### Diretora- Geral da Escola de Direito de Brasília – EDB

Maria de Fátima Pessoa de Mello  
Cartaxo

#### Editores responsáveis

André Rufino do Vale

Fábio Lima Quintas

#### Assistente Editorial

Guilherme Del Negro

#### Conselho Editorial

André Rufino do Vale  
Universidad de Alicante

Beatriz Bastide Horbach  
Eberhard-Karls Universität  
Tübingen

Carlos Bastide Horbach  
Universidade de São Paulo

Christine Oliveira Peter  
Universidade de Brasília

Fábio Lima Quintas  
Universidade de São Paulo

Gilmar Ferreira Mendes  
Instituto Brasiliense de Direito  
Público

Ingo Wolfgang Sarlet  
Pontificia Universidade Católica do  
Rio Grande do Sul

Jorge Octávio Lavocat Galvão  
Universidade de São Paulo

José Levi Mello do Amaral Junior  
Universidade de São Paulo

Lenio Luiz Streck  
Universidade do Vale do Rio dos  
Sinos

Luciano Felício Fuck  
Universidade de São Paulo

Marcelo da Costa Pinto Neves  
Universidade de Brasília

Marco Túlio Reis Magalhães  
Universidade de São Paulo

Paulo Gustavo Gonet Branco  
Instituto Brasiliense de Direito  
Público

Rodrigo de Oliveira Kaufmann  
Universidade de Brasília

Sérgio Antônio Ferreira Victor  
Universidade de São Paulo

#### Pareceristas

André Rufino do Vale

Ana Paula Zavarize Carvalhal

André de Albuquerque  
Cavalcanti Abbud

Beatriz Bastide Horbach

Carlos Bastide Horbach

Celso de Barros Correia Neto

Christine Oliveira Peter

Daniel Barcelos Vargas

Eliardo Teles Filho

Fábio Lima Quintas

Jorge Octávio Lavocat Galvão

Léo Ferreira Leony

Luciano Felício Fuck

Manoel Carlos de Almeida Neto

Marcelo Casseb Continentino

Marco Túlio Reis Magalhães

Marina Corrêa Xavier

Paulo Penteado de Faria e Silva Neto

Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch

Rodrigo de Oliveira Kaufmann

Sérgio Antônio Ferreira Victor

Thomaz Henrique Junqueira de  
Andrade Pereira

Observatório da Jurisdição  
Constitucional. [recurso eletrônico] /  
Instituto Brasiliense de Direito Público –  
Ano 7, no. 2 (jul./dez. 2014)- Dados  
eletrônicos. – Brasília : Instituto  
Brasiliense de Direito Público, 2014 -  
196 p.

Semestral

Editores Responsáveis: André  
Rufino do Vale e Fábio Lima Quintas  
Disponível em:

[http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.  
br/index.php/observatorio](http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio)

Resumos em português, inglês e  
espanhol.

1. Direito. 2.

Jurisdição Constitucional.

I. Título. II. Instituto  
Brasiliense de Direito Público.

ISSN 1982-4564

**Sumário – OJC – Ano 7, no. 2**

*(Contents – OJC – Year 7, N. 2)*

<b>NOTA DOS EDITORES</b> ( <i>Editors' Note</i> )	IV
<b>DOCTRINA</b> ( <i>Doctrine</i> )	
<b>Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista</b> ( <i>Neither legal positivism nor neoconstitutionalism: a defence of postpositivist constitutionalism</i> )	1
<i>Manuel Atienza</i>	
<b>Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo</b> ( <i>A hermeneutic readout of the features of neoconstitutionalism</i> )	25
<i>Lenio Luiz Streck</i>	
<b>OBSERVATÓRIO NACIONAL</b> ( <i>National Case Law Review</i> )	
<b>O Poder Executivo na construção do Direito Constitucional: uma breve análise do caso brasileiro</b> ( <i>The Executive Branch in Constitutional Law construction: a brief analysis of the Brazilian case</i> )	49
<i>Jorge Octávio Lavocat Galvão</i>	
<b>Omissões inconstitucionais e mandados constitucionais de criminalização: o Mandado de Injunção nº 4733 e a criminalização da homofobia</b> ( <i>Unconstitutional omissions and constitutional criminalization orders: Injunction n. 4733 and the criminalization of homophobia</i> )	58
<i>Eric Baracho Dore Fernandes</i>	
<b>Um olhar sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares</b> ( <i>An outlook on the efficacy of fundamental rights among private legal relations</i> )	80
<i>Fernanda Raso Zamorano</i>	

**Implementação qualitativa da educação infantil como fruto da gestão democrática: análise crítica e propostas à luz da ponderação no caso em concreto** (*Qualitative implementation of childhood education as a consequence of democratic management: critical analysis and proposals in view of concrete balancing*)

..... 109

*Luiz Henrique Batista de Oliveira Pedrozo*

**Taxas: Equivalência e Igualdade** (*Fees: Equivalence and Equality*)

..... 126

*Felipe Garcia Lisboa Borges e Lise Vieira da Costa Tupiassu Merlin*

**Neoconstitucionalismo e Jurisdição Constitucional no Brasil: uma proposta conciliatória entre a garantia de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário e fortalecimento democrático** (*Neoconstitutionalism and constitutional jurisdiction in Brazil: a conciliatory proposal between fundamental rights and democratic strengthening*)

..... 140

*Lygia Maria Copi e Érico Prado Klein*

**OBSERVATÓRIO INTERNACIONAL** (*International Case Law Review*)

**Sentenças aditivas no direito italiano e a sua viabilidade na jurisdição constitucional brasileira** (*Additive rulings in Italian Law and its feasibility in Brazilian Constitutional Law*)

..... 167

*André Luiz Maluf Chaves e Thiago Rodrigues-Pereira*



Observatório da Jurisdição  
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.  
Ano 7, no. 2, jul./dez. 2014. ISSN 1982-4564.

### **Nota dos Editores**

**Prezados leitores**, o Observatório da Jurisdição Constitucional lança mais uma nova edição (Vol. 7, n. 2, jul./dez. 2014) com diversos artigos inéditos sobre temas da atualidade que dizem respeito ao exercício da jurisdição constitucional no Brasil e em outros países.

Nesta edição, na Seção de Doutrina, têm destaque os trabalhos dos Professores Manuel Atienza e Lenio Streck, que apresentam suas mais novas e atuais reflexões teóricas sobre as correntes do pensamento jurídico: jusnaturalismo, positivismo e (neo)constitucionalismo. No artigo “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, o Professor Manuel Atienza, Catedrático de Filosofía del Derecho da Universidad de Alicante (Espanha), propõe que apenas o denominado constitucionalismo pós-positivista pode fornecer um guia teórico para o jurista que atua no contexto do atual Estado constitucional, na medida em que evitaria alguns erros e teses insustentáveis do neoconstitucionalismo e não padeceria das insuficiências e equívocos do positivismo jurídico em suas diversas concepções. O Professor Lenio Streck, por sua vez, seguindo uma linha diferenciada, mas assumindo o mesmo objetivo de firmar as bases teóricas para a compreensão adequada do Direito no atual quadro jurídico do constitucionalismo, conclui em seu artigo que nenhuma das concepções (jusnaturalismo, positivismo e neoconstitucionalismo) pode dar conta do constitucionalismo contemporâneo, e que hoje é necessária uma teoria pós-positivista que adote uma adequada teoria da decisão judicial.

Na Seção Observatório Nacional, o Professor Jorge Octávio Lavocat Galvão apresenta um recente estudo sobre “O Poder Executivo na construção do Direito Constitucional”, com análise do caso brasileiro. Esta mesma Seção traz, ainda, variados estudos analíticos sobre atuação do Supremo Tribunal Federal em recentes decisões: “Omissões inconstitucionais e mandados constitucionais de criminalização: o Mandado de Injunção nº 4733 e a criminalização da homofobia”, de Eric Baracho Dore Fernandes; “Um olhar sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”, de Fernanda Raso Zamorano; “Implementação qualitativa da educação infantil como fruto da gestão democrática: análise crítica e propostas à luz da ponderação no caso em concreto”, de Luiz Henrique Batista de Oliveira Pedrozo; “Taxas: Equivalência e

Igualdade” Felipe Garcia Lisboa Borges e Lise Vieira da Costa Tupiassu Merlin; “Neoconstitucionalismo e Jurisdição Constitucional no Brasil: uma proposta conciliatória entre a garantia de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário e fortalecimento democrático”, de Lygia Maria Copi e Érico Prado Klein.

A Seção Observatório Internacional publica um estudo sobre as “Sentenças aditivas no direito italiano e a sua viabilidade na jurisdição constitucional brasileira”, de autoria de André Luiz Maluf Chaves e Thiago Rodrigues-Pereira.

Esperamos que este novo número da revista do Observatório da Jurisdição Constitucional seja bem recebido e apreciado pela comunidade jurídica e cumpra seu objetivo primordial de contribuir com as reflexões teóricas e o aperfeiçoamento institucional da jurisdição constitucional brasileira.

**André Rufino do Vale**

**Fábio Lima Quintas**



Observatório da Jurisdição  
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.  
Ano 7, no. 2, jul./dez. 2014. ISSN 1982-4564.

## Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista

*Manuel Atienza\**

**Resumo dos editores:** Em seu artigo, Manuel Atienza propõe que a crítica constitucional ao paradigma positivista seja capitaneada pela noção de constitucionalismo pós-positivista, e não pela noção de neoconstitucionalismo, que traz mais problemas do que soluções. O constitucionalismo pós-positivista formula a ordem constitucional também em termos substantivos e valorativos, diferentemente de concepções positivistas, mas não cai nas armadilhas neoconstitucionalistas de desconsiderar que há direito fora da constituição e de subjugar, em abstrato, regras a princípios.

**Palavras-chave:** Positivismo Jurídico, Neoconstitucionalismo, Constitucionalismo Pós-Positivista, Argumentação Jurídica.

**Editors' Abstract.** Professor Manuel Atienza suggests that the challenges posed to positivism by a constitutionalist mindset are more aptly tackled under the heading of post-positivist constitutionalism than under the heading of neoconstitucionalism, which offers more problems than solutions. Post-positivist constitutionalism differs from positivism as it considers that the constitutional order also has a value-laden and a substantive dimension, but does not fall into the neoconstitucionalist traps of disregarding non-constitutional norms and of subjecting, in all cases, rules to principles.

**Keywords.** Legal Positivism, Neoconstitucionalism, Post-Positivist Constitutionalism, Legal Argumentation.

\* Professor Catedrático de Filosofia do Direito na Universidade de Alicante. Diretor da Revista Doxa e do Observatório Doxa de Argumentação Jurídica para o Mundo Latino-Americano.

## 1.

---

Si alguien me preguntara hoy qué es eso del neoconstitucionalismo, creo que le contestaría lo mismo o algo muy semejante a lo que aparece en el Diccionario de los lugares comunes de Flaubert, en relación con el Derecho: "no se sabe qué es". No estoy diciendo que yo no lo sepa, sino que no se sabe, que no se puede saber. Pero si lo que se me preguntara fuera si yo soy o no un neoconstitucionalista, mi respuesta inequívoca, incluso enfática, sería que no. Tampoco, por cierto, me considero un iuspositivista (de ninguno de los diversos tipos ahora existentes), aunque sí creo saber qué significa centralmente ser un autor iuspositivista. Veamos si soy capaz de explicar lo que en principio tiene todo el aire de una paradoja.

El término "neoconstitucionalismo" o "neoconstitucionalista" ha adquirido, como todo el mundo sabe, un gran predicamento en la teoría del Derecho de los países latinos -europeos y americanos - en los últimos años. Pero no parecen existir expresiones equivalentes en otros ámbitos culturales; o, si existen, tienen un significado muy diferente. La procedencia de la expresión parece estar en la escuela genovesa, en varios representantes de la misma, que la introdujeron con un propósito manifiestamente crítico y descalificador: para referirse a una concepción del Derecho contraria al positivismo jurídico que ellos profesaban y profesan: digamos, al iuspositivismo metodológico o conceptual (la connotación de iuspositivismo realista podemos dejarla aquí de lado). Probablemente ese origen polémico tenga que ver con el uso tan confuso al que la expresión ha dado lugar.

La confusión se debe, en principio, a una serie de ambigüedades que arrastra el término, más o menos obvias, pero de las que no siempre es consciente quien lo utiliza. Es evidente, por ejemplo, que a veces se habla de "neoconstitucionalismo" para referirse a un determinado fenómeno (ciertos cambios que han tenido lugar en los sistemas jurídicos en los últimos tiempos: la existencia de constituciones con ciertas características y que desempeñan un papel especialmente relevante en el conjunto del ordenamiento jurídico), pero otras veces (y en ocasiones al mismo tiempo) a la conceptualización de ese fenómeno: el neoconstitucionalismo como teoría del Derecho. Que el neoconstitucionalismo puede entenderse, esencialmente, como una doctrina (o un fenómeno) política, aunque también cabe poner el acento en su dimensión jurídica. O que a veces se usa el término para referirse a teorías o fenómenos que conciernen exclusivamente al Derecho constitucional (la interpretación de la Constitución, por ejemplo), mientras que en otras ocasiones el universo del discurso es el ordenamiento jurídico en su conjunto. Y por si esto fuera poco (o, si se quiere, como consecuencia de todos esos sentidos amontonados), el prefijo "neo" viene todavía a aumentar la confusión: pues en algunos de los anteriores significados puede comprenderse que se use esa expresión, "neoconstitucionalismo", pero la misma resulta desconcertante si a lo que queremos referirnos es a una teoría -a una concepción- general del Derecho: simplemente porque no ha habido ninguna anterior que pudiera llamarse (que se

haya llamado) "constitucionalista". De manera que el "neo", simplemente, está de más, y uno está tentado a pensar que el éxito que ha conocido pudiera deberse a razones semejantes a las que hacen que se prefiera hablar de "influir" en lugar de "influir", de "concretizar" en lugar de "concretar" o de "direccionar" en lugar de "dirigir". O sea, una corrupción de la lengua basada en la falsa impresión de que alargar una palabra es una forma de agregarle sofisticación, profundidad, a su significado.

Demos entonces un paso más y centrémonos en el que podría considerarse como significado principal de la expresión, al menos cuando quienes hacen uso de la misma son filósofos del Derecho: el (neo)constitucionalismo como concepción o teoría general del Derecho. De hecho, el artículo que suele considerarse como el primero en introducir la expresión es uno de Susana Pozzolo, de 1998: "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional". Pues bien, en el mismo, la noción de "neoconstitucionalismo" dista, en mi opinión, de estar clara. Lo caracteriza en términos de alternativa: principios versus normas (reglas), ponderación versus subsunción, Constitución versus independencia del legislador, y jueces versus libertad del legislador. Los neoconstitucionalistas serían entonces aquellos autores que subrayan la prevalencia del primero de los términos en cada una de esas oposiciones. Pero esto, sin duda, es muy poco claro, y cuando Pozzolo lo especifica, yo creo que se aparta significativamente de lo que defienden los autores que ella incluye bajo ese rótulo: Dworkin, Alexy, Zagrebelsky y "sólo en parte" Nino (Pozzolo 1998, p. 339). Así, no me parece que sea cierto que ellos animen a los jueces a recurrir en la mayor medida posible a los principios, ni que planteen la ponderación como un procedimiento casuístico, que prescindan como criterio interpretativo de la deferencia al legislador o que promuevan que los jueces lleven a cabo una "interpretación moral del caso", puesto que "ahora el juez debe interpretar el Derecho a la luz de las exigencias de justicia vehiculadas por el caso" (Pozzolo 1998, p. 342).

En trabajos posteriores, Pozzolo subraya la ambigüedad de la expresión "neoconstitucionalismo" y la analiza en términos en mi opinión más adecuados, en cuanto insiste sobre todo en el carácter no positivista de las tesis de los anteriores autores. Pero, aparte de lo desacertado de la expresión, creo que se equivoca también al pensar que esos autores terminan por "reducir lo normativo del Derecho, justamente, a la moral" (Pozzolo 2003, p. 195), o que "[l]o que permitiría, en última instancia, calificar como "jurídico" un sistema normativo o una norma singular, por tanto, sería el contenido de justicia que expresaran" (Pozzolo 2003, p. 191). El error, en mi opinión, consiste en que ella no ve que los autores a los que se refiere no tratan de "reducir" el Derecho a la moral, sino de defender que el Derecho implica también un elemento moral, valorativo. Sobre esto volveré más adelante.

Otra caracterización del (neo)constitucionalismo que ha tenido cierta fortuna (y está, desde luego, en línea con la anterior), es la de Paolo Comanducci (2003), quien parte de la triple distinción que Bobbio efectúa entre el positivismo

jurídico en cuanto teoría, en cuanto ideología y en cuanto enfoque o método y traslada ese esquema al neoconstitucionalismo. Se trata entonces de ver cómo se contraponen positivismo jurídico y neoconstitucionalismo.

Pues bien, el neoconstitucionalismo en cuanto teoría se opondría a tesis como la del estatalismo, el legicentrismo o el formalismo interpretativo, que fueron defendidas por los positivistas de épocas anteriores (del XIX) y que a Comanducci le parecen obsoletas. En ese sentido, él considera aceptable la teoría del neoconstitucionalismo, o sea, una teoría que trata de dar cuenta de las nuevas realidades de nuestros Derechos y, por tanto, del cambio que supone que las normas constitucionales se sitúen en el vértice de nuestros ordenamientos jurídicos; piensa incluso que esa nueva teoría puede considerarse como "el positivismo jurídico de nuestros días". Pero con ello se está refiriendo a un neoconstitucionalismo en sentido débil, esto es, el neoconstitucionalismo que profesarían quienes consideran la Constitución simplemente como un conjunto de normas que se diferencian de las otras (de las legislativas) por tener una jerarquía superior. No valdría para quienes suscriben una "versión fuerte" del neoconstitucionalismo, esto es, quienes asumen un concepto sustantivo o valorativo de Constitución que les lleva a defender que la ciencia del Derecho tiene también un carácter normativo, de manera que no es meramente descriptiva o explicativa (Ferrajoli) o que la ciencia del Derecho debe elaborarse desde un punto de vista interno, de manera que sus cultivadores tienen que adherirse a los valores constitucionales (Zagrebelsky).

Precisamente, en cuanto ideología, el neoconstitucionalismo se caracterizaría por valorar positivamente el proceso de constitucionalización de nuestros Derechos y por propugnar su defensa y ampliación. Pero, a partir de ahí, y de la tesis de la necesaria conexión entre el Derecho y la moral, muchos de sus promotores (Comanducci cita a Alexy, a Dworkin y a Zagrebelsky) pasan a sostener la tesis de la obligación moral de obedecer a la Constitución y eso hace que ese neoconstitucionalismo pueda ser considerado como una variante del positivismo ideológico, es decir, de la doctrina (errónea y peligrosa) que predica la obligación moral de obedecer el Derecho.

Y, en fin, en cuanto metodología, algunas variantes de neoconstitucionalismo, según Comanducci, defienden la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa entre el Derecho y la moral. Frente al positivismo metodológico o conceptual en el que se sitúa Comanducci, que sostiene que siempre es posible identificar y describir el Derecho como es y distinguirlo del Derecho como debería ser, lo que estos autores neoconstitucionalistas dirían es que los principios constitucionales vienen a ser como un puente entre el Derecho y la moral y que cualquier decisión jurídica (en particular, judicial) está justificada si deriva en última instancia de una norma moral. Pero esto le parece a Comanducci rechazable: si se interpreta como tesis descriptiva, es falsa, porque los jueces justifican sus decisiones ofreciendo razones que son normas jurídicas y no morales; y si se entiende como tesis teórica, además de tautológica (los neoconstitucionalistas –escribe– asumen que,

“por definición”, toda justificación última en el dominio práctico está constituida por una norma moral), sería insostenible o bien inútil o, en todo caso, contraria a los propios valores democráticos.

Pues bien, esa caracterización del neoconstitucionalismo permite matizar algunas cosas, en cuanto lleva a una comparación, digamos, sistemática entre el neoconstitucionalismo y el positivismo jurídico. Pero sigue presentando varios problemas. Por un lado, Comanducci no justifica (o no lo hace satisfactoriamente) por qué emplear esa expresión, “neoconstitucionalismo”, en lugar de “constitucionalismo” o “no-positivismo”. Por otro lado, el esquema bobbio del que parte para caracterizar el positivismo jurídico, a pesar de su gran difusión, no me parece muy convincente: prueba de ello es que un autor, yo creo que inequívocamente positivista, como Ferrajoli, no lo sería sin embargo en ninguno de los tres sentidos anteriores (tampoco en sentido metodológico, pues Ferrajoli (2012) considera que con el constitucionalismo –con la presencia en nuestros sistemas de constituciones rígidas - se habría producido una especie de identificación entre el ser y el deber ser del Derecho, el final de la contraposición entre el Derecho positivo y el Derecho natural, entre Creonte y Antígona). Y, finalmente, Comanducci incluye bajo el rótulo de “neoconstitucionalismo” concepciones del Derecho muy distintas entre sí y de las que, además, no da cuenta adecuadamente. De nuevo, lo que muchos de esos autores sostienen es algo distinto, en mi opinión, de lo que Comanducci piensa que sostienen. Pero como antes decía, este punto lo trataré más adelante.

Una visión radicalmente crítica del neoconstitucionalismo puede encontrarse también en diversos trabajos de Juan Antonio García Amado (vid. García Amado 2008). Tan crítica que, a pesar de reconocer que se trata de una categoría sumamente difusa a la que “son adscritos” (no que ellos mismos se adscriban) autores como Dworkin, Alexy, Nino o Zagrebelsky (son los únicos nombres que menciona), parece hacerles responsables (o coresponsables) de esa indefinición, lo que viene a ser como responsabilizar a los mulatos de contribuir a oscurecer, dado el color de su piel, la noción de “blanco” (o de “negro”). En todo caso, García Amado señala tres componentes filosóficos “muy rotundos” que tendría el neoconstitucionalismo (se supone que cualquier neoconstitucionalismo, o sea, que esas notas podrían encontrarse en todos los autores antes mencionados por él):

“En lo **ontológico, el objetivismo** derivado de afirmar que por debajo de los puros enunciados constitucionales, con sus ambigüedades y su vaguedad, con sus márgenes de indeterminación semántica, sintáctica y hasta pragmática, existe un orden constitucional de valores, un sistema moral constitucional, bien preciso y dirimente. En lo **epistemológico, el cognitivismo** resultante de afirmar que las soluciones precisas y necesarias que de ese orden axiológico constitucional se desprenden pueden ser conocidas y consecuentemente aplicadas por los jueces. En lo **político y social, el elitismo** de entender que sólo los jueces o prioritariamente los jueces, y en

especial los tribunales constitucionales, están plenamente capacitados para captar ese orden axiológico constitucional y lo que exactamente dicta para cada caso, razón por la que poseen los jueces el privilegio político de poder enmendar al legislador excepcionando la ley y justificando en el caso concreto la decisión *contra legem* que será decisión *pro constitutione*, por cuanto que es decisión basada en algún valor constitucional" (García Amado 2008, p.4).

Bueno, esa caracterización podría convenir más o menos a los autores que él considera como "neoconstitucionalistas", pero siempre y cuando esas notas las formulase en términos "no rotundos"...lo que supone, claro está, un cambio cualitativo: construir un concepto distinto al que él construye. O sea, hay una forma de defender el objetivismo y el cognoscitivism moral y de reconocer el papel destacado que la jurisdicción (especialmente la constitucional) tiene en nuestros sistemas que, efectivamente, cuadra con lo sostenido por algunos autores llamados comúnmente "neoconstitucionalistas". Pero con ello nos estaríamos refiriendo a algo tan distinto a lo que García Amado parece tener en mente que, si se quiere evitar la confusión, sería mejor elegir otra expresión: por ejemplo, "constitucionalismo teórico" (sin el "neo") o "postpositivismo" o bien "constitucionalismo post-positivista".

Bastante distinto a los anteriores, al menos en principio, es el planteamiento de Luis Prieto. Yo creo que lleva toda la razón al afirmar que "lo primero que llama la atención del neoconstitucionalismo es que parece ser una corriente de pensamiento con muy pocos militantes" y que "los autores que suelen citarse como principales impulsores del movimiento, muy heterogéneos entre sí por otra parte, no suelen calificarse a sí mismos como neoconstitucionalistas", a lo que añade que: "a su vez, quienes hacen uso de esa expresión generalmente adoptan un sentido crítico y en ocasiones destructivo" (Prieto 2013, p. 19). También me parece que acierta al pensar que lo que parece haber detrás del término es una discusión acerca de los desafíos que los cambios ocurridos en los sistemas constitucionales plantean a la teoría tradicional del Derecho, al positivismo (p. 20). Pero lo que parece más discutible es la solución por la que aboga: la de hablar de "neoconstitucionalismos" (en plural). En su opinión, la heterogeneidad de planteamientos que puede encontrarse entre los autores a los que usualmente se denomina como neoconstitucionalistas es tal que no cabe considerar que con ello se designa una temática o una teoría, sino más bien una filosofía del Derecho del mismo tipo que el iusnaturalismo o el positivismo jurídico: una filosofía del Derecho -añade- "tan totalizadora y pluralista como pueden ser estas dos últimas, o incluso más, por cuanto combina elementos de ambas procedencias [iusnaturalistas y positivistas]" (p. 72). Y digo que me parece discutible, porque a lo que ello da lugar es a englobar bajo un mismo rótulo concepciones no sólo distintas entre sí sino, en muy buena medida, incompatibles, lo que no puede producir otra cosa que confusión: el arco trazado por Prieto iría desde García Figueroa hasta Ferrajoli, pasando por Dworkin, Alexy o Nino. Dicho de otra manera, lo que él hace es considerar el rótulo como un

verdadero cajón de sastre: al parecer, quien no sea ni positivista ni iusnaturalista en el sentido más o menos tradicional de esas expresiones estaría hoy condenado a ser neoconstitucionalista. Yo no lo creo.

En fin, una caracterización del "neoconstitucionalismo" que recientemente ha dado lugar a una profusa discusión es la que lleva a cabo un autor muchas veces calificado como tal, como "neoconstitucionalista", pero, en su opinión, de manera errónea. Me refiero a Luigi Ferrajoli y a su trabajo "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista" (Ferrajoli 2012) en el que defiende una serie de tesis que tienen una continuación en su último libro, "La democracia a través de los derechos" (Ferrajoli 2014).

En el primero de esos dos textos, Ferrajoli contrapone dos tipos de "constitucionalismo jurídico", entendida esta expresión en el sentido de una teoría o filosofía del Derecho. El primero, el principialista o argumentativo, sería, en su opinión, al menos "tendencialmente", iusnaturalista y se caracterizaría por sostener la tesis de la conexión (intrínseca o necesaria) entre el Derecho y la moral; por la contraposición fuerte entre principios y reglas; y por atribuir un papel central a la ponderación en el ejercicio de la jurisdicción. Mientras que el constitucionalismo que él defiende, el normativo o garantista, niega esas tres tesis y, a diferencia del primero, sería una concepción positivista del Derecho; mejor aún, según Ferrajoli, su concepción del Derecho - cuya completa exposición se encontraría en su monumental "Principia juris" (Ferrajoli 2011) -, supone algo así como la culminación o el perfeccionamiento del positivismo jurídico. Ferrajoli considera, por otro lado, que la primera de esas dos concepciones (comúnmente denominada "neoconstitucionalista") es la más difundida en nuestros días, y de ahí su empeño por poner de manifiesto sus debilidades teóricas y sus peligros prácticos. Por positivismo jurídico, por otro lado, entiende "una concepción y/o un modelo de derecho que reconozcan como derecho a todo conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, con independencia de cuales fueren sus contenidos y, por tanto, de su eventual injusticia" (Ferrajoli 2012, p. 12).

Pues bien, Ferrajoli es crítico tanto en relación con los autores iuspositivistas (normativistas o realistas) que, como es el caso de los genoveses, estarían anclados en un modelo del pasado, el del Estado legislativo de Derecho, como también en relación con los que defienden la primera de las concepciones constitucionalistas a la que me he referido. Ferrajoli presenta por ello su constitucionalismo garantista como una vía media entre el paleo-positivismo y el neoiusnaturalismo, como la única teoría capaz de satisfacer las exigencias del constitucionalismo contemporáneo.

Los autores a los que califica de paleopositivistas son, además de los de la escuela genovesa, Kelsen, Bobbio y, en general, todos aquellos que no habrían tenido en cuenta (o que no habrían tenido en cuenta suficientemente) el fenómeno de la constitucionalización de nuestros Derechos, ocurrido después de la segunda guerra mundial. Ese fenómeno, para él, consiste esencialmente en la

existencia de Constituciones rígidas. En su opinión, esa subordinación de la ley a la Constitución implica todo un cambio de paradigma teórico que se plasma en la existencia de dos niveles de normatividad y de validez jurídica: la validez simplemente formal o vigencia (conformidad de las normas con criterios formales y procedimentales), y la validez plena (conformidad, además, con los criterios sustantivos establecidos en la Constitución: en los principios y en los derechos fundamentales). Es esa duplicidad de niveles lo que le lleva a concebir de una manera distinta (distinta a la de los positivistas clásicos) tanto el concepto y la estructura del Derecho como la ciencia del Derecho (que ahora sería también normativa) y la jurisdicción (que pasaría a ser una jurisdicción comprometida con los principios constitucionales, aunque no activista).

Y a quienes defienden que el constitucionalismo sí exige un nuevo paradigma en la teoría del Derecho aunque no pueda tratarse ya de un paradigma positivista, Ferrajoli opone: la tesis de la separación (conceptual o metodológica) entre el Derecho y la moral; una concepción que, sin negar del todo la existencia de principios, tiende a considerar el Derecho (y, en particular, los derechos fundamentales) de manera casi exclusiva como un conjunto de reglas; y una concepción de la jurisdicción centrada en la subsunción y que no deja espacio para la ponderación. Ahora bien, las críticas que Ferrajoli dirige a los autores a los que engloba dentro de los rótulos de "neoconstitucionalismo", "constitucionalismo principialista o argumentativo" o "neoiusnaturalismo" (entre otros, Dworkin, Alexy o Nino), están también, en mi opinión, claramente distorsionadas (vid. Atienza 2012). Ferrajoli piensa, al igual que pensaba Comanducci, que los constitucionalistas no positivistas identifican la justicia, la moral, con las normas constitucionales e incurrir, por ello, en una especie de "legalismo ético", en el que tradicionalmente cayó tanto cierto tipo de iusnaturalismo como lo que suele llamarse el iuspositivismo ideológico; que para ellos el Derecho no es un conjunto de normas establecidas por la autoridad, sino, esencialmente, una serie de principios morales que los juristas podrían interpretar de manera más o menos arbitraria (sin sujeción a los textos legales y constitucionales); y que, al sustituir la subsunción (en cuanto método de aplicación de las reglas) por la ponderación (que sería el método característico para manejar los principios) estarían promoviendo la libre creación del Derecho por parte de los jueces y, en consecuencia, el activismo judicial.

## 2.

---

Me parece que lo dicho hasta ahora es suficiente para entender por qué yo decía al comienzo que no se podía saber qué es eso del neoconstitucionalismo. No se puede saber, y no tanto porque se trate de un término desafortunado (por sus muchas ambigüedades) y de un concepto difuso, impreciso (al fin y al cabo, qué concepto no lo es), sino más bien porque estamos frente a algo así como un espantapájaros conceptual construido por algunos autores iuspositivistas para oponerse a ciertas tesis que cuestionan postulados

básicos de ese paradigma. Como hemos visto, los críticos del neoconstitucionalismo identifican una serie de notas que caracterizarían a ese concepto y que realmente son ampliamente coincidentes. Pero el problema está en que las presentan de una manera, por así decirlo, grotesca (como se hace cuando se construye un espantapájaros), lo que seguramente explica el hecho muy curioso observado por Prieto: son muy pocos los autores que se califican a sí mismos de “neoconstitucionalistas” y, desde luego, no parecen haberlo hecho ninguno de los que con mayor frecuencia aparecen en la lista –Dworkin, Alexy, Nino y Zagrebelsky-, mientras que un autor que ha sido –y es- considerado por muchos como neoconstitucionalista, Luigi Ferrajoli, ha rechazado explícitamente esa denominación (Ferrajoli 2012)...aunque no ha tenido tampoco empacho en adjudicársela a los anteriormente mencionados y a todos cuantos, aceptando la necesidad de construir un nuevo paradigma teórico para el Derecho del Estado constitucional, rechazan que ese paradigma pueda seguir siendo positivista.

De todas formas, es también un hecho innegable que algunos juristas teóricos y, sobre todo, prácticos (de manera muy particular en Latinoamérica) parecen haber aceptado ese rótulo como identificador de su manera de concebir el Derecho. Por ejemplo, según Humberto Ávila, el neoconstitucionalismo habría inspirado la Constitución Federal brasileña de 1988 y, en particular, la aplicación del Derecho constitucional en ese país durante las últimas décadas. Pero de nuevo nos encontramos (él da una lista de teóricos del Derecho brasileños “neoconstitucionalistas”) con una caracterización sumamente difusa: “principios en vez de reglas (o más principios que reglas); ponderación en lugar de subsunción (o más ponderación que subsunción); justicia particular en vez de justicia general (o más análisis individual y concreto que general y abstracto); Poder judicial en vez de Poder legislativo o Ejecutivo (o más Poder judicial y menos Poder legislativo y ejecutivo); Constitución en sustitución a la ley (o mayor o directa aplicación de la Constitución en vez de la ley” (H. Ávila, 2013, p. 126). Y su conclusión es que “los mencionados cambios fundamentales de la teorización y aplicación del Derecho constitucional, preconizados por el movimiento “neoconstitucionalista” (...) no encuentran soporte en el ordenamiento constitucional brasileño” (p. 145). Y en Ecuador es frecuente considerar que la Constitución de 2008 está también dentro de la órbita del neoconstitucionalismo; hay incluso una sentencia del Tribunal Constitucional de ese país (de 23 de julio de 2009) en la que se afirma que “la ciencia jurídica que rige al Estado ecuatoriano es el neoconstitucionalismo” (vid. Ponce 2010). Pero uno de los principales adalides del movimiento neoconstitucionalista ecuatoriano, Ramiro Ávila, aclara que su “neoconstitucionalismo transformador” tiene matices diferenciadores con respecto al “neoconstitucionalismo europeo continental” (R. Ávila 2011, p. 17) y, de hecho, caracteriza su concepción como una síntesis (a decir verdad, una difícil síntesis) entre el garantismo ferrajoliano y el pluralismo jurídico de Boaventura de Sousa Santos.

De manera que la propuesta que yo quiero hacer aquí es la de utilizar el término de “neoconstitucionalismo” (obviamente se trata de una definición

estipulativa) sólo para los autores que, efectivamente, aceptan esa denominación y que tal vez (esto lo digo con muchas dudas) podrían ser caracterizados de acuerdo con las notas que los iuspositivistas atribuyen a ese concepto. Pero esto quiere decir entonces que, en la teoría del Derecho contemporánea, podríamos hacer una primera gran división entre, por una parte, quienes consideran que los cambios ocurridos con el fenómeno de la constitucionalización de nuestros Derechos no necesitan de un nuevo paradigma teórico, sino que de ellos puede darse cuenta permaneciendo en el positivismo, digamos, clásico: con acentos más bien normativistas o, por el contrario, realistas; y, por otra, quienes defienden que la constitucionalización del Derecho requiere de un nuevo paradigma teórico. Y, dentro de este segundo grupo, habría, a su vez, que hacer estas divisiones: 1) los constitucionalistas positivistas, como Ferrajoli; 2) los constitucionalistas no positivistas o postpositivistas, como Dworkin, Alexy, Nino o Zagrebelsky; 3) los neoconstitucionalistas (que sin duda no es una clase vacía, pero sí menos poblada de lo que se piensa); y (quizás) 4) los constitucionalistas iusnaturalistas<sup>1</sup>.

Si yo decía al comienzo que, a pesar de no saber muy bien lo que es el neoconstitucionalismo, de lo que sí estoy seguro es de no serlo, es porque, efectivamente, no comparto ninguna de las notas formuladas por Pozzolo, Comanducci, etc., mientras que mi concepción del Derecho está muy próxima a la de autores como Alexy, Dworkin o Nino, y creo que no muy distante a la de Zagrebelsky, en el sentido de que me parece compartir el fondo de lo que este último sostiene, si bien la formulación teórica de sus tesis no siempre me parece suficientemente clara y precisa. En concreto, el tipo de teoría del Derecho que yo defiendo es: 1) constitucionalista, 2) no positivista, 3) basada en la unidad de la razón práctica, lo que supone negar que pueda trazarse una separación tajante (en el plano conceptual) entre el Derecho y la moral, 4) que defiende un objetivismo moral mínimo, 5) reconoce la importancia de los principios y 6) de la ponderación, así como 7) el papel activo de la jurisdicción, y 8) subraya el carácter argumentativo del Derecho. Mostraré ahora cómo creo que deben entenderse esos rasgos, lo que configura una concepción del Derecho claramente separada de la positivista y de la, así llamada, neoconstitucionalista y que, por lo demás, no supone para nada una vuelta al Derecho natural.

### 3.

---

**3.1.** Para que el constitucionalismo sea un rasgo distintivo de una teoría del Derecho no basta, obviamente, con reconocer el fenómeno de la constitucionalización del Derecho que, con grados distintos, caracteriza a muchos de los sistemas jurídicos del mundo occidental. Constitucionalistas serán,

---

<sup>1</sup> En un reciente trabajo, Vigo (2014) habla de un “neoconstitucionalismo iusnaturalista” que se distinguiría de lo que yo llamo aquí “constitucionalismo postpositivista”, fundamentalmente porque estos asumirían una inspiración kantiana (constructivista) en materia de ética, contrariamente a los iusnaturalistas, que serían personalistas o aristotélicos

únicamente, las concepciones del Derecho que interpretan ese fenómeno de una cierta manera.

Así, no cabría llamar propiamente constitucionalista a una teoría del Derecho que considera que lo que distingue a las normas constitucionales es única o preponderantemente un elemento de tipo formal: la jerarquía normativa o la rigidez constitucional. Por eso, no son constitucionalistas las teorías a las que Ferrajoli tacha de paleopositivistas, que tienden a subrayar la continuidad existente entre las normas legisladas y las constitucionales y a negar, por ello, la necesidad de construir un nuevo paradigma en la teoría del Derecho. Pero tampoco lo es, o no lo es del todo, la concepción del propio Ferrajoli, pues, a pesar de subrayar la diferencia entre el nivel legislativo y el constitucional (que, como se recordará, le llevaba a plantear los dos conceptos de validez que, a su vez, tiene como consecuencia una forma comprometida de entender la ciencia del Derecho y la jurisdicción), él sigue pensando en la constitución en términos puramente formales y avalorativos: también para él, las normas constitucionales son, simplemente, las que tienen una jerarquía superior a las demás, garantizada mediante la existencia de tribunales constitucionales, y que no pueden cambiarse de la misma manera que las otras, sino mediante un procedimiento agravado. Pero lo que Ferrajoli niega es que el Derecho del Estado constitucional se caracteriza también por rasgos sustantivos, valorativos: por el reconocimiento y protección (mediante las técnicas que se acaban de señalar) de los derechos fundamentales. Se me dirá que, precisamente, toda la construcción teórica de Ferrajoli está dirigida a cumplir este último objetivo: la garantía efectiva de los derechos fundamentales. Pero ocurre que sus prejuicios positivistas le llevan a definir los derechos fundamentales en términos puramente formales, avalorativos, y a negar que tenga sentido incluso plantearse la pregunta del fundamento (moral) de los derechos: “los valores morales y políticos últimos no se demuestran (...) simplemente se eligen, se postulan y se defienden”, escribe en su último libro (Ferrajoli 2014, p. 104). De ahí que Josep Aguiló, en frase feliz, haya podido afirmar que el de Ferrajoli es un “constitucionalismo imposible”: si se asumen sus postulados teóricos, no es posible obtener (o aproximarse a) los objetivos del Estado constitucional (Aguiló 2012).

Tampoco serían propiamente constitucionalistas los autores neoconstitucionalistas, de acuerdo con la caracterización que de esa concepción hacían sus críticos positivistas. En este caso, no lo serían por exceso, esto es, por su tendencia a identificar todo el Derecho con la Constitución (recuérdese: “más Constitución que ley”), interpretada además de la manera libre (o arbitraria) que les atribuyen sus críticos, lo que equivale, efectivamente, a prescindir del carácter autoritativo del Derecho. Un rasgo típico del neoconstitucionalismo sería, pues, el de no tener en cuenta a las leyes a la hora de solucionar un problema jurídico e irse directamente a la Constitución, o incluso el de prescindir del tenor literal de un artículo (una regla) de la Constitución y basarse directamente en los principios y valores constitucionales para la resolución de un problema. Un ejemplo de esto último. La Constitución ecuatoriana (no se olvide, de 2008) contiene un artículo

que define inequívocamente el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer. Sin embargo, algunos juristas (supuestamente neoconstitucionalistas) no creen que eso impida que pueda dictarse válidamente una ley que reconozca el matrimonio entre personas del mismo sexo: bastaría con argumentar - según ellos - que el no reconocimiento de ese tipo de matrimonio iría contra el principio de no discriminación por razón de sexo (vid. Atienza 2013).

Esto último me permite aclarar una crítica que es usual, como hemos visto, dirigir a los constitucionalistas no positivistas y que, en mi opinión, no pasa de ser una invención de sus críticos: el incurrir en legalismo ético o positivismo ideológico, al identificar la Constitución (el Derecho) con la justicia. Pero ninguno de los autores que he calificado de postpositivista sostiene eso, sino que, explícitamente, reconocen que puede haber normas jurídicas injustas. Considerar que la Constitución contiene un ingrediente valorativo no supone pensar que exista en la misma un orden de valores bien preciso. Al contrario. Las Constituciones son, o suelen ser, documentos típicamente ambiguos, puesto que reflejan las ideologías contrapuestas de las fuerzas políticas y sociales que las han impulsado; el acuerdo en cuanto a las finalidades y los valores que se expresa en una Constitución suele ser por ello precario o, si se quiere, está formulado en términos muy abstractos. De ahí la importancia de la interpretación en relación, por ejemplo, con los enunciados de derechos fundamentales. Por supuesto, no todo es posible, no todo está abierto, en cuanto al significado de los derechos. Pero los textos de nuestras Constituciones ofrecen casi siempre, o al menos con mucha frecuencia, al jurista la posibilidad de llegar a una solución justa sin salirse del Derecho; como he dicho, con excepciones: en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo, la Constitución ecuatoriana no parece ofrecer una solución justa - conforme con la moral justificada -, pero sí, por ejemplo, la española. Para lograr arribar a esa solución, eso sí, se necesita interpretar la Constitución a la luz de alguna filosofía moral y política de carácter sustantivo; para decirlo con Dworkin, habrá que remontarse a la filosofía que sea compatible con los materiales autoritativos del Derecho y que suponga el mayor desarrollo de los fines y valores que conforman la práctica constitucional. El jurista constitucionalista no parte, pues, de la existencia de un orden preciso de valores, sino que, si se quiere, se esfuerza por encontrarlo o construirlo...aunque no siempre lo logre. Su posición, cabría decir, es semejante a la del médico. No siempre se pueden curar las enfermedades, pero sería un extraño profesional de la medicina el que pensara que procurar curar las enfermedades no forma parte de sus tareas.

De manera que el constitucionalismo no es una ideología idealista, ingenua, que considera que el Derecho del Estado constitucional es el mejor de los Derechos posibles y que nuestras Constituciones se identifican sin más con la moral justificada. Ese Derecho es simplemente el mejor de los históricamente existentes, y no lo es por consideraciones formales, sino de carácter sustantivo: por los valores que trata de proteger. Por lo demás, ese modelo está hoy en riesgo por lo que se refiere al Derecho estatal y no ha penetrado tampoco en

otras esferas jurídicas que son incluso más decisivas que las estatales para garantizar los derechos fundamentales de la gente. En este último aspecto no cabe sino adherirse al proyecto político que Ferrajoli defiende en su último libro. El paradigma constitucional necesita una doble ampliación: en sentido extensional, lo que supone llevar el paradigma a todos los poderes (con la constitucionalización tanto del Derecho internacional como del Derecho privado y comercial de la globalización); y en sentido intensional, reforzando la garantía de todos los derechos (Ferrajoli 2014). Ese proyecto político supone sin duda cambios radicales que configuran una especie de programa de *lege ferenda* para el jurista.

**3.2.** La crítica fundamental que cabe dirigir al positivismo jurídico es que se trata de una concepción demasiado pobre del Derecho, que no consigue dar cuenta de la complejidad de la experiencia jurídica, ni ofrece tampoco el instrumental teórico adecuado para que el jurista pueda desarrollar la que tendría que ser su tarea distintiva en el marco del Estado constitucional: la protección y el desarrollo de los derechos fundamentales. No puede hacerlo porque el positivista reduce el Derecho a una sola dimensión: la autoritativa, dejando fuera el componente de valor. Es a lo que le obliga la tesis de la separación entre el Derecho y la moral. La otra tesis que caracteriza el positivismo jurídico, la de las fuentes sociales del Derecho, o sea, que el Derecho no es algo natural, sino una construcción humana, relativa a las sociedades y a la historia, hoy no puede considerarse más que como un hecho indubitable, algo que nadie sensatamente podría discutir.

De manera que lo distintivo de las concepciones constitucionalistas pero no positivistas del Derecho es la afirmación de la naturaleza dual del Derecho que puede expresarse de distintas maneras. Una de ellas consiste en ver el Derecho no sólo como un conjunto de reglas, sino también de principios (el modelo clásico dworkiniano). Otra, en distinguir, como hace Alexy, un componente de positividad y otro de idealidad en el Derecho, vinculado este último con la pretensión de corrección. O en considerar, en lo que tanto insistió Nino, que las normas jurídicas no suponen por sí mismas razones justificativas autónomas, de manera que el razonamiento jurídico tiene que abrirse hacia las razones morales, lo que se conecta con la tesis de que el Derecho puede definirse (puede conceptualizarse, según los propósitos y los contextos) tanto descriptiva, como normativa y valorativamente. O bien, como hace Zagrebelsky, distinguiendo un aspecto formal y un aspecto material en el Derecho, aunque este último aspecto parece reducirlo a la moral social (Zagrebelsky 2014, p. 32).

De nuevo, la dualidad de planos en el interior del Derecho del Estado constitucional que establece Ferrajoli (y que le lleva a distinguir entre la validez formal y la sustantiva o plena de las normas) le aproxima algo a los anteriores autores, pero sigue subsistiendo una diferencia fundamental que hace que Ferrajoli sea efectivamente (si se quiere, coherentemente) un autor iuspositivista:

la distinción que él traza tiene lugar dentro del Derecho entendido exclusivamente como un conjunto de normas fijadas por una autoridad (legislativa o constitucional). No queda, por lo tanto, espacio para los valores lo que, inevitablemente, supone una amputación de la experiencia jurídica: la práctica (las prácticas) del Derecho no pueden comprenderse sin ese componente.

La concepción neoconstitucionalista hay que entenderla también como una reacción contra el positivismo jurídico, contra una visión del Derecho que pone el foco en las reglas, en la positividad, en las formas, y se olvida por ello de la justicia. Pero también en este caso habría que decir que los autores neoconstitucionalistas llevan demasiado lejos esa actitud crítica y se olvidan, por así decirlo, de los valores del legalismo. La suya es también una visión unidimensional del Derecho que incurre en la ingenuidad de pensar que los valores del Estado constitucional pueden alcanzarse sin necesidad de someterse a los límites, las constricciones, que impone el sistema de Derecho positivo. No se dan cuenta de que aquí ocurre como con la famosa paloma de Kant, que creía que podría volar aún mejor sin la resistencia del aire. Pues bien, la "resistencia" del Derecho positivo (digamos, las exigencias del principio de legalidad) es también, como elocuentemente nos ha recordado Laporta (2007), una condición de posibilidad para que pueda desarrollarse, entre otros, el valor de la autonomía.

En mi opinión, la mejor manera de expresar la naturaleza dual del Derecho consiste en ver en el mismo no sólo un sistema, un conjunto de normas, sino también (sobre todo) una práctica social con la que se trata de alcanzar (de maximizar) ciertos fines y valores, pero permaneciendo dentro del sistema: jugando al juego del Derecho. Por eso, el Derecho es, en parte, algo que está ahí fuera, algo dado (las normas establecidas por la autoridad), pero también, y de manera todavía más fundamental, una actividad, una empresa, una praxis: algo que se va construyendo y en lo que todos participamos. Si se quiere, los fines abstractos de la empresa han sido siempre los mismos (lograr un cierto orden social, asegurar una cierta idea de justicia), pero los cambios en las condiciones históricas de las sociedades, que se traducen en cambios en el sistema jurídico, repercuten también en la manera de contemplar y de participar en esa actividad y, en definitiva, en la forma de concebir el Derecho. De manera que así como la positivización del Derecho que tuvo lugar en Europa a finales del XVIII y comienzos del XIX acabó con la idea del Derecho natural e inauguró la época del positivismo jurídico (el Derecho pasó a entenderse como una obra humana, relativa a cada sociedad histórica, y no ya como una ordenación de la conducta con validez para todas las sociedades), la constitucionalización del Derecho supone también el final del positivismo jurídico: el Derecho no es ya sólo el Derecho puesto por la autoridad, sino una creación humana cuyo sentido es el de satisfacer ciertos valores que se plasman en los derechos fundamentales; si se quiere, una síntesis entre el positivismo jurídico y cierta manera de entender el Derecho natural. En alguna ocasión, González Vicén (1979) recordaba una frase

de Bloch que venía a decir que la escuela histórica del Derecho (una de las corrientes con las que se inicia el positivismo jurídico) había crucificado al Derecho natural en la cruz de la historia. Pues bien, lo que ha hecho en nuestros días el constitucionalismo es crucificar al positivismo jurídico en la cruz de la Constitución: nuestra idea del Derecho no puede ser ya puramente formal, sino que tiene que incorporar necesariamente elementos sustantivos y de valor. Por eso, el postpositivismo no significa, como supone Ferrajoli, una regresión a una etapa pre-benthamita en la teoría del Derecho, sino la conciencia de que la teoría del Derecho que hoy necesitamos construir tiene que ser necesariamente post-benthamita.

**3.3.** La tesis de la unidad de la razón práctica supone que, en el razonamiento práctico, las razones últimas son las de carácter moral, de manera que, por ejemplo el razonamiento justificativo de un juez, tiene necesariamente una dimensión moral. Pero eso no quiere decir que el razonamiento jurídico y el moral se confundan ni tampoco que el razonamiento jurídico sea un caso especial del razonamiento moral (como, en mi opinión de manera equivocada, sostiene Alexy). No lo es (al menos, no en todas sus instancias), aunque sí puede decirse que todos los tipos de argumentación jurídica (que, claro está, es algo distinto a todos los supuestos concretos de argumentación jurídica) pueden justificarse según las reglas del discurso racional, moral: la argumentación de los jueces, de los legisladores, de los abogados... El razonamiento jurídico - por ejemplo, la motivación de un juez - goza de cierta autonomía con respecto al razonamiento moral debido, sobre todo, al carácter fuertemente institucionalizado del primero. Nino (1992) lo ha explicado muy bien. Según él, el razonamiento jurídico justificativo (por ejemplo, el de un juez) se mueve en dos niveles. En el primero, de carácter más básico, se deben articular las razones que legitiman esa práctica social basada en la Constitución. En el segundo nivel (cuando se trata de justificar acciones y decisiones: en el primero se justificaban instituciones) quedan excluidas las razones justificativas que sean incompatibles con la preservación de la Constitución; lo que quiere decir que puede haber (que hay) razones moralmente justificadas que, sin embargo, no pueden utilizarse en la argumentación jurídica.

Pues bien, lo que los positivistas (o, mejor, los positivistas metodológicos o conceptuales) no parecen ver es que la relación entre el Derecho y la moral es una cuestión compleja, también desde la perspectiva conceptual (nadie niega, como es bien sabido, que existan relaciones en un plano empírico o externo: que las normas jurídicas tengan causas o consecuencias morales). O sea, que desde ciertas perspectivas o en ciertos contextos es perfectamente posible (necesario) separar el Derecho de la moral, mientras que desde otros no puede hacerse: nada impide que un sociólogo, un historiador o un observador externo emita el juicio de que la norma N o el sistema S son jurídicos y, sin embargo, injustos; pero un juez no puede identificar el Derecho aplicable a un caso (o, por lo menos, no

puede hacerlo en muchas ocasiones) sin acudir a razones morales, ni puede, en consecuencia, justificar su decisión sin recurrir a la moral.

Hablando en términos generales, los positivistas parecen empeñados en establecer entre el Derecho y la moral un límite preciso, pero esto parece ir claramente contra la realidad de nuestros sistemas jurídicos que contienen (sobre todo en sus Constituciones) enunciados con conceptos densamente morales (dignidad, libertad, igualdad, etc.); por no hablar del pluralismo jurídico o de la globalización del Derecho en cuanto fenómenos muy característicos de nuestras sociedades y que muestran que las fronteras entre el Derecho y el no Derecho son cada vez más fluidas. Pensemos, sin ir más lejos, en los informes que emite una comisión de bioética: ¿tienen carácter jurídico, moral o poseen una naturaleza más bien híbrida?; ¿y tendría mucho sentido empeñarse por adscribir ese tipo de práctica en exclusividad al campo del Derecho o bien al de la moral?

Mientras que el defecto de los neoconstitucionalistas es justamente el contrario. Siempre de acuerdo con sus críticos positivistas, el neoconstitucionalismo sería, en la expresión de García Amado, una concepción iusmoralista, que reduce el Derecho a la moral y, en consecuencia, es incapaz de dar cuenta de la especificidad del Derecho y del razonamiento jurídico. Así es también como caracteriza a esa concepción Ferrajoli quien subraya además que, al reducir los derechos fundamentales a principios morales, el neoconstitucionalismo presenta una versión debilitada de los mismos que pone en riesgo su efectiva protección.

Hay, por cierto, un tipo de positivismo jurídico (al que se suele denominar "inclusivo"), que acepta esta tesis de que la identificación del Derecho y la argumentación jurídica en el Estado constitucional suponen la utilización de criterios morales. Pero si siguen considerándose iuspositivistas es porque piensan que esa conexión metodológica o conceptual entre el Derecho y la moral es meramente contingente, no necesaria: podría haber sistemas jurídicos que no funcionaran de esa manera. A lo que parece fácil replicar que, puesto que esos no son los nuestros (ni ninguno que podamos fácilmente imaginar), y si lo que nos interesa es construir una teoría del Derecho que pueda servir precisamente para los Derechos del Estado constitucional, entonces no se ve qué sentido tiene seguir considerándose iuspositivista...salvo el temor de romper con la tradición de pensamiento en la que uno se ha formado (vid Atienza y Ruiz Manero 2009).

**3.4.** El presupuesto de lo anterior es el objetivismo moral; aunque sea un objetivismo mínimo. Si no fuera así, esto es, si pensáramos que no cabe ningún tipo de objetividad en relación con el discurso que apela a valores morales, entonces lo que estaríamos haciendo es abrir un enorme hueco de arbitrariedad en la construcción de la teoría del Derecho y alentando también a una práctica jurídica (en especial la judicial) abusiva, puesto que el ejercicio de su poder sería necesariamente arbitrario, ya que no cabe control racional a propósito de los

valores. Esto es básicamente lo que piensan los autores positivistas cuando critican lo que ellos entienden por "neoconstitucionalismo".

Ahora bien, el no cognoscitismo en materia moral no fue en sus orígenes una seña de identidad del positivismo jurídico (el utilitarismo de Bentham es quizás la mejor prueba de ello). Y hoy sigue habiendo positivistas jurídicos que no son escépticos en materia de moral. Pero, sin embargo, los positivistas jurídicos del mundo latino (y no olvidemos que es en este ámbito en el que se habla de "neoconstitucionalismo") han solido defender en los últimos tiempos, en materia de teoría moral, concepciones que oscilan entre el emotivismo y el historicismo (un historicismo, digamos, débil). Por un lado (o algunos de ellos) parecería que en materia de filosofía moral se han quedado en los años 50 del siglo XX y siguen pensando, más o menos, como Kelsen o como Ross: el discurso moral (en lo que no tenga que ver con relaciones de carácter lógico-formal o instrumental) cae fuera del dominio de la razón; pertenece al terreno de los sentimientos, de las emociones; los valores morales se pueden compartir con otros (con muchos) y uno puede estar dispuesto a luchar por ellos, pero lo que no puede en sentido estricto es justificarlos (recuérdense las palabras de Ferrajoli). Y, por otro lado (y sin necesidad de abandonar el emotivismo moral), no faltan tampoco quienes consideran que los derechos humanos son "conquistas históricas" que, al parecer, valen en la medida en que exista una convención que las respalden. ¿Habría que decir lo mismo en relación con los "valores" del neoliberalismo (el individualismo, la insolidaridad) que parece estar convirtiéndose en la ideología ampliamente dominante entre amplias capas sociales en el mundo contemporáneo?

En la discusión en torno al objetivismo moral hay probablemente algunos malentendidos que conviene deshacer. Los críticos del objetivismo parecen pensar que los que defienden la objetividad de los valores, del discurso moral, postulan la existencia de entidades misteriosas que vendrían a ser el equivalente a los átomos en el mundo físico: lo que Dworkin, irónicamente, ha llamado los "morons" (Dworkin 2011, p. 43). Pero ser objetivista no significa –o no significa necesariamente– ser realista moral. Se puede muy bien pensar que los valores son propiedades que atribuimos a ciertas acciones y estados de cosas, pero no de manera arbitraria, sino porque satisfacen necesidades básicas de los individuos o les proveen de capacidades indispensables para desarrollar una vida buena. Y lo que se quiere decir cuando se habla de objetivismo moral es que cabe una discusión racional a propósito de esos valores últimos; no significa ingresar en el campo de la irracionalidad o del discurso puramente retórico, persuasivo. Otro error frecuente consiste en confundir el objetivismo con el absolutismo moral, la pretensión de corrección –cuando se sostiene en serio una tesis moral–, con la pretensión de verdad absoluta, con el dogmatismo y la intolerancia característicos del discurso religioso. Pero es todo lo contrario. Lo que hace el objetivista es exponer sus juicios al discurso racional, y en esto se diferencia precisamente tanto del escéptico como del absolutista. El objetivismo

moral es, pues, una concepción falibilista (como pasa con la idea de verdad en la ciencia) de la corrección moral.

Es importante tener muy en cuenta que todo esto no es simplemente una discusión abstracta, sino que tiene consecuencias de gran trascendencia en relación con cómo conformar la ciencia del Derecho y la práctica jurídica. Pues al iusfilósofo escéptico en materia moral no le cabe otra opción que elaborar modelos muy prescriptivos (muy alejados de la realidad) en relación con la dogmática jurídica o con el ejercicio de la jurisdicción. Y de esta manera, en mi opinión, el precio que ha de pagar en términos prácticos es sumamente alto: la imposibilidad de incidir significativamente en la marcha de esas actividades, lo que viene a suponer casi una condena a la irrelevancia.

**3.5.** La predilección por los principios frente a las reglas que se atribuye a los neoconstitucionalistas (más principios que reglas) presupone aceptar una opción (que también afectaría a los positivistas), entre principios o reglas que no es, en mi opinión, otra cosa que una modalidad de la falacia de la falsa oposición. En el Derecho, en nuestros Derechos, no existe ningún problema de alguna relevancia para cuya solución no se requiera tanto de principios como de reglas. De manera que, en mi opinión, tan equivocados están quienes pretenden reducir el Derecho básicamente a reglas (los - mejor: algunos - positivistas), como quienes optan por la otra reducción (los neoconstitucionalistas) y no ven en el Derecho (o, al menos, en el Derecho del Estado constitucional) otra cosa que principios.

Un ejemplo de esto último lo ofrece García Figueroa que en España, me parece, es uno de los pocos filósofos del Derecho que se califica a sí mismo de neoconstitucionalista. En su opinión, el neoconstitucionalismo es una teoría del Derecho que no acepta la dicotomía entre reglas y principios, pero simplemente porque él cree que en el Estado de Derecho no existen reglas, sino que todas las normas serían principios. Lo que quiere decir con ello es que todas las normas tienen (o pueden tener) excepciones, esto es, pueden ser derrotadas y, por tanto, no pueden considerarse como reglas. Pone un ejemplo que, en su opinión, avalaría esta tesis de manera incontrovertible. Dejemos que lo cuente:

“Hace unos meses, un bebé de nombre Noara necesitaba urgentemente un trasplante de hígado. Cuando son compatibles, esa operación puede practicarse entre personas vivas, pues el receptor sólo necesita un fragmento del órgano del donante. Felizmente Noara disponía de un donante idóneo: su propia madre, cuyo nombre era Rocío. El filaz previsiblemente feliz de la historia fue enturbiado por el apartado a) de la siguiente disposición legal contenida en el art. 4 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos:

D1: "La obtención de órganos procedentes de donante vivo, para su ulterior injerto o implantación en otra persona, podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos: a) Que el donante sea mayor de edad".

El contenido de esta disposición puede reducirse, a los efectos que nos interesan, a la siguiente norma: N1: Prohibido a todos los menores donar órganos.

Pues bien, Rocío tenía dieciséis años y por tanto no le estaba permitido donar órganos ni siquiera a su propia hija. La norma N1 que le impedía a Rocío donar una parte de su hígado a su bebé es lo que los teóricos de la distinción entre reglas y principios se complacen en llamar "regla" (García Figueroa 2012, pp. 126 y 127).

La conclusión que extrae de ello es la siguiente:

"[E]ste caso demuestra la inviabilidad de cualquier intento de configurar las normas (ya sean constitucionales o infraconstitucionales como el art. 4 de la Ley de trasplantes) como reglas (i.e. normas inderrotables) y además este caso pone de manifiesto que el positivismo jurídico está desenfocado en su visión de las relaciones entre Derecho y moral (...) Como acabo de señalar, el caso Noara demuestra que la norma N1 ("prohibido a todos los menores donar órganos") no es una regla y, por extensión, demuestra que no es posible hablar de reglas en un Estado constitucional. Un corolario de esta constatación sería que la dicotomía regla/principio no es adecuada(...) [T]odas las normas jurídicas en el Estado constitucional son principios (si asumimos la terminología al uso)(...) [E]stamos de acuerdo en rechazar la dicotomía regla/principio, pero ahí acaba nuestro acuerdo: A Ferrajoli le sobra la categoría de principio y a mí me sobra la categoría de regla" (García Figueroa 2012, p. 129).

Bueno, si a García Figueroa le sobra la categoría de regla es, me parece, porque comete un error conceptual que consiste en confundir lo que es una razón excluyente con una razón no derrotable en ningún ámbito, en ninguna circunstancia, esto es, con una razón absoluta. Las reglas (si se quiere usar la terminología de Raz) son razones excluyentes, pero pueden ser derrotadas, aunque sea excepcionalmente (a diferencia de los principios, que no son razones excluyentes, sino razones no perentorias). Esto, sin embargo, no quiere decir que no haya reglas, y que todas las normas sean, en este aspecto, idénticas. Y, efectivamente, el error de los neoconstitucionalistas es simétrico al que cometen algunos iuspositivistas (me parece que es el caso de García Amado) cuando piensan que las reglas sólo pueden tener excepciones explícitas pero no excepciones implícitas, lo que equivale a decir que no pueden ser derrotadas nunca.

A mí me parece obvio que ninguna de esas dos concepciones extremas puede servir para dar cuenta de nuestras prácticas jurídicas. Que lo que necesitamos es conjugar reglas y principios y buscar, por así decirlo, un equilibrio entre la certeza que procuran las reglas y la flexibilidad que requiere el manejo inteligente del material jurídico y que no es posible llevar a cabo sin los principios: es precisamente en los principios en donde se encuentra la justificación para aceptar en algunos casos la existencia de excepciones - implícitas, no formuladas en el texto de la ley- a las reglas.

**3.6.** La presunta necesidad de optar (en la teoría y en la práctica jurídica) entre subsunción y ponderación es un error que deriva en buena parte del anterior: otro ejemplo de la falacia de la falsa oposición. Y también aquí, tan absurdo, tan equivocado, es propugnar que el razonamiento justificativo del juez debe limitarse al esquema de la subsunción, como recurrir alegremente a la ponderación siguiendo el eslogan de "más ponderación que subsunción".

Necesitamos obviamente los dos esquemas argumentativos, simplemente porque en ocasiones (pongámonos en la perspectiva de un juez) para la resolución de un caso se cuenta con una premisa normativa que es una regla (más exactamente, una regla de acción), mientras que en otras ocasiones el punto de partida no es una regla, sino un principios (o, mejor, una conjunción de principios que empujan hacia soluciones opuestas). Esto último puede ocurrir si se da alguna de estas dos circunstancias: que exista una laguna normativa en el nivel de las reglas; o que exista (se cree) una laguna axiológica, porque hay un desajuste entre (el significado textual de) las reglas y sus razones subyacentes, los principios que las dotan de sentido.

Me he referido en varias ocasiones (una de ellas, muy recientemente [vid. Atienza y García Amado 2012]) a cómo debe entenderse la ponderación y no es aquí cuestión de volver a repetirlo. Me limito a señalar que se trata de un procedimiento racional (formalizabile desde el punto de vista lógico), en relación con el cual sí que pueden establecerse criterios de control racional, aunque no sean los de la lógica formal, sino los criterios de la racionalidad práctica. Por lo demás, tampoco los criterios estrictamente lógicos son suficientes en el caso de la subsunción, puesto que su manejo supone el establecimiento de las premisas y esta última no es una operación lógico-deductiva. Y es también innegable que el razonamiento ponderativo supone siempre niveles mayores de discrecionalidad que el puramente subsuntivo y que, por lo tanto, debe recurrirse al mismo de manera excepcional, al tiempo que su uso requiere niveles particularmente exigentes de justificación.

**3.7.** Una consecuencia igualmente obvia de todo lo anterior es que el juez no debe incurrir ni en formalismo ni en activismo. Por supuesto, se trata de dos términos de no fácil precisión, pero yo diría, en principio, que el juez formalista

es el que atiende únicamente al texto de la ley y no toma en cuenta las razones subyacentes a las mismas, de manera que se olvida de los fines y valores que caracterizan esa práctica. Mientras que el activista es el que no tiene en cuenta los límites del Derecho, actúa como si el Derecho no fuera para él una práctica autoritativa, como si los materiales jurídicos no fijaran ciertos límites, dentro de los cuales él debe permanecer porque, de otra manera, ya no estaría jugando al juego del Derecho, lo que significa que estaría poniendo en riesgo valores esenciales del Derecho (del Derecho del Estado constitucional) que no son puramente formales: no lo son porque –como antes decía- suponen condiciones para que puedan darse los otros, los valores materiales.

Yo creo que el defecto fundamental de la cultura jurídica en los países latinos sigue siendo la propensión hacia el formalismo. Y esa puede ser una explicación para el hecho de que muchos juristas comprometidos con un proyecto político de transformación social se sientan atraídos por el neoconstitucionalismo. Pero el formalismo no se combate ignorando que en la cultura del legalismo hay valores que es importante preservar, que el positivismo jurídico no implica necesariamente formalismo y que, en definitiva, un juez activo no es lo mismo que un juez activista...aunque los límites del activismo no pueden ser trazados exactamente de la misma manera en países de institucionalidad, digamos, fuerte, en los que existen instancias distintas a la judicial en condiciones de asegurar la tutela de los derechos fundamentales allí donde no llega la acción judicial, que en otros, de institucionalidad más débil, en los que la no actuación por parte del juez puede suponer lisa y llanamente la no satisfacción de los derechos.

**3.8.** Todos los anteriores rasgos del constitucionalismo no positivista se conectan de manera muy estrecha con la argumentación jurídica: el Estado constitucional supone, sin duda, mayores exigencias de argumentación (a los jueces y, en general, a los juristas) que el Estado de Derecho legislativo; un límite notable del positivismo jurídico –que ha sido puesto de manifiesto por diversos autores- es su carencia de una teoría de la argumentación; la tesis de la unidad de la razón práctica supone la incorporación en el Derecho de la argumentación moral; el objetivismo moral es un presupuesto para entender la exigencia de que los órganos públicos tengan que fundamentar sus decisiones; la importancia de los principios va ligada a un incremento y una complejidad creciente de la argumentación en el Derecho; como se echa de ver sobre todo a propósito de la ponderación; y el modelo de juez bosquejado en el anterior apartado (ni formalista ni activista) podría definirse también como un juez argumentativo: que se toma en serio la obligación de fundamentar sus decisiones y, por ello, acepta también la existencia de ciertos límites: los que marcan la diferencia entre lo que es y lo que no es argumentable en el Derecho.

Pero eso no quiere decir que se trate de una teoría argumentativa del Derecho, en el sentido en el que usa esta expresión Ferrajoli (2012): para referirse

a una teoría que reduce el Derecho a principios y defiende una concepción débil de los derechos fundamentales, pues estos (en cuanto meros principios) necesitarían ser ponderados con otros, con los cuales entrarían en incesante conflicto. Como ya se ha visto, el Derecho no puede reducirse ni a principios ni a reglas. El concepto de derechos fundamentales implica, en el nivel normativo, tanto reglas como principios, pero además hay otro nivel, el valorativo, necesario para dar cuenta de manera satisfactoria de la noción de derechos fundamentales. Y, naturalmente, la afirmación de que alguien tiene un derecho no supone siempre un ejercicio de ponderación, pues muchas veces (la mayoría de las veces) los derechos están establecidos con claridad en una regla y su aplicación no hace surgir ningún conflicto entre derechos. Repitémoslo una vez más: el hecho de que las reglas pueden ser excepcionalmente derrotadas no supone que no podamos tener ninguna seguridad sobre la solución jurídica de los casos que regulan.

El constitucionalismo no positivista es una teoría argumentativa del Derecho en cuanto subraya que la práctica jurídica - y en especial en el Estado constitucional - tiene en buena medida un carácter argumentativo aunque, naturalmente, en el Derecho no todo es argumentación. Pero ser consciente de esa dimensión abre al jurista grandes posibilidades de actuación para transformar dicha práctica precisamente en el sentido de aproximarla a los valores del constitucionalismo. De ahí la importancia de desarrollar una teoría cuya mayor virtualidad, en mi opinión, consiste en vincular, de una manera que cabría llamar "natural", la teoría con la práctica y, al mismo tiempo, la teoría del Derecho con las ciencias sociales y con la filosofía. Para ello se necesita un concepto de argumentación suficientemente amplio y sistemático que permita articular la dimensión lógico-formal con la dimensión material y la dimensión pragmática (retórica y dialéctica). Y que contribuya, por ello, a guiar a los juristas en la resolución de tres cuestiones capitales de su práctica: cómo entender y analizar una argumentación que ha tenido lugar en algún campo o instancia jurídica; cómo evaluarla; y cómo argumentar (vid. Atienza 2013).

#### 4.

---

Soy muy consciente de que todo lo anterior lo he presentado de manera muy telegráfica y que necesitaría de un desarrollo pormenorizado (que, en parte, creo haber efectuado ya en otros lugares). Pero espero al menos haber sido capaz de ofrecer razones de suficiente peso para justificar estas tres tesis: 1) el llamado neoconstitucionalismo es una teoría con pocos adeptos y que se caracteriza (básicamente según sus detractores) por tesis insostenibles; 2) el positivismo jurídico, en cualquiera de sus modalidades, no es una concepción del Derecho que pueda dar cuenta del fenómeno del constitucionalismo y, con frecuencia, sus representantes incurren en errores que son simétricos a los de los neoconstitucionalistas; 3) la única concepción que puede ofrecer una guía al jurista que se mueve en el contexto de los Derechos del Estado constitucional es

el constitucionalismo no positivista, que evita los errores o las exageraciones de las dos anteriores doctrinas y ofrece un modelo no unilateral y suficientemente complejo del Derecho.

## Referências Bibliográficas

AGUILÓ, Josep: "El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli" (en Ferrajoli 2012).

ATIENZA, Manuel: *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.

\_\_\_\_\_: "Más allá del neoconstitucionalismo y del formalismo", en el diario El Universo de Guayaquil (2-XI-2013); puede consultarse en el blog: lamiradadepeitho.blospot.com

ATIENZA, Manuel y García Amado, Juan Antonio: *Debate sobre la ponderación*, Palestra-Themis, Lima-Bogotá, 2012.

ATIENZA, Manuel y Ruiz Manero, Juan: "Dejemos atrás el positivismo jurídico, en *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Palestra-Themis, Lima-Bogotá, 2009.

ÁVILA, Humberto: "Neoconstitucionalismo: Entre la "ciencia del Derecho" y el "Derecho de la ciencia", en *Tendencias actuales del Estado constitucional contemporáneo*, tomo v, *Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica. Copnstitucionalismo y principio de proporcionalidad*, Ara Ed., Lima, 2013.

ÁVILA, Ramiro: *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Alberto Acosta y Esperanza Martínez editores, Quito 2011.

CARBONELL, Miguel (ed.): *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.

COMANDUCCI, Paolo: "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico" (en Carbonell 2003).

DWORKIN, Ronald, *Justice for hedgehogs*, Belknap, Harvard, 2011.

FERRAJOLI, Luigi: "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", en *Un debate sobre el constitucionalismo*, Marcias Pons, Madrid, 2012 (el libro reproduce el número 34 de la revista *Doxa*).

\_\_\_\_\_: *La democracia a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2014.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio: "Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores", en F. Mantilla Espinosa (ed.), *Controversias constitucionales*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2008; se cita por el texto que puede consultarse en [www.vidya.edu.co/portal](http://www.vidya.edu.co/portal).

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso: "Neoconstitucionalismo: Dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo justpositivista de Luigi Ferrajoli" (en Ferrajoli 2012).

GONZÁLEZ VICÉN, Felipe: *Estudios de filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, 1979.

NINO, Carlos S.: *Fundamentos de Derecho constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992.  
LAPORTA, Francisco: *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007.

PONCE, Juan E.: *En neoconstitucionalismo en el Ecuador*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2010.

POZZOLO, Susana: "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", en *Doxa* 21, vol. II, 1998, pp. 339-354.

\_\_\_\_\_: "Un constitucionalismo ambiguo" (en Carbonell, 2003).

PRIETO, Luis: "Neoconstitucionalismos (Un catálogo de problemas y argumentos), en varios autores, *Tendencias actuales del Estado constitucional contemporáneo*, tomo v, *Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica. Constitucionalismo y principio de proporcionalidad*, Ara Ed., Lima 2013.

VIGO, Rodolfo, "¿Dos o tres neoconstitucionalismos?", en *Ex legibus*, nº 1, octubre 2014.  
ZAGREBELSKY, Gustavo: *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Trotta, Madrid, 2014.

*Artigo recebido em 10 de dezembro de 2014.  
Artigo aprovado para publicação em 14 de dezembro de 2014.*

DOI: 10.11117/1982-4564.07.12



Observatório da Jurisdição  
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.  
Ano 7, no. 2, jul./dez. 2014. ISSN 1982-4564.

## Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo

*Lenio Luiz Streck\**

**Resumo dos editores:** Neste artigo, Lenio Luiz Streck marca sua posição teórica sobre o positivismo, o neoconstitucionalismo e o jusnaturalismo. Nenhuma dessas vertentes traz perspectivas adequadas para compreender o Constitucionalismo Contemporâneo, que tem por conteúdo essencial a matriz democrática da formulação normativa: ora elas negam a própria possibilidade de uma teoria da decisão, ora adotam uma teoria da decisão que encampa e enquadra o decisionismo principialista. A virada teórica neoconstitucionalista despertou um saudável incômodo quanto à interpretação jurídica, o qual deve se agregar em torno de uma teoria pós-positivista que dê ao direito um papel socialmente ativo no marco das virtudes soberanas constitucionais.

**Palavras-chave:** Positivismo, Jusnaturalismo, Neoconstitucionalismo, Constitucionalismo Contemporâneo, Pós-Positivismo, Teoria da Decisão, Hermenêutica Jurídica.

**Editors' Abstract.** In this article, Professor Lenio Luiz Streck marks his standpoint regarding positivism, neoconstitutionalism and naturalism. None of these perspectives can aptly describe "Contemporary Constitutionalism", which considers that norms are democratically formulated: they either deny the possibility of building a theory of legal decision-making or consider that discretion is the side-effect of a principle-laden approach. Neoconstitutionalism has awoken concerns over legal interpretation which should be taken up by a post-positivist theory that assures that law is socially-minded and respects sovereign virtues.

**Keywords:** Positivism, Neoconstitutionalism, Contemporary Constitutionalism, Post-Positivism Constitutionalism, Decision-making theories, Legal Interpretation.

\* Doutor em Direito (UFSC); Pós-doutor em Direito (Universidade de Lisboa); Ex-Procurador de Justiça-RS; Professor da UNISINOS-RS e UNESA-RJ; Professor Visitante das Universidades Javeriana (CO) e Roma TRE (IT); Membro Catedrático da ABDCONST - Academia Brasileira de Direito Constitucional; Presidente de Honra do IHJ - Instituto de Hermenêutica Jurídica.

## 1. Introdução

Em tempos pós-positivistas – ou de fortes críticas aos diversos positivismos –, é absolutamente relevante discutirmos as condições de possibilidade que a teoria do direito possui para construir respostas aos grandes dilemas surgidos com o advento do assim denominado neoconstitucionalismo.

É nesse sentido que, já de pronto, é preciso ter presente que o termo *neoconstitucionalismo* incorpora em si uma plêiade de autores e posturas teóricas que nem sempre podem ser aglutinadas em um mesmo sentido. A ciência política norte-americana, por exemplo, chama de *new constitutionalism* os processos de redemocratização que tiveram lugar em vários países da chamada modernidade periférica nas últimas décadas. Entre esses países é possível citar o Brasil, a Argentina, os países do leste europeu, a África do Sul, entre outros.<sup>1</sup> Já no caso da teoria do direito, é possível elencar uma série de autores, espanhóis e italianos principalmente, que procuram enquadrar a produção intelectual sobre o direito a partir do segundo pós-guerra como *neoconstitucionalismo*, para se referir a um modelo de direito que já não professa mais as mesmas perspectivas sobre a fundamentação do direito, sobre sua interpretação e sua aplicação, no modo como eram pensadas no contexto do primeiro constitucionalismo e do positivismo predominante até então. Assim, jusfilósofos como Ronald Dworkin e Robert Alexy (entre outros) representariam, na sua melhor luz, a grande viragem teórica operada pelo *neoconstitucionalismo*.

Minha obra, neste contexto, por vezes se aproximava dessa leitura sobre os movimentos que marcaram o direito no segundo pós-guerra, porém, sempre marcada por uma profunda diferença: o modo como se pensava e se procurava dar soluções para o problema da interpretação do direito. No meu caso, minha filiação às filosofias que redescobriram a hermenêutica ainda na primeira metade do século XX (no caso, a fenomenologia hermenêutica e a hermenêutica filosófica) sempre me colocou à margem de algumas das principais conclusões apuradas pela grande maioria dos teóricos do *neoconstitucionalismo*. Isso porque nunca consegui concordar com o modo de encarar a relação entre direito e moral ou o problema da interpretação e da aplicação do direito nos termos propostos pelo *neoconstitucionalismo*. Assim, se em um primeiro momento houve uma aproximação entre a minha proposta teórica e o *neoconstitucionalismo*, isso se deu muito mais por uma questão *nominal* do que propriamente *real*.

Explico: em nenhum momento me filiei aos postulados teóricos provenientes da teoria da argumentação, que vêem uma relação de complementariedade entre o direito e a moral. Tampouco fui partidário da fórmula/regra da ponderação como modelo privilegiado de realização do direito através dos princípios. Na verdade, em minhas pesquisas, sempre desenvolvi uma atividade crítica em relação a ambos os fatores.

---

<sup>1</sup> Por todos, conferir: HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, maio/agosto de 2009, pp. 139-175.

Também nunca pude concordar com aquelas propostas *neoconstitucionalistas* que procuravam desenvolver uma versão mais analítica do fenômeno jurídico, uma vez que minha filiação à hermenêutica me atirava inexoravelmente no chão da história e da necessidade de dar conta da tradição sobre a qual repousa o fenômeno jurídico (algo que passa ao largo das preocupações de uma teoria de matriz analítica). Assim, no contexto do que pode ser entendido por *neoconstitucionalismo*, minhas ideias sempre representaram muito mais uma atitude de crítica do que de associação ou defesa de seus postulados.

Nesse sentido, torna-se necessário afirmar que a adoção do *nomen juris* “neoconstitucionalismo” certamente é motivo de ambiguidades teóricas e até de mal-entendidos. Reconheço, porém, que, em um primeiro momento, foi de importância estratégica a importação do termo e de algumas das propostas trabalhadas pelos autores da Europa Ibérica. Isto porque o Brasil ingressou tardiamente nesse “novo mundo constitucional”, fator que, aliás, é similar à realidade europeia, que, antes da segunda metade do século XX, não conhecia o conceito de constituição normativa já consideravelmente decantada no ambiente constitucional estadunidense. Portanto, falar de *neoconstitucionalismo* implicava ir além de um constitucionalismo de feições liberais – que, no Brasil, sempre foi um simulacro em anos intercalados por regimes autoritários – em direção a um constitucionalismo compromissório, de feições dirigentes, que possibilitasse, em todos os níveis, a efetivação de um regime democrático em *terrae brasilis*.

Destarte, passadas mais de duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse *neoconstitucionalismo* acabaram por provocar condições patológicas, que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição. Ora, sob a bandeira “neoconstitucionalista”, defende-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões, tais quais: *neoprocessualismo (sic)* e *neopositivismo (sic)*. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos “verdadeiros valores” que definem o direito justo (vide, nesse sentido, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual).

Desse modo, fica claro que o neoconstitucionalismo representa, apenas, a superação – no plano teórico-interpretativo – do *paleo-juspositivismo* (como bem lembra Luigi Ferrajoli), na medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da escola do direito livre, da jurisprudência dos interesses e daquilo que é a versão mais contemporânea desta última, da jurisprudência dos valores.

Portanto, é possível dizer que, nos termos em que o *neoconstitucionalismo* vem sendo utilizado, ele representa uma clara

contradição, isto é, se ele expressa um movimento teórico para lidar com um direito “novo” (poder-se-ia dizer, um direito “pós-Auschwitz” ou “pós-bélico”, como quer Mário Losano), fica sem sentido depositar todas as esperanças de realização desse direito na *loteria do protagonismo judicial* (mormente levando em conta a prevalência, no campo jurídico, do paradigma epistemológico da filosofia da consciência).

Assim, reconheço, já na introdução da nova edição de *Verdade e Consenso*,<sup>2</sup> que não faz mais sentido continuar a fazer uso da expressão “neoconstitucionalismo” para mencionar aquilo que essa obra pretende apontar: a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma constituição normativa e da integridade da jurisdição.

Em suma: para efeitos destas reflexões, nomearei o meu “lugar de fala” como Constitucionalismo Contemporâneo (com iniciais maiúsculas), para me referir ao movimento que desaguou nas constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente em nosso contexto atual, evitando os mal-entendidos que permeiam o termo *neoconstitucionalismo*.

## **2. Esclarecendo minha posição sobre o embate “positivismo-jusnaturalismo-neoconstitucionalismo”**

Desde logo, é preciso ressaltar que, no plano da crítica ao positivismo - e, recentemente, ao próprio neoconstitucionalismo - existem posições que apresentam sensíveis divergências com relação ao meu posicionamento. Muitos dessas posições, como é o caso de Manuel Atienza, mesmo que marcando uma posição restritiva com relação a alguns postulados neoconstitucionalistas (no que estamos totalmente de acordo), partem de um ponto que considero limitado de caracterização do positivismo. Ou seja, Atienza (e falo do mestre espanhol por todos, uma vez que essa posição sobre o positivismo tem larga prevalência na teoria do direito europeia) vê o positivismo em uma perspectiva estrita<sup>3</sup>. Penso que essa posição - que considero “uma visão (r)estrita do positivismo” - está demonstrada pela redução do trabalho investigativo a elementos descritivos, livre de valores. Isso é resultado da “separação entre direito e moral” e de uma leitura da característica positivista das “fontes sociais do direito” como simples

---

<sup>2</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>3</sup> Como se sabe, Atienza diz que o positivismo é uma concepção empobrecida de direito, porque ela é apenas descritiva e afasta do direito todos os elementos valorativos. Claro que concordo com isso. Entretanto, o positivismo não pode ser reduzido a essa tese que considero restritiva. Cf. ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel, 2004; \_\_\_\_\_. Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico. In: FERRAJOLI, Luigi; MORESO, José Juan; ATIENZA, Manuel. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008; \_\_\_\_\_. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006; \_\_\_\_\_. Dos versiones del constitucionalismo. In: *Revista de Estudios Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 4, n. 1, janeiro-junho, p. 29-39, 2012; \_\_\_\_\_. MANERO, Juan Ruiz. Sobre principios e regras. In: *Panóptica*, v.4, n.3, p. 49-68, 2009.

rechaço do direito natural, dando a entender que a via jusnaturalista seria - ainda - possível nesta quadra da história.

Na minha concepção, o positivismo é bem mais complexo do que isso. Isto porque tanto no primeiro quanto no segundo caso existem reducionismos que contribuem para retirar clareza da questão. No primeiro caso, há uma confusão entre a dimensão da ciência do direito e o ambiente das práticas jurídicas. Positivistas mais sofisticados - como é o caso de Kelsen - separaram a ciência jurídica da moral, mas não o nível das práticas jurídicas (ou política judiciária, nas palavras do mestre austríaco). Kelsen não separa o direito da moral e, sim, a ciência do direito da moral. Em Kelsen, o cientista do direito não deve se orientar por valores no momento de executar sua tarefa descritiva. Entretanto, os "operadores" do direito, não estão necessariamente vinculados a uma tal determinação. Podem segui-la ou não. Como acontece, aliás, com os outros campos predadores da autonomia do direito (política, psicologia, etc..). Aliás, esse o sentido da discricionariedade em sentido forte de que fala Dworkin: se, em seu ato de escolha, o agente de decisão transbordar os limites autorizados para a prática do ato, ninguém poderá censurá-lo por erro.

De outra banda, não creio que ainda hoje seja possível falar em direito natural ou jusnaturalismo. Penso que não há espaço para o jusnaturalismo nos contemporâneos paradigmas filosóficos. Vale dizer: acreditar na dicotomia jusnaturalismo-positivismo implica professar um tipo de objetivismo filosófico. Outro problema que me afasta das concepções que vêm o positivismo desse modo estrito ou restritivo é a visão que muitos jusfilósofos tem acerca de Dworkin, colocando-o como um autor jusnaturalista ou ético-cognotivista. Para mim, isso representa um equívoco. O jusfilósofo americano gastou páginas e páginas para demonstrar sua posição que afirma ser o direito um conceito interpretativo. Ora, se assim o é, como pode o direito ser interpretativo e natural ao mesmo tempo? Por certo, não pode. Aliás, existem contemporaneamente, de Castanheira Neves a Arthur Kaufmann, posições teóricas que procuram posicionar-se criticamente diante dessa vetusta dicotomia positivismo vs. jusnaturalismo.

Dito de outro modo, o problema das fontes sociais do direito, para além da questão de rechaço do jusnaturalismo, está na necessidade de ancorar a produção normativa do direito em uma autoridade social visível e constituída. Esse é um dos principais pontos da crítica de Dworkin a Herbert Hart. Crítica absolutamente correta, diga-se de passagem. Afinal, quem deu origem aos princípios? Para Dworkin, a história institucional de uma comunidade política. Falando com todas as letras e com a maior clareza possível: isso não representa um retorno ao jusnaturalismo... História institucional não pode ser algo natural. Pelo simples fato de ser história.

Ao fim e ao cabo, é importante ainda anotar o seguinte: em minhas obras venho discutindo há muito tempo a necessidade de superação do positivismo normativista e do neoconstitucionalismo, já que ambos, dentro de suas

especificidades, acabam por cair no velho problema da discricionariedade judicial (que, para mim, é a principal característica do positivismo). Assim, é importante destacar que, quando trato do paradigma positivista, não estou fazendo referência ao exegetismo ou ao conceptualismo pandectista – escolas pertencentes ao positivismo primitivo –, mas ao positivismo kelseniano, que, no caso, é responsável por deixar para o órgão aplicado da norma a capacidade de se manifestar de forma voluntarista, já que para este a interpretação – no nível das práticas jurídicas – sempre acaba reduzida a um ato de vontade. Não que isso seja assim porque Kelsen acredite que a discricionariedade seja algo legítimo ou necessariamente bom. Mas, sim, porque o mestre austríaco rendeu-se aos dilemas da semântica e – fatalisticamente – abandonou o nível poluído do ambiente propriamente interpretativo do direito pela pureza da ciência. É por isso que Friedrich Müller afirma que o normativismo kelseniano não pode dar nenhum tipo de contribuição para uma teoria da interpretação<sup>4</sup>.

Por isso, ao contrário do que alguns autores pretendem apresentar como “constitucionalismo pós-positivista”, por meio de um resgate do “aspecto valorativo do direito” para a superação do positivismo primitivo, eu denomino pós-positivismo a superação do positivismo normativista (e também do positivismo fático exurgido das posturas do realismo jurídico) e da discricionariedade, por meio de uma necessária teoria da decisão, que efetivamente dê conta do problema interpretativo do direito. Por outro lado, é preciso consignar que em diversas correntes o neoconstitucionalismo tem flertado com a ponderação e, ao mesmo tempo, com a retomada dos valores pelo direito, por meio de teses “principiológicas”. Alguns críticos do neoconstitucionalismo atacam este posicionamento afirmando que entre a ponderação e a subsunção não existe incompatibilidade, sendo que em cada caso concreto poderá ser utilizado um ou outro modelo argumentativo; já com relação ao “principiologismo”, os mesmos críticos têm apontado suas baterias para a predominância excessiva dos princípios sobre as regras.

Diferentemente deles, minha crítica ao neoconstitucionalismo tem atacado constantemente o uso da ponderação, a recepção da jurisprudência dos valores e o entendimento equivocado sobre os princípios, ao considerar que estas posições promovem a discricionariedade judicial, já que em todas elas acabam por abandonar o problema interpretativo à vontade – decisionista – do aplicador de normas, enfraquecendo demasiadamente a legalidade constitucional. Ou seja, para mim tanto são positivistas as posturas clássicas (separação do direito da moral), como também as que apelam à discricionariedade. Na medida em que os diversos neoconstitucionalismos não abrem mão da discricionariedade e fazem firme aposta na ponderação, minha posição é de que são (também) positivistas. Não primitivos ou clássicos; mas positivistas pós-exegéticos.

---

<sup>4</sup> Cf. MÜLLER, Friedrich. O Novo Paradigma do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, *passim*.

### 3. Buscando esclarecer “a questão do positivismo”

A partir de campos diferentes do conhecimento, é possível, já de pronto, separar o velho e o novo no direito. Em outras palavras, se não há segurança para apontar as características de uma teoria efetivamente pós-positivista e neoconstitucional, há, entretanto, condições para que se possa dizer “o que não é” e “o que não serve” para a contemporânea teoria do direito, mormente em países com sistemas e ordenamentos jurídicos complexos.

Mas, o que a hermenêutica – na leitura que proponho a partir de *Verdade e Consenso* e *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*,<sup>5</sup> imbricando Gadamer e Dworkin – pode contribuir para a compreensão desse novo constitucionalismo? Quais os pontos de encontro entre as análises hermenêuticas e aquelas advindas do terreno da(s) teoria(s) da argumentação? Ou, do mesmo modo, qual é a ligação entre a hermenêutica e as teorias discursivas compreendidas *lato sensu*?

Diferenças à parte – e sobre essas falarei mais adiante –, uma coisa é certa: sob o novo paradigma constitucional (do segundo pós-guerra), o *mundo prático* passou a importar os juristas. O direito já não seria mais o mesmo. O direito já não poderia mais ser epitetado e/ou acusado de ser uma “mera racionalidade instrumental” ou um instrumento destinado à proteção dos interesses das classes dominantes, resultado das duas fases do legalismo, do nascedouro da modernidade ao direito contemporâneo. As questões morais, políticas e econômicas – rejeitadas pelo positivismo jurídico – passaram a fazer parte da preocupação da comunidade jurídica.

Lembremos que, historicamente, as teorias positivistas do direito recusaram-se a fundar suas epistemologias numa racionalidade que desse conta do agir propriamente dito (escolhas, justificações, etc). Como alternativa, estabeleceram um princípio fundado em uma *razão teórica pura*: o direito, a partir de então, deveria ser visto como um objeto que seria analisado segundo critérios emanados de uma lógica formal rígida. E esse “objeto” seria produto do próprio sujeito do conhecimento. Daí o papel do sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*).

Para o positivismo jurídico (clássico), pouco importava colocar em discussão – no campo d(e um)a teoria do direito – questões relativas à *legitimidade* da decisão tomada nos diversos níveis do poder estatal (Legislativo, Executivo ou Judicial). No fundo, *operou-se uma cisão entre validade e legitimidade*, sendo que as questões de validade seriam resolvidas através de uma análise lógico-semântica dos enunciados jurídicos,<sup>6</sup> ao passo que os problemas de legitimidade – *que incluem uma problemática moral* – deveriam ficar sob os cuidados de uma teoria política que poucos resultados poderiam produzir, visto que esbarravam no problema do pluralismo de ideias presente

---

<sup>5</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011; \_\_\_\_\_. *Verdade e Consenso*, op.cit..

<sup>6</sup> Veja-se a umbilical relação/ligação entre o positivismo normativista e as teorias analíticas da linguagem.

num contexto democrático, o que levava, inexoravelmente, a um relativismo filosófico (essa problemática se gravou em países com grandes períodos de ausência de democracia, como o Brasil).

Por certo, a pretensão das teorias positivistas era oferecer à comunidade jurídica um objeto e um método seguro para produção do conhecimento científico no direito. Isso levou – de acordo com a atmosfera intelectual da época (problemática que, entretanto, ainda não está superada) – a uma aposta em *uma racionalidade teórica asfixiante* que isolava/insulava todo contexto prático de onde as questões jurídicas realmente haviam emergido. Melhor dizendo, essa racionalidade teórica possibilitou – e continua a possibilitar – a “entender” o direito em sua “autônoma objetividade”. Repetindo o que já foi dito anteriormente: os fatos sociais, os conflitos, enfim, a faticidade, não faziam parte das “preocupações” da teoria do direito. Portanto, ironicamente, a pretensão estabilizadora e cientificizante do positivismo jurídico acabou por criar uma babel resultante da separação produzida entre questões teóricas e questões práticas, entre validade e legitimidade, entre teoria do direito e teoria política.

De todo modo, vale a pena insistir nos pontos de convergência das teorias autodenominadas neoconstitucionalistas e as demais teorias críticas (de cariz pós-positivista): diante dos fracassos do positivismo tradicional, a partir da busca da construção de uma autônoma razão teórica, as diversas posturas críticas buscaram, sob os mais diversos âmbitos, (re)introduzir os “valores” no direito. Assim, por exemplo, diante de uma demanda por uma tutela que esteja relacionada com a vida, com a dignidade da pessoa, enfim, com a proteção dos direitos fundamentais, o que fazer? Qual é a tarefa do jurista?

Na medida em que existem vários neoconstitucionalismos, uma coisa é possível dizer: mesmo que muitas das concepções neoconstitucionalistas tenha resvalado para o voluntarismo, elas não trouxeram a indiferença. Sem exclusões, para elas há uma preocupação de ordem ético-filosófica: *a de que o direito deve se ocupar com a construção de uma sociedade justa e solidária*. Em outras palavras, o desafio tem sido o seguinte: *como fazer com que o direito não fique indiferente às injustiças sociais?* Como superar o positivismo exegético (embora para as posturas neoconstitucionalistas o positivismo seja entendido *lato sensu* a partir do conceito clássico)? Como fazer com que a perspectiva moral de uma sociedade que aposte no direito como o lugar da institucionalização do ideal da vida boa não venha pretender, em um segundo, “corrigir” a sua própria condição de possibilidade, que é o direito que sustenta o Estado Democrático?

Vejamos isso. Parece que para Oto e Pozzolo, assim como Carbonell e Prieto Sanchis, para falar apenas destes, não parece haver dúvida de que “neoconstitucionalismo” é sinônimo de “novo paradigma”. O direito deixa de ser meramente regulador para assumir uma feição de transformação das relações sociais, circunstância que pode ser facilmente constatada a partir do exame dos textos constitucionais surgidos a partir do segundo pós-guerra. Com a desconfiança em relação ao legislativo (e às mutações produzidas pelas maiorias

incontroláveis), passou-se a apostar em uma matriz de sentido dotada de garantias contra essas maiorias eventuais (ou não). Isso implicou – e continua a implicar – mudanças de compreensão: como olhar o novo com os olhos do novo, sem correr o risco de transformar o novo no velho? Esse passou a ser o grande desafio da teoria do direito.

Aliás, é Écio Oto quem indaga, na esteira de Prieto Sanchís: em que medida o constitucionalismo ou o juízo de constitucionalidade obriga a uma importante revisão da teoria do direito e, dado que nossa teoria do direito é basicamente uma construção positivista, a questão consiste em determinar até que ponto este último ficou obsoleto? Por isso, desde logo tenho que indagar: se as posturas neoconstitucionalistas não abrem mão da discricionariedade judicial, por que razão pode(ria)m ser consideradas pós-positivistas?

De todo modo, é possível dizer que Pozzolo, Oto e Sanchís – e tantos outros – efetivamente se perguntam acerca da questão que é fulcral na discussão: quais as condições de possibilidade que tem a teoria do direito para atender às “demandas” de um novo paradigma que, primordialmente, tem a função de superar as insuficiências das teorias positivistas?

#### **4 – As ditas características do neoconstitucionalismo**

Quais seriam os elementos caracterizadores desse movimento neoconstitucionalista? Seria uma espécie de positivismo sofisticado? O neoconstitucionalismo teria características de continuidade e não de ruptura? Não há suficiente clareza nas diversas teses acerca do significado do neoconstitucionalismo.<sup>7</sup> Mas isso não constitui um problema. Ao contrário, possibilita a abertura para a reflexão. Alguns importantes juristas<sup>8</sup> procuram – seguindo uma antiga classificação de Norberto Bobbio para o positivismo – classificá-lo em neoconstitucionalismo ideológico, teórico ou metodológico. Penso, entretanto, que, exatamente pela perspectiva ruptural que assume e porque a questão é paradigmática, essa classificação não assume relevância, pelo menos para os limites de minhas reflexões.

---

<sup>7</sup> Aqui vale lembrar, como destaquei inicialmente, que essa heterogeneidade que permeia o chamado *neoconstitucionalismo* acaba por gerar sérios problemas com relação ao uso (e o abuso, em alguns casos) dessa nomenclatura. Por essa razão, e na tentativa de tornar ainda mais clara a minha posição teórica, optei por chamar de *Constitucionalismo Contemporâneo* o meu lugar de fala. Portanto, quando falo aqui de *neoconstitucionalismo* refiro-me às posições teóricas que, de alguma forma, estão ancoradas no constitucionalismo do segundo pós-guerra; propõem uma atitude crítica perante o positivismo, *mas que, ao fim e ao cabo, acabam por professar teses similares ao positivismo normativista*. Ou seja, representam, quando muito, uma superação do positivismo exegético-conceitual-primitivo, mas, não efetuam um salto qualitativo com relação à revisão do positivismo efetuada pelos teóricos normativistas. Refiro-me aqui, principalmente, ao ab-uso do termo no Brasil, onde o neoconstitucionalismo tem servido para incentivar, nos diversos ramos do direito, protagonismos judiciais.

<sup>8</sup> Essa classificação é feita por COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

Com efeito – mesmo que se admita essa tricotomia –, a um só tempo, o neoconstitucionalismo é ideológico, porque alça a Constituição a “elo conteudístico” que liga a política e o direito (aqui se poderia falar no aspecto compromissório e dirigente da Constituição, que é, assim, mais do que norma com força cogente: representa uma justificação político-ideológica); é teórico, porque estabelece as condições de possibilidade da leitura (descrição) do modelo de constitucionalismo e dos mecanismos para superação do positivismo (papel dos princípios como resgate do mundo prático expungido do direito pelo positivismo, problemática que deve ser resolvida a partir dessa teoria do direito e do Estado); e é também metodológico, porque ultrapassa a distinção positivista entre descrever e prescrever o direito, sendo que, para tal, reconecta direito e moral (que ocorre sob vários modos, a partir de teses como a cooriginariedade entre direito e moral ou o papel corretivo que a moral assumiria neste novo modelo de direito).

O *neoconstitucionalismo* efetivamente vem gerando controvérsias. Tem sido teorizado sob os mais diferentes enfoques. Écio Oto, de forma percuciente, faz uma descrição das principais propriedades/características desse fenômeno. Essa “planta” do neoconstitucionalismo possui a assinatura de autores do porte do próprio Écio Oto, Susanna Pozzolo, Prieto Sanchís, Sastre Ariza, Paolo Comanducci, Ricardo Guastini, com variações próprias decorrentes das matrizes teóricas que cada um segue.<sup>9</sup> A elas procuro fazer uma análise, na sequência. Com efeito:

**Primeira característica – Pragmatismo:** de plano, há que se reconhecer que existe certa “anemia significativa” na expressão “pragmatismo”. Com efeito, *pragmatismo* pode ser entendido – na teoria do direito contemporânea – como “quase sinônimo” de realismo e axiologismo. O pragmatismo e suas variantes guardam estreita relação com a sua origem “pragmaticista” de Peirce, isto é, uma “filosofia sem fundamentos ontológicos *a priori*”. Mas sua origem é anterior, na medida em que vem do termo grego “pragma”, que quer dizer uma ocorrência, um fato concreto, em particular algo prático, com efeitos relevantes. As primeiras manifestações pramati(c)istas no direito podem ser encontradas no realismo escandinavo (Alf Ross, Olivecrona) e norte-americano (Wendell, Pound e

---

<sup>9</sup> Além da obra de Écio Oto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo, há importantes discussões acerca da caracterização do neoconstitucionalismo brasileiro. Vejam-se as contundentes críticas que Dimitri Dimoulis faz às três características defendidas por Luis Roberto Barroso (reconhecimento da força normativa da Constituição, expansão da jurisdição constitucional e nova interpretação constitucional). Para Dimitri, o elemento peculiar – para ele, o único – do que se vem denominando de neoconstitucionalismo estaria “na crença de que a moral desempenha um papel fundamental na definição e na interpretação do direito”. (Cf. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 213-225). Outro trabalho de fôlego é feito por Daniel Sarmento (O neoconstitucionalismo no Brasil. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo. Wolfgang (Coord). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT, 2008, pp. 9-49), em que faz uma defesa do neoconstitucionalismo, entendendo este como uma teoria voltada para os princípios e para o uso da ponderação, além da firme atuação da justiça constitucional para a defesa dos valores e da conectividade do direito com a moralidade crítica. Em Sarmento, nota-se nitidamente que o neoconstitucionalismo está umbilicalmente ligado à defesa do poder discricionário dos juízes e do uso da ponderação.

Cardozo), daí a “semelhança” entre as duas posturas sobre o direito (realismo jurídico e pragmatismo).

Contemporaneamente, o pragmatismo pode ser identificado sob vários matizes, como a *análise econômica do direito*, de Richard Posner, os *Critical Legal Studies* e as diversas posturas que colocam na subjetividade do juiz o *locus* de tensão da legitimidade do direito (protagonismo judicial). O pragmatismo pode ser considerado como uma teoria ou postura que aposta em um constante “estado de exceção hermenêutico” para o direito; o juiz é o protagonista, que “resolverá” os casos a partir de raciocínios e argumentos finalísticos. Trata-se, pois, de uma tese anti-hermenêutica e que coloca em segundo plano a produção democrática do direito.

Assim, ao se pretender colocar o neoconstitucionalismo como superador do positivismo (mormente no que tange à teoria das fontes, da relação entre direito e moral – que implica a distinção “regra-princípio” – e o problema da discricionariedade), sua filiação ao pragmatismo pode representar um problema, a partir da ideia de “grau zero de sentido” e de um certo “nominalismo” – ínsitos ao pragmatismo que propicia discricionariedades e/ou arbitrariedades interpretativas. E “grau zero” é sinônimo de decisionismo, de discricionarismo. E discricionarismo é característica do positivismo. Mas, então, tem-se uma contradição: ao apostar no pragmatismo, não parece haver superação do positivismo. Consequentemente, se o neoconstitucionalismo se pretende pós-positivista, não pode ser pragmati(cista). Mas isso parece impossível.

**Segunda característica – Eclétismo (sincretismo) metodológico:** efetivamente, um dos traços mais marcantes do neoconstitucionalismo é o eclétismo metodológico. De fato, entendendo a metodologia como teoria do direito, corre-se o risco de comprometer o resultado aplicativo do direito toda a vez que se lançar mão de “mixagens” de matrizes teóricas incompatíveis. Essa questão fica mais nítida quando confrontamos, por exemplo, a hermenêutica filosófica com as teorias da argumentação, para ficar apenas nesse “confronto”: enquanto aquela tem a pré-compreensão (antecipação de sentido) como condição de possibilidade, esta fica no plano da explicitação lógico-procedimental. Além disso, enquanto a hermenêutica, calcada na tradição, aposta em um antirrelativismo, as teorias da argumentação não abrem mão da discricionariedade, o que denuncia seu atrelamento ao esquema sujeito-objeto.<sup>10</sup> Finalmente, não se pode olvidar a indevida mixagem feita por determinados autores *neconstitucionalistas* das posições de Ronald Dworkin e Robert Alexy<sup>11</sup>;

---

<sup>10</sup> Sobre esse ponto específico das críticas às teorias da argumentação, permito-me remeter o leitor especialmente ao meu *Verdade e Consenso*, op.cit.

<sup>11</sup> No que tange, especificamente, a essa mixagem entre as posturas de Dworkin e Alexy, é possível mencionar MORESO, José Juan. Conflito entre Principios Constitucionales. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, pp. 99-121.

ou das teorias habermasianas e alexianas,<sup>12</sup> que agregam ao proceduralismo de Habermas a ponderação de Alexy.

Mas, veja-se: o sincretismo não se mostra adequado a uma teoria que pretende superar o(s) positivismo(s). Na verdade, os sincretismos são (ou foram) um fator de enfraquecimento do neoconstitucionalismo (embora Oto queira colocá-lo como virtude). Se em algum momento o neoconstitucionalismo vizava a ir além do positivismo normativista ou congêneres, na medida em que a superação do paleojuspositivismo sempre pareceu evidente, a falta de uma coerência teórica o fragilizou sobremodo.

**Terceira característica – Princípioalismo:** essa característica seria o lócus da junção entre direito e moral no neoconstitucionalismo. Princípios seriam, assim, “pautas axiológicas” ou “mandados de otimização”, representando a assunção dos “valores” aos textos constitucionais. A Constituição seria uma “ordem suprapositiva de valores”, conforme expressão cunhada pelo *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional alemão) no auge de sua prática de “jurisprudência dos valores” (*Wertungsjurisprudenz*). Assim, não parece haver qualquer dúvida de que o princípioalismo é elemento caracterizador do neoconstitucionalismo. A questão é saber o que se entende por “princípio” e qual é o seu papel na aplicação do direito.<sup>13</sup> Ou seja, aqui também vai a pergunta: essa característica também estaria posta como uma virtude do neoconstitucionalismo?

Ora, que os diversos positivismos eram avessos aos princípios, também parece não haver dúvidas. Efetivamente, o neoconstitucionalismo (no modo defendido por autores como Prieto Sanchis, Écio Oto, Susanna Pozzolo) está fundado no princípioalismo como modo de fazer ingressar “os valores para dentro do direito” (aqui reside um ponto de minha forte discordância com o neoconstitucionalismo, uma vez que os “valores” fragilizam o grau de autonomia alcançado pelo direito; como venho referindo de há muito, os princípios introduzem o mundo prático – no sentido filosófico da expressão – no direito).

Visto desse modo, é correto colocar o princípioalismo como característica do neoconstitucionalismo. A ressalva que se põe diz respeito ao risco de uma *expansão desmesurada de princípios*, acarretando uma espécie de *panprincipiologismo*, o que enfraquece sobremodo o grau de autonomia que o direito alcançou justamente no seio do constitucionalismo exurgido a partir do segundo pós-guerra.

---

<sup>12</sup> Por todos, vale referir, no Brasil, Rogério GESTA LEAL (O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007) e Antonio MAIA (A distinção entre fatos e valores e as preleções neofrankfurtianas. In: *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005).

<sup>13</sup> Nesse sentido, a obra de Rafael TOMÁZ DE OLIVEIRA vai além das teses tradicionais que povoam o discurso panprincipiologista ao procurar elucidar um conceito de princípio hermeneuticamente adequado (Cf. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008).

Como venho insistindo: se princípios são normas e, portanto, possuem um caráter deontológico, deve haver um cuidado com a transformação destes em uma espécie de “instância corretiva do direito produzido democraticamente”. Antes de os princípios serem a porta de entrada dos “valores”<sup>14</sup> – esquecidos pelo positivismo – nos textos constitucionais, *são eles a porta de entrada do mundo prático no direito como um todo*, fazendo com que se supere a ideia de uma razão teórica com pretensões autônomas, característica do positivismo jurídico.

Podemos dizer que isso tudo funciona da seguinte forma: quando nos ocupamos com questões jurídicas, possuímos, antecipadamente/pré-compreensivamente, um todo conjuntural que nos permite articular os diversos instrumentos que a tradição jurídica construiu. Há sempre um todo antecipado em cada ato particular que praticamos como advogados, procuradores, promotores, juízes etc. No contexto da tradição em que estamos inseridos, este todo é representado pela Constituição. Mas não a Constituição enquanto um texto composto de diversas fatias: artigos, incisos, alíneas etc., *mas, sim, a Constituição entendida como um evento que introduz, prospectivamente, um novo modelo de sociedade*.

Este evento que é a Constituição está edificado sob certos pressupostos que chegam até nós pela história institucional de nossa comunidade. Tais pressupostos condicionam toda tarefa concretizadora da norma, porque é a partir deles que podemos dizer se o direito que se produz *concretamente* está legitimado de acordo com uma tradição histórica que decidiu constituir uma sociedade democrática, livre, justa e solidária.

Este todo conjuntural, portanto, irá determinar os juízos concretos e particulares que fazemos para solucionar os problemas jurídicos. Neste sentido, por mais que essa conjuntura não apareça de modo explícito no trabalho de fundamentação que todo jurista deve realizar, *ela condiciona os argumentos alinhavados na decisão de modo subterrâneo*.

Para ser mais claro: não há causa judicial, não há caso concreto em que não exista uma discussão – ainda que encoberta – sobre a igualdade, por exemplo. Ora, sempre no direito lidamos com alguma situação discriminatória. A concessão de uma liminar, por exemplo, já é por si só o exercício de um tratamento diferenciado dado a alguém que faz jus a determinados requisitos de ordem formal. Porém, na concessão desta liminar, o juiz que profere a decisão estará obrigado a justificar o porquê do tratamento diferenciado dado àquele que requer a medida antecipatória. Do mesmo modo que haverá de justificar no caso de negação do pedido. Uma liminar negada para alguém será a concessão/manutenção de um direito em favor de outrem. Assim também ocorre com aquilo que conhecemos por *devido processo legal*. Não pode haver

---

<sup>14</sup> Veja-se: o grande problema da jurisprudência dos valores tem sido exatamente esse “conceito” líquido de “valores”. Qual seria a diferença dos “valores” propugnados pela *Wertungsjurisprudenz* daqueles “valores” defendidos pelo neoconstitucionalismo? Tratar-se-ia, em ambos os casos, de um “realismo moral”?

processo que não tenha se desenvolvido no contexto de seu âmbito de aplicação.

É por isso que, neste sentido, não se pode falar em “abertura” interpretativa<sup>15</sup> no que tange aos princípios jurídicos: nos dois casos analisados parece ficar claro que eles condicionam o intérprete no sentido de obrigá-lo a decidir de modo a não comprometer o todo conjuntural da comum-unidade dos princípios constitucionais.

Mas, então, é necessário perguntar, como fica a distinção que se realiza entre *regras* e *princípios*? É válida tal distinção? É essa distinção uma distinção lógica-estrutural, epistemológica, ou nela se esconde algo mais que a simples determinação do objeto a ser conhecido?

A (tradicional) distinção estrutural oferece uma resposta sistemática, mas não resolve a questão da concretização propriamente dita. Isto porque deita raízes na velha questão presente a partir do neopositivismo lógico e sua superação pela filosofia da linguagem ordinária. A circunstância agravante – que corre em prejuízo à teoria da argumentação que amadrinha a distinção lógico-estrutural entre regra e princípio – reside na relevante circunstância de que a filosofia da linguagem ordinária apostou na pragmática como um salto para além da plenipotencialidade das análises sintáticas e semânticas (lembramos que, para o neopositivismo lógico, somente eram científicos os enunciados que passassem pelo filtro da sintaxe e da semântica, desconsiderando totalmente a pragmática), ao passo que as teorias da argumentação apostam, ao mesmo tempo, nas concepções neopositivistas e da filosofia da linguagem ordinária.

Ou seja, as teorias da argumentação, nos casos simples, contentam-se com as análises sintático-semânticas (é o caso da subsunção); já quando estão em face de um caso difícil, *apelam para a pragmática*. Mas somente apelam para esse nível quando o primeiro não responde às demandas significativas. Ora, a filosofia da linguagem ordinária, ao se dar conta das demandas resultantes desse *terceiro nível da semiótica* (relação dos usuários com os signos), considerou como estando superado o neopositivismo, exatamente porque este se contentava com os dois primeiros níveis (sintático e semântico). Isso é de uma clareza meridiana. Já a teoria da argumentação jurídica trabalha, ao mesmo tempo, com as concepções neopositivistas pragmati(c)istas (filosofia da linguagem ordinária), porém faz isso desconsiderando que o neopositivismo não realizava a análise semântica no mesmo nível da linguagem objeto. Isto é, para o neopositivismo, haveria a necessidade de uma metalinguagem para certificação dos resultados das contradições lógicas da linguagem objeto.

O problema é que, ao ser feita a distinção estrutural (que ocorre no nível semântico), os princípios acabam adquirindo algo que lhes tira a “razão principiológica”, isto é, alça-se-lhes a meta-regras, o que faz com que, no fundo,

---

<sup>15</sup> Os princípios não abrem a interpretação e, sim, fecham-na. Nesse sentido, ver meu Verdade e Consenso, op.cit., em especial o capítulo 13.

*o princípio apenas ingresse no sistema para “revolver insuficiências ônticas” das regras, como ocorre, por exemplo, com a teoria da argumentação jurídica. Só para recordar: como é sabido, para teoria da argumentação jurídica, o problema das regras se resolve por subsunção e o dos princípios pela ponderação (embora esta se “concretize” como uma regra, que também será aplicada por subsunção). Isso também se aplica à diferença entre axiologia e deontologia, e é por isso que - e me permito insistir neste ponto - *princípios não são valores*. Para que um princípio tenha obrigatoriedade, ele não pode se desvencilhar da democracia que se dá por enunciados jurídicos concebidos como regras.*

**Quarta característica – Judicialismo ético-jurídico:** por esse elemento caracterizador, o neoconstitucionalismo exigiria dos operadores jurídicos cada vez mais a elaboração de juízos de adequação e juízos de justificação com natureza ética, ao lado das técnicas estritamente subsuntivo-jurídicas. Não se pode discordar dessa “demanda” proveniente do novo paradigma. Com efeito, na medida em que diminui o grau de liberdade de conformação do legislador (essa era uma característica do positivismo), há um deslocamento do polo de tensão em direção ao Poder Judiciário (ou da judicialização, questão que assume grau de dramaticidade em países como o Brasil – provavelmente, não há país no mundo com um grau de judicialização como o de *terrae brasilis*). Consequentemente, “aumenta o poder dos juízes e dos tribunais”. Os juízes não são mais a “boca da lei”, como se costuma dizer nas diversas posturas críticas que surgem a partir do segundo pós-guerra e, no Brasil, a partir da Constituição de 1988. Veja-se, nesse sentido, a decisão, em sede liminar, proferida pelo Min. Roberto Barroso, no MS 32326, em que, explicitamente, fez menção ao uso de argumentos-fundamentos metajurídicos e apelo à moral.

Ou seja, esse “aumento de tensão” em favor da jurisdição pode acarretar problemas na democracia. E isso não tem sido muito bem pensado por alguns adeptos do neoconstitucionalismo, ao confundirem a exigência de um direito “moralizado” com a “moralização do direito”, na medida em que esta – a moral – é utilizada de forma “corretiva” (confessadamente ou não, já que, na maior parte das vezes, a moral “corretiva” entra pela porta dos fundos do direito, por intermédio de um pamprincipiologismo ou “diretamente” via ativismo judicial, com o livre exercício da “discricionariedade”)<sup>16</sup>.

Por isso, mais do que suscitar um “judicialismo ético-jurídico”, há que se indagar acerca das condições de possibilidade que temos para controlar (racionalizar) as decisões judiciais. Neste ponto a teoria do direito deve fazer uma opção: admitir discricionariedades judiciais ou não. Se se conferir aos juízes um

---

<sup>16</sup> Veja-se como, nesses casos, aquilo que se quer chamar de “neoconstitucionalismo” nada mais é do que o velho positivismo aplicado a partir da discricionariedade forte (que se transforma, fatalmente, em “arbitrariedade”). Aquilo que aparece como “julgamento conforme a consciência” (*sic*) do juízes acaba sendo a mais “pura” substituição da produção democrática do direito (inclusive da Constituição) pelos juízos morais do intérprete/julgador.

poder discricionário, estar-se-á fazendo um retrocesso em direção ao positivismo.

Por tais razões, há que se fazer uma diferenciação entre judicialismo (ou judicialização) e ativismo: o primeiro decorre das contingências de um paradigma; o segundo pode ser destrutivo, uma vez que permite substituir os juízos morais e políticos institucionalizados no direito produzido democraticamente pela opção "pessoal" dos juízes. Por isso é que insisto na questão de que o problema do positivismo e sua superação está umbilicalmente ligado à derrocada do sujeito da modernidade: o *Selbstsüchtiger*. Numa palavra: o judicialismo é uma característica do neoconstitucionalismo; e isso também é um dos seus maiores defeitos.

**Quinta Característica – Interpretativismo moral-constitucional:** esta característica representaria uma espécie de "imperialismo da moral", nas palavras críticas de Mauro Barberis<sup>17</sup>, debitando à teoria dworkiniana da leitura moral da Constituição esse traço distintivo do neoconstitucionalismo. Penso, entretanto, que essa "ineludível" intervenção dos "juízos de valor" – a expressão é de Écio Oto – constitui um problema apenas se considerarmos a discricionariedade como um componente *ineludível* do neoconstitucionalismo. Dworkin, por exemplo, é inimigo figadal do poder discricionário.

Dito de outro modo, se pensarmos que a discricionariedade é um problema e não uma solução, o assim denominado "interpretativismo moral" passa ao largo dessa discussão, uma vez que essa parece não ser – *como, de fato, não é* – a tese defendida por Dworkin. Nesse sentido, e uma vez mais visando a evitar mal-entendidos, é preciso compreender que – do mesmo modo que Gadamer, em seu *Wahrheit und Method – Dworkin* não defende qualquer forma de solipsismo (a resposta correta que ele sustenta *não é* produto da atitude de um *Selbstsüchtigen*). Tenho que Dworkin superou – e de forma decisiva – a filosofia da consciência (e as suas vulgatas voluntaristas). E a discricionariedade é produto do paradigma do voluntarismo. Melhor dizendo, o juiz "Hércules" é apenas uma metáfora para demonstrar que a *superação* do voluntarismo. Ou seja, a morte do sujeito solipsista da modernidade não significou a morte do sujeito que sempre está presente em qualquer relação de objeto. Na verdade, há uma falsa impressão de que Hércules representa o portador de uma "subjetividade assujeitadora", problemática que explico amiúde em *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*.

Haverá um *interpretativismo moral* e, com isso, uma *fragilização* de qualquer teoria que se pretenda "neoconstitucional" se, *a uma*, considerarmos que os juízos morais possam vir a corrigir o direito produzido democraticamente, o que, por sua vez, implica a admissão da discricionariedade, problemática que

---

<sup>17</sup> Cf. BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia y imperialismo de la moral. In: CARBONELL, Miguel (Org.), *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Trota, 2003, p. 270.

está presente, por exemplo, em Alexy; se, a duas, considerarmos que o exercício dessa "intervenção" da moral no direito estiver a cargo de um juiz (sujeito), que, a partir da consciência de si do pensamento pensante, interprete esses valores e os traga à tona. Para a hermenêutica filosófica esse problema não se apresenta, em face da pré-compreensão, que funciona como uma blindagem contra o relativismo. Do mesmo modo, não penso que esse problema se apresente em Dworkin, exatamente pela necessidade de o juiz obedecer a integridade e a coerência do direito, além deste ter o dever de decidir a partir de argumentos de princípio. A hermenêutica que eu proponho (Crítica Hermenêutica do Direito) forja-se na imbricação dos elementos que caracterizam a tradição em Gadamer com a coerência e a integridade defendidas por Dworkin, culminando na tese de que o cidadão possui o direito fundamental a obter respostas adequadas à Constituição.

Numa palavra: se neoconstitucionalismo quer dizer "imperialismo da moral" no direito ou "moralização do direito" – a partir de discursos que pretendem corrigir exogenamente o direito –, então o neoconstitucionalismo não representa qualquer avanço na teoria do direito e na teoria constitucional. Consequentemente, perderia uma especial característica: o antipositivismo ou pós-positivismo.

**Sexta característica – Pós-positivismo:** nas palavras de Pozzolo e referidas por Oto na primeira parte da obra, "o Direito do Estado Constitucional, formado (também e sobretudo) por princípios, não seria apto para a aproximação 'rígida' e pouco 'ductil' do método juspositivista, que finalizaria por desatender as exigências de justiça (substancial e não meramente formal) que a realidade prática do direito levaria em si mesmo". Veja-se, de novo, que o embate do neoconstitucionalismo parece ser com o positivismo clássico. Essa minha observação, aliás, é recorrente no presente texto.

Acrescento que, mais do que isso, o pós-positivismo deveria ser a principal característica do neoconstitucionalismo. Deveria, mas não é. Ou seja, o neoconstitucionalismo somente tem sentido enquanto "paradigma do direito" *se for compreendido como superador do positivismo ou dos diversos positivismos*. Pós-positivismo não é uma continuidade do positivismo, assim como o neoconstitucionalismo não deveria ser uma continuidade do constitucionalismo liberal. Há uma efetiva descontinuidade de cunho paradigmático nessa fenomenologia, no interior da qual os elementos caracterizadores do positivismo são ultrapassados por uma nova concepção de direito. Penso que o ponto fundamental é que o positivismo (e falo não apenas do positivismo exclusivo) nunca se preocupou em responder o problema central do direito, por considerar a discricionariedade judicial como uma fatalidade. A razão prática – que o positivismo chama de discricionariedade – não poderia ser controlada pelos mecanismos teóricos da ciência do direito. A solução, portanto, era simples: deixemos de lado a razão prática (discricionariedade) e façamos apenas

epistemologia (ou, quando esta não dá conta, deixe-se ao alvedrio do juiz – eis o ovo da serpente gestado desde a modernidade).

Este ponto é fundamental para que fique bem claro para onde as teorias do direito *pós-positivistas* (ou *não positivistas*, o que dá no mesmo) pretendem apontar sua artilharia: o enfrentamento do problema interpretativo, que é o elemento fundamental de toda experiência jurídica. Isto significa que, de algum modo, todas as teorias do direito que se projetam nesta dimensão *pós-positivista* procuram responder a este ponto; procuram enfrentar o problema das vaguezas e ambiguidades dos textos jurídicos; procuram, enfim, enfrentar problemas próprios da chamada razão prática – que havia sido expulsa do território jurídico-epistemológico pelo positivismo<sup>18</sup>. Daí o epíteto *pós-positivismo*, que se refere à emergência de um novo modelo de teoria do direito, no interior da qual o problema da razão prática recebe uma espécie de “dignidade epistemológica”.

Ocorre que este enfrentamento é realizado por vários autores, cada um com orientações jusfilosóficas distintas. Apresento aqui uma espécie de determinação sumária de cada uma destas orientações jusfilosóficas: há um pós-positivismo de matriz analítica, que pode ser sentido em autores como Robert Alexy, bem como naqueles que o seguem no modo de sua Teoria da Argumentação Jurídica; podemos notar também uma orientação pós-positivista de cunho *discursivo-comunicacional*, que se manifesta, obviamente, na Teoria do Direito de Habermas; temos também uma matriz *estruturalista*, que está presente no pós-positivismo de Friedrich Müller, embora sofra este autor uma grande influência da hermenêutica de corte gadameriano; por fim, há um pós-positivismo de matriz hermenêutico-fenomenológico, que está presente nas obras de Ronald Dworkin, Arthur Kaufmann e, em alguma medida, em Josef Esser. Também a minha *Crítica Hermenêutica do Direito* possui esta raiz filosófica.

Cada uma destas diferentes facetas do *pós-positivismo* enfrentará o problema da razão prática de uma forma diferente. Este modo de enfrentar o problema tem um profundo impacto em cada uma das teorias, visto que é a partir dele que se projetará o modo pelo qual cuidará de resolver a questão da validade, da legitimidade e, ao mesmo tempo, definirá o significado conceitual de norma, regra, princípio etc.

Para se realizar uma efetiva teoria pós-positivista, dois elementos são, inexoravelmente, necessários: *a)* ter total consciência do nível teórico sob o qual estão assentadas as projeções teóricas efetuadas, ou seja, uma teoria pós-positivista não pode fazer uso de *mixagens teóricas*; *b)* enfrentar o problema do solipsismo epistemológico que unifica todas as formas de positivismo.

---

<sup>18</sup> É importante consignar que essa expulsão da razão prática em favor de uma plenipotenciária razão teórica é algo comum, que atravessa ambos os positivismos (tanto o primitivo-legalista; quanto o normativismo-discrecional). Com efeito, aquilo que se iniciou com a codificação e a crença na pura lógica formal para conformação dos sentidos jurídicos chegou ao paroxismo com as construções normativistas (cujo maior exemplo é Kelsen) que chegaram ao ponto de, inclusive, separar os níveis de cientificidade do mundo jurídico.

Nessa medida, é preciso ressaltar que só pode ser chamada de pós-positivista uma teoria do direito que tenha, efetivamente, superado o positivismo, tanto na sua forma primitiva, exegético-conceitual, quanto na sua forma normativista, semântico-discricionária. *A superação do positivismo implica enfrentamento do problema da discricionariedade judicial* ou, também poderíamos falar, no enfrentamento do solipsismo da razão prática. Implica, também, assumir uma tese de descontinuidade com relação ao conceito de princípio. Ou seja, no pós-positivismo, os princípios não podem mais serem tratados no sentido dos velhos princípios gerais do direito, nem como cláusulas de abertura.

**Sétima característica – O juízo de ponderação:** se o pós-positivismo tem sido considerado como o *principal* elemento diferenciador/caracterizador do neoconstitucionalismo, penso que – e aqui minha discordância com Pozzolo, Oto e Prieto Sanchís, e obviamente, Robert Alexy – *a ponderação acabou por se transformar no grande problema e, por assim dizer, em um obstáculo ao próprio neoconstitucionalismo*. O neoconstitucionalismo não pode(ria) depender de juízos de ponderação, mormente se percebermos que “ponderação” e “discricionariedade” são faces de uma mesma moeda.

Permito-me delinear minha discordância: como é sabido, a falta de concretização das Constituições programáticas demandou uma reformulação na teoria dos princípios, representada pelo abandono do chamado critério fraco de diferenciação (que considera princípio e regra com a mesma estrutura lógica hipotético-condicional e com diferentes densidades semânticas) para a adoção do critério forte de distinção, onde os princípios assumiam estrutura lógica diferente daquela que identificava a regra. Isso colocou os princípios sob o manto metodológico da ponderação (enquanto que a regra se mantinha na subsunção), permitiu novas possibilidades para os princípios e não demorou muito para que estivéssemos falando em aplicação direta mediante ponderação controlada pela proporcionalidade. Mas o fato é que esse giro não conferiu ao princípio suficiência ôntica-semântica, além de ter mantido intacto o erro originário: *o mundo prático foi jogado para “dentro” do sistema e, a partir dessa operação, pensado como tal (como sistema)*. Ou seja, o mundo prático que é concreto ou, na falta de uma melhor palavra, pragmático, paradoxalmente é retratado ao modo da abstratidade própria da ideia de sistema. A percepção originária de que os princípios não possuíam densidade semântica conteve, bem ou mal, o avanço do “pamprincipiologismo”, mas o equívoco no diagnóstico da crise fez com que os princípios elevassem o grau de discricionariedade, decisionismo e arbitrariedade. A problemática do uso da ponderação<sup>19</sup> se agrava

---

<sup>19</sup> No modo como a ponderação vem sendo convocada (e “aplicada”) em *terrae brasiliis*, tudo está a indicar que não passa daquilo que Philipp Heck chamava, na Jurisprudência dos Interesses, de *Abwägung*, que quer dizer “sopesamento”, “balanceamento” ou “ponderação”. Com a diferença de que, na *Interessenjurisprudenz*, não havia a construção da “regra da ponderação”.

com sua extensão às regras<sup>20</sup> (claro que essa extensão não é endossada por Oto, Pozzolo ou Prieto Sanchis).

De todo modo, o problema principal da ponderação é a sua filiação ao esquema sujeito-objeto e a sua dependência da discricionariedade, *ratio* final. Desse modo, se a discricionariedade é o elemento que sustenta o positivismo jurídico nos “casos difíceis” e nas vaguezas e ambiguidades da linguagem dos textos jurídicos, não parece que a ponderação seja “o” mecanismo que livre (ou arranque) o direito dos braços do positivismo. Ao contrário, a ponderação não deixa de ser a reprimenda – agora de forma sofisticada – da discricionariedade própria das posturas normativistas e de suas variações. Veja-se: a teoria da argumentação – de onde surgiu a ponderação – não conseguiu fugir do velho problema engendrado pelo subjetivismo, a discricionariedade, circunstância que é reconhecida pelo próprio Alexy.<sup>21</sup>

Por tais razões, dizer que a ponderação é um elemento caracterizador do neoconstitucionalismo está correto. Só que isso me afasta sobremodo do neoconstitucionalismo.

**Oitava característica – Especificidade interpretativa:** segundo parte da doutrina neoconstitucional (por todos, refira-se Comanducci<sup>22</sup>), a interpretação da Constituição exigiria especificidades hermenêuticas em relação aos demais “materiais normativos”. Também nesse sentido é o dizer de Pozzolo, para quem a linguagem constitucional não é interpretável com os instrumentos comumente utilizados para a interpretação do direito infra-constitucional.

Também aqui há que se fazer um delineamento acerca do lugar do qual estamos falando quando nos referimos à interpretação do direito (ou da Constituição). Se entendermos que a interpretação é uma espécie de *ars interpretandi* ou uma técnica (método), de fato haveremos de concordar com a afirmativa de Comanducci e Pozzolo.

Mas, por outro lado, se entendermos que interpretar é aplicar (*applicatio*) e que *não há* uma subdivisão entre compreender, interpretar e aplicar, então haveremos de concluir que interpretar (portanto, aplicar) *é fazer hermenêutica*. E hermenêutica é compreensão, que depende de uma pré-compreensão antecipadora. Portanto, está-se a tratar da interpretação como explicitação da

---

<sup>20</sup> Por todos, vale mencionar Humberto Ávila (*Teoria dos princípios*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009), Luis Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos (O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003), que sustentam a possibilidade de ponderação de regras.

<sup>21</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Luis Virgílio A. Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 611.

<sup>22</sup> Cf. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo, op. cit., p. 84.

compreensão, isto é, está-se a tratar da interpretação no interior da viragem ontológico-linguística.<sup>23</sup>

Por tais razões, entender que o neoconstitucionalismo exige uma “especificidade interpretativa” é colocar a Constituição como uma mera ferramenta à disposição (*Ge-stell*) do intérprete, funcionando o método como “supremo momento da subjetividade do intérprete”. Se hermenêutica é compreensão, não pode haver diferença entre “compreender infra-constitucionalidades” e “compreender constitucionalidades”. Na verdade, compreendemos um fenômeno ou não o compreendemos. E esse fenômeno nos aparece (se manifesta) no interior do círculo hermenêutico: do todo para a parte e da parte para o todo.

## 5. Aportes Finais.

Das características delineadas pelos neoconstitucionalistas e pelos seus críticos – e parece que, no âmbito, há um certo consenso em relação a esses elementos conformadores – há algumas auto-evidentes e outras não. Entre as auto-evidentes, estão o “ecletismo”, o “judicialismo ético-jurídico”, o “imperialismo do interpretativismo moral”, a “ponderação”, o “estatalismo garantista” e a “especificidade interpretativa”. Entretanto, não parecem elementos caracterizadores do neoconstitucionalismo o pós-positivismo e o conceito não-positivista de direito.

Evidentemente que as características dependem do que se entende por neoconstitucionalismo, mormente se levamos em conta a questão “positivismo” *versus* “pós-positivismo”. Para tanto, é necessário ter presente se a concepção de neoconstitucionalismo adotada supera – como uma descontinuidade – tanto a noção liberal como a noção de constitucionalismo social; do mesmo modo, há que se indagar se o neoconstitucionalismo deve ser entendido como superador do positivismo jurídico, naquilo que são os seus elementos fundantes no decorrer da história: as fontes sociais, a separação entre direito e moral e o problema da discricionariedade dos juizes. Qualquer desses elementos caracterizadores do positivismo – uma vez não compreendidos – pode colocar por terra a classificação de uma postura em neoconstitucional ou não.

De todo modo, penso que o uso do termo *neoconstitucionalismo* se tornou de tal modo problemático que a melhor opção me parece ser mesmo o seu abandono. A concretização daquilo que se manifesta historicamente como constitucionalismo depende, efetivamente, de uma teoria pós-positivista que, olhando mais de perto, não possui grande semelhança com aquilo que os teóricos do *neoconstitucionalismo* postulam.

---

<sup>23</sup> Nesse sentido, ver Streck, Verdade e Consenso, op.cit; Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. São Paulo, RT, 2013, em especial o cap. 6.

Considero que a elaboração de uma teoria pós-positivista tem de levar em conta os seguintes elementos:

**I.** Há que se ter presente que o direito do Estado Democrático de Direito supera a noção de “fontes sociais”, em face daquilo que podemos chamar de prospectividade, isto é, o direito não vem à reboque dos “fatos sociais” e, sim, aponta para a reconstrução da sociedade. Isso é facilmente detectável nos textos constitucionais, como em *terrae brasilis*, onde a Constituição estabelece que o Brasil é uma República que visa a erradicar a pobreza, etc., além de uma gama de preceitos que estabelecem as possibilidades (e determinações) do resgate das promessas incumpridas da modernidade.

**II.** Essa problemática tem relação direta com a construção de uma nova teoria das fontes, uma vez que a Constituição será o *locus* da construção do direito dessa nova fase do Estado (Democrático de Direito); conseqüentemente, não mais há que se falar em qualquer possibilidade de normas jurídicas que contrariem a Constituição e que possam continuar válidas; mais do que isso, muda a noção de parametricidade, na medida em que a Constituição pode ser aplicada sem a *interpositio legislatoris*, fonte de serôdias teorias que relativizavam a validade/eficácia das normas.

**III.** Não pode restar dúvida de que tanto a separação como a dependência/vinculação entre direito e moral estão ultrapassadas, em face daquilo que se convencionou chamar de institucionalização da moral no direito (esta é uma fundamental contribuição de Habermas para o direito: a cooriginariedade entre direito e moral), circunstância que reforça, sobretudo, a autonomia do direito. Isto porque a moral regula o comportamento interno das pessoas, só que esta “regulação” não tem força jurídico-normativa. O que tem força vinculativa, cogente, é o direito, que recebe conteúdos morais (apenas) quando de sua elaboração legislativa.

**IV.** É evidente que a elaboração legislativa não esgota – nem de longe – o problema do conteúdo do direito. Quando concordamos que as questões morais, políticas, etc., façam parte da “tarefa legislativa”, isso não quer dizer que haja, de minha parte – e, por certo, dos adeptos das posições substancialistas – uma viravolta na questão “procedimentalismo-substancialismo”. Se as posturas procedimentalistas pretendem esgotar essa discussão a partir da garantia do processo democrático de formação das leis, isso, no entanto, não esgota a discussão da concreta normatividade, *locus* do sentido hermenêutico do direito. De fato, mais do que apostar na formulação democrática do direito, há que se fazer uma aposta paradigmática, isto é, acreditar na perspectiva pós-positivista do novo constitucionalismo e sua materialidade principiológica. A virtude soberana não se dá simplesmente na formulação legislativa e na “vontade geral”. Fundamentalmente, ela será encontrada na Constituição, que estabeleceu uma ruptura com a discricionariedade política que sempre sustentou o positivismo. E isso quer dizer controle da atividade da jurisdição. Na hermenêutica, há um efetivo controle da interpretação a partir da tradição (da autoridade desta), da

obrigação da integridade, da coerência, da igualdade, da isonomia, enfim, da incorporação dos princípios constitucionais que podemos chamar aqui de virtudes soberanas em homenagem a Dworkin. Por isso, os discursos “predadores” do direito são rechaçados por essa “blindagem hermenêutica” que protege o direito produzido democraticamente. E é exatamente por isso que é possível sustentar respostas adequadas à Constituição, portanto, apostar em uma teoria da decisão e não apenas em uma teoria da legislação. Múltiplas respostas dizem respeito ao relativismo, e, portanto, estão umbilicalmente relacionadas com o positivismo.

Numa palavra final, há uma angústia que perpassa o imaginário dos juristas preocupados com o direito para além de suas clássicas funções. O constitucionalismo engendrado a partir do segundo pós-guerra deu azo ao surgimento de uma teoria cuja função é a de propiciar as condições para a efetiva realização dos conteúdos materiais dos textos normativos (Constituições). Com os qualificativos ou caracterizações que a ela se dê, pode-se dizer, antes de qualquer discussão, que a superação do positivismo – seus problemas, suas insuficiências e suas indiferenças – exigiu, e ainda exige, uma teoria que albergue as diversas posturas que pretendem dar significação e concretização ao novo paradigma constitucional.

## Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Luis Virgilio A. Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel; 2004.

\_\_\_\_\_. Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico. In: FERRAJOLI, Luigi; MORESO, José Juan; ATIENZA, Manuel. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008.

\_\_\_\_\_. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

\_\_\_\_\_. Dos versiones del constitucionalismo. In.: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 4, n. 1, janeiro-junho, p. 29-39, 2012.

\_\_\_\_\_; MANERO, Juan Ruiz. *Sobre principios e regras*. In: *Panóptica*, v.4, n.3, p. 49-68, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia y imperialismo de la moral. In: CARBONELL, Miguel (Org.), *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Trota, 2003.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, maio/agosto de 2009, pp. 139-175.

MORESO, José Juan. Conflito entre Principios Constitucionales. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, pp. 99-121.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo, RT, 2013.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Consenso*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOMÁZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

*Artigo recebido em 10 de dezembro de 2014.  
Artigo aprovado para publicação em 14 de dezembro de 2014.*

DOI: 10.11117/1982-4564.07.13



Observatório da Jurisdição  
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.  
Ano 7, no. 2, jul./dez. 2014. ISSN 1982-4564.

## O Poder Executivo na construção do Direito Constitucional: uma breve análise do caso brasileiro

*Jorge Octávio Lavocat Galvão\**

**Resumo:** O presente artigo tem como escopo analisar as intrincadas relações estabelecidas entre a Jurisdição Constitucional e o Poder Executivo. Argumenta-se que a tese de que a Suprema Corte seria essencialmente um órgão contramajoritário em uma democracia não leva em consideração a constante e intensa interferência que o Poder Executivo exerce na definição de sentido da Constituição Federal, devendo ser repensada a partir desta constatação.

**Palavras-chave:** Jurisdição  
Constitucional; Premissa  
Contramajoritária; Poder Executivo.

**Abstract:** This article analyzes the inter-relations between judicial review and the Executive branch. It is argued that the thesis that the Supreme Court is a contramajoritarian device in a democracy does not take into consideration the continuing and intense interference of the Executive branch in the process of constitutional construction, reason why that thesis should be rethought.

**Keywords:** Judicial Review,  
Contramajoritarian Premise; Executive  
branch.

\* Procurador do Distrito Federal, Professor-substituto da UnB, Professor da Graduação é Pós-Graduação do IDP, Doutor em Direito Constitucional pela USP, Mestre em Direito pela NYU e Visiting Researcher pela Universidade de Yale (2012).

## 1.

---

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, o Poder Executivo assume uma série de funções expressamente previstas na Constituição Federal de 1988, como, por exemplo, o de iniciar processo legislativo de determinadas matérias (art. 61, §1º c/c art. 84, III), a expedição de decretos para o fiel cumprimento da lei (art. 84, IV), exercer a direção superior da administração federal (art. 84, I), entre outras. Há, inclusive, hipótese excepcional de exercício do controle de constitucionalidade por parte do Presidente da República, consubstanciada na possibilidade de veto de projeto de lei que fira a Carta Magna (art. 66, §1º).

Para além de tais atribuições expressas, a prática constitucional nos mostra que há uma série de funções implícitas conferida ao Poder Executivo na construção do significado da própria Constituição, algo que é muito pouco explorado pela doutrina. Com efeito, a partir de uma análise mais aprofundada dos casos constitucionais, é possível identificar que o Poder Executivo interfere diretamente no resultado dos julgamentos, sendo verdadeiro partícipe, ao lado do Supremo Tribunal Federal, na definição do direito constitucional pátrio. O objetivo do presente trabalho é explorar um pouco mais essa relação não muito óbvia entre o exercício das competências do Poder Executivo e o processo de densificação das normas constitucionais.

## 2.

---

O primeiro ponto que merece melhor elucidação diz respeito à legitimidade da interferência do Poder Executivo na definição dos casos constitucionais. Para as teorias que enxergam o Supremo Tribunal Federal como o guardião da Constituição a partir de seu desenho institucional contramajoritário, expressão cunhada por Alexander Bickel<sup>1</sup>, tal interferência seria ilegítima. De acordo com essa visão, o papel dos tribunais seria exatamente o de fazer um contrapeso às decisões políticas majoritárias, o que exigiria certo distanciamento dos demais atores institucionais do Estado, especialmente do Poder Executivo. Sob esse viés, o distanciamento/imunização da política seria medida necessária para que os juízes atuassem com independência ao julgar casos que contrariem os interesses dos políticos e, especialmente, do Governo. A legitimidade da jurisdição constitucional – enquanto órgão composto de juízes não eleitos que eventualmente invalida decisões tomadas por representantes escolhidos pelo povo – residiria, portanto, nesta capacidade das Cortes de contramajoritariamente reconhecer que determinados direitos precedem e vinculam as escolhas políticas.

É nessa perspectiva que, por exemplo, Ronald Dworkin classifica a Suprema Corte estadunidense como um *fórum de princípios*, no qual os direitos

---

<sup>1</sup> BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press, 2ª ed., 1986.

fundamentais serviriam como *trunfos* contra as maiorias<sup>2</sup>. Como, então, nesse contexto, reconhecer que o Poder Executivo influencia na definição do conteúdo da Constituição Federal e, conseqüentemente, na definição e reconhecimento dos próprios direitos fundamentais? Em outras palavras, não seria contraditório afirmar que o Poder Executivo teria capacidade de interferir no processo de interpretação constitucional, sendo que o objeto de várias das decisões constitucionais seria exatamente o de reconhecer direitos contra a maioria representada pelo Poder Executivo?

Se no campo teórico o insulamento da Corte Constitucional é muitas vezes festejado como um mecanismo de descolamento dos juizes do ambiente de barganhas da política - o que lhe daria a imparcialidade necessária para vencer o determinismo social e impor uma agenda jurídica progressista -, o que se verifica na prática é que os tribunais estão inseridos dentro da engrenagem política, influenciando e sendo influenciados por outros atores institucionais. Assim, ainda que se possa defender que haja uma diferença entre a lógica preponderante na política e no direito<sup>3</sup>, o fato é que tanto as cortes como os demais órgãos representativos exercem parcela do poder político estatal, havendo uma intrincada rede de inter-relações entre os Poderes que não vem sendo devidamente explorada pelas tradicionais teorias constitucionais que romantizam o papel das Cortes na proteção dos direitos fundamentais.

Partindo exatamente da constatação de que a Suprema Corte norte-americana exerce poder político, Robert Dahl<sup>4</sup>, em artigo publicado nos idos de 1956, após realizar uma extensa análise dos casos em que a Corte havia declarado a inconstitucionalidade de leis federais, chegou a algumas conclusões que invalidam, de certa maneira, a crença no papel contramajoritário dos tribunais, quais sejam: i) a principal função da Corte é legitimar as políticas públicas adotadas pelos governantes, já que as suas decisões normalmente estão alinhadas com as preferências da maioria política no poder; e (ii) a Corte pode eventualmente estabelecer políticas públicas sobre temas que não possuam o apoio de uma coalizão política estável, desde que haja relativo consenso dos líderes políticos sobre o teor da medida, citando como exemplo o caso *Brown v. Board of Education*<sup>5</sup>, decisão em que se ordenou o fim das políticas de segregação racial nas escolas públicas norte-americanas.

Ou seja, Robert Dahl constatou que, ordinariamente, a Suprema Corte age de maneira convergente com as posições das lideranças políticas federais. Assim, a melhor imagem dos juizes constitucionais não seria a de um árbitro, que

---

<sup>2</sup> DWORKIN, Ronald. The Forum of Principle. *New York Law Review*, vol. 56, nº. 2, p. 469-518, 1981.

<sup>3</sup> Para uma defesa da existência de uma lógica jurídica própria, cf. GALVÃO, Jorge. *O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>4</sup> DAHL, Robert. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, n. 6, p. 279-295, 1957.

<sup>5</sup> *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954)

analisa eventuais transgressões das normas por parte dos demais atores políticos, mas a de verdadeiro parceiro, que auxilia na concretização de determinadas políticas públicas, legitimando-as sob a linguagem do direito constitucional. O caráter aberto das principais cláusulas constitucionais, mormente aquelas que estabelecem direitos fundamentais, torna possível que a Corte amolde a sua interpretação às exigências político-sociais circunstanciais. Na jurisprudência norte-americana, por exemplo, a atualidade do pensamento de Dahl fica evidente no voto do *Chief Justice* John Roberts pela constitucionalidade dos principais pontos do *Affordable Care Act*, ou "Obama Care": um *Justice* de notórios laços republicanos cujo voto manteve em pé uma das mais importantes políticas públicas do Governo democrata<sup>6</sup>.

Percebe-se, pois, que o processo de significação do direito constitucional envolve muito mais do que meras interpretações jurídicas do texto constitucional, mas depende da interação dos diversos atores políticos na transformação de questões políticas em casos constitucionais relevantes. Ou seja, o direito constitucional não se apresenta como um conjunto de regras estanques, que são aplicadas rigidamente por juízes, mas como um projeto em evolução, que se adequa às necessidades de cada geração, a partir de uma interlocução entre os diversos atores políticos e a Corte. É por tal razão que alguns constitucionalistas norte-americanos buscaram compreender e destacar o papel do Poder Executivo nesse processo.

### 3.

---

O Professor Bruce Ackerman, da Universidade de Yale, em sua obra "Nós, o Povo Soberano"<sup>7</sup>, tenta, a partir do ferramental da Ciência Política, identificar o processo cíclico de ressignificação do texto constitucional norte-americano ao longo de sua história. A tese defendida pelo referido autor é a de que existiria, nos Estados Unidos, uma *democracia dualista*: em hipóteses de extraordinária comoção política, o povo norte-americano iniciaria um processo político de redefinição de sua identidade constitucional, configurando o que o autor denomina de *momento constitucional*; já na maior parte do tempo, as decisões coletivas são tomadas pelos representantes democraticamente eleitos, por meio do que o autor denomina de *política ordinária*, sem que haja a participação direta dos cidadãos. A democracia dualista, portanto, se caracterizaria pela ocorrência, ao longo da história, de alguns momentos de *política extraordinária* que redefiniriam as bases para o exercício da *política ordinária*. Nesse sentido, o papel da Suprema Corte seria o de preservar os compromissos assumidos pelo povo nos *momentos constitucionais*, impedindo que a política ordinária os subverta.

---

<sup>6</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. (2012)

<sup>7</sup> ACKERMAN, Bruce. *Nós, o Povo Soberano: Fundamentos do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Ocorre que, no pensamento de Ackerman, nem todo momento constitucional insere uma emenda formal à Constituição. É possível que o novo compromisso constitucional afirmado pelo povo modifique a compreensão dos próprios cidadãos, inclusive dos juízes, sobre o sentido de determinadas cláusulas constitucionais, sem que haja a alteração do texto constitucional. Assim, ainda que não haja qualquer emenda constitucional propriamente dita, o autor afirma ser possível verificar, a partir das decisões prolatadas pela Suprema Corte, que houve uma *mudança constitucional*. Para corroborar o seu entendimento, o autor afirma que a política do *New Deal*, implementada pelo Presidente Roosevelt na década de 30, configurou-se verdadeiro *momento constitucional*, o que pôde ser percebido pela guinada jurisprudencial da Suprema Corte, que abandonou as teses do *laissez-faire* de outrora e acabou chancelando políticas estatais intervencionistas.

Para facilitar a identificação desses chamados *momentos constitucionais*, Ackerman cataloga a sequência de fatos que os antecedem: segundo o autor, ordinariamente há diversas reivindicações em ebulição na sociedade contra a ordem política vigente, sendo que a maioria delas não sucedem na arena política. Os casos bem sucedidos normalmente dependem do endosso pelo Presidente da República, que passa a defender abertamente determinada demanda política – como, por exemplo, o fim da segregação racial –, sendo apoiado por seu partido político. Ademais, para que a demanda se torne foco de uma política extraordinária, é necessário que a população se engaje no debate sobre o tema, o que normalmente ocorre nas eleições presidenciais subsequentes, nas quais a questão se torna um dos principais pontos de divergência entre os candidatos concorrentes. Caso o partido do proponente saia vencedor em sucessivas eleições e o partido oponente não mais rejeite tal bandeira política, mas apenas questione o seu significado futuro, então a Suprema Corte acaba por legitimá-la na linguagem do direito constitucional. Para Ackerman, o estabelecimento de uma maioria convergente nos três poderes é um indício de que ocorreu uma transformação no sentido da Carta Magna<sup>8</sup>.

Vê-se que, para o autor, o resultado dos casos constitucionais está intimamente ligado ao processo político no qual o caso foi gerido, sendo o Poder Executivo um dos principais, senão o principal, ator institucional a deflagrar a ressignificação das cláusulas constitucionais a partir do endosso de lutas políticas relevantes. Ackerman, contudo, ainda trabalha tentando estabelecer conexões abstratas entre a relação dos poderes e eventual mudança constitucional, sem especificar quais mecanismos concretos levam a essa interlocução entre o Poder Executivo e o Judiciário.

Jack Balkin, outro constitucionalista da Universidade de Yale, tem como escopo diagnosticar essas pontes institucionais entre a política e o direito constitucional<sup>9</sup>. Balkin sustenta que as interpretações constitucionais levadas a

---

<sup>8</sup> Cf., também, ACKERMAN, Bruce. *The Living Constitution*. *Harvard L. Rev.* n.º 126, 2006-2007, p. 1738.

<sup>9</sup> BALKIN, Jack. *Living Originalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

cabos pelas Cortes não podem ser consideradas como as únicas interpretações legítimas da Constituição, sendo, na verdade, fruto de um processo maior de construção constitucional, que ocorre a todo instante na comunidade política. As leis aprovadas pelo Congresso e os decretos editados pelo Poder Executivo, por exemplo, são construções constitucionais, na medida em que são aplicações de determinadas competências constitucionais, formando uma rede interligada de decisões que, no todo, moldam a nossa compreensão sobre a Constituição Federal. O direito constitucional, portanto, é o resultado dessa interação dinâmica de construção constitucional, havendo uma relação de causalidade entre os atos de diversos atores institucionais e os resultados jurisprudenciais dos casos constitucionais relevantes.

A tese de Balkin, quando comparada à de Ackerman, é mais realista ao perceber que mudanças de orientação jurisprudencial estão intimamente ligadas ao perfil das indicações dos juízes pelos Presidentes e à pressão exercida sobre a Corte em determinados casos. Com relação ao primeiro ponto, o autor afirma que o Poder Executivo tende a escolher magistrados que se aproximem de suas pré-compreensões de mundo, de maneira que seu legado acaba se perpetuando para além do mandato presidencial, já que os juízes normalmente permanecem no cargo por vários anos após sua indicação. Já o segundo ponto salienta quanto a Corte é permeável a pressões de determinados atores políticos. Sustenta, assim, que determinadas bandeiras políticas endossadas pelo Poder Executivo, por partidos políticos ou por movimentos sociais influentes têm mais chances de serem transformadas em direito constitucional do que se arguidas por outros agentes. É nesse contexto que Balkin lança mão dos conceitos *on-the-wall* e *off-the-wall*, concernentes à capacidade de um agente, como o Poder Executivo, colocar, ou não, um caso na agenda da Suprema Corte. Caso seja bem sucedido em transformar uma questão meramente política em um caso constitucional apreciado pela Corte, diz-se que a questão está *on-the-wall*.

A partir das premissas de Balkin, é possível concluir que o direito constitucional está em constante mutação, sendo que o Presidente da República possui mais chances de ver transformar suas convicções políticas em direito constitucional quanto maior for a pressão social exercida sobre a Corte e quanto maior for o número de juízes por ele indicados. A partir de tais constatações no âmbito do direito constitucional norte-americano, é possível perceber alguns elementos na prática constitucional brasileira que parecem indicar essa mesma interação institucional em nosso contexto.

#### 4.

---

Não há dúvidas de que o direito constitucional brasileiro vivenciou na última década uma profunda transformação: o protagonismo atual do Supremo Tribunal Federal é fruto de uma mudança de compreensão sobre o papel da Corte na democracia brasileira. Coincidentemente, este período marca a ascensão do Partido dos Trabalhadores ao Poder Federal. Seria possível traçar um paralelo

entre a mudança do perfil da Corte e a orientação programática do partido governista?

No Brasil, diferentemente dos Estados Unidos, não há uma distinção clara entre juízes liberais e conservadores, o que dificulta a análise. É possível, contudo, verificar algumas evidências. O Partido dos Trabalhadores historicamente assumiu uma postura política de promoção dos direitos de minorias, como direitos dos indígenas, de gênero e de igualdade racial. Ao longo do governo petista, por exemplo, foram criadas a Secretaria de Políticas para as Mulheres e a Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. Nesse mesmo período, houve um incremento na jurisprudência sobre esses temas, que passaram a integrar a agenda da Corte. Assim, pode-se inferir que o julgamento de alguns casos constitucionais relevantes não tenha sido mera obra do acaso, mas fruto de um processo político mais amplo, podendo ser citados, como casos relevantes, a PET nº. 3.388 (Raposa Serra do Sol), a ADPF nº. 54 (aborto de fetos anencefálicos), a ADPF nº. 132 (casamento homo afetivo) e a ADPF nº. 186 (cotas raciais na UnB).

A própria doutrina constitucional parece ter sido afetada pela agenda política do partido governista. Com efeito, é fato notório que uma das diretrizes econômicas mais relevantes dos governos petistas relaciona-se à redistribuição de renda, seja por meio de programas sociais e por meio do aumento real do salário mínimo. No contexto, a ascensão da chamada doutrina neoconstitucional, endossada expressamente por alguns ministros, não se apresenta como algo acidental: os autores neoconstitucionalistas brasileiros pregam o uso instrumental do direito constitucional para a promoção de justiça social<sup>10</sup>. Ou seja, há uma identidade de agendas que não pode ser menosprezada.

É importante salientar, ademais, que não só as indicações para o cargo do ministro do STF parecem ser relevantes para o amoldamento do direito constitucional. No caso brasileiro, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República participam ativamente na jurisdição constitucional (art. 103, §§ 1º e 3º, da CF/88), de maneira que o perfil de atuação dos indicados para estes cargos acaba influenciando no resultado final dos casos. Cite-se, como exemplo, a ADI nº. 3.082, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, na qual se questionava instrução normativa do TST que obstava a inscrição de portadores de deficiência física em concurso público, quando estes necessitassem, para fazer a prova, de intermediários permanentes. O então Advogado-Geral da União ao invés de defender a constitucionalidade do ato, que seria o seu *múnus* constitucional, sustentou que norma violaria os princípios da igualdade e da dignidade, requerendo a procedência da ação.

Já no caso da ADPF nº. 165, na qual se discute a constitucionalidade dos planos econômicos das décadas de 80 e 90, é notória a influência do Advogado-Geral da União, que busca postergar o julgamento do caso para minimizar os

---

<sup>10</sup> Explico-me melhor nos capítulos 2 a 4 do livro GALVÃO, Jorge. *O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

eventuais prejuízos que os bancos, incluídos os bancos públicos, terão caso a ação seja julgada favoravelmente aos poupadores. Nesse caso específico, o Poder Executivo age no intuito de retirar o caso da agenda da Corte, para colocá-lo *off-the-wall*, na feliz expressão de Jack Balkin, tendo sido bem sucedido até o momento.

Por outro lado, um caso marcante, que demonstra a permeabilidade da Corte à pressão exercida por determinados atores políticos, que conseguem colocar alguns temas *on-the-wall*, pode ser verificada na ADI nº. 4.467, ajuizada às vésperas das eleições gerais de 2010 pelo Partido dos Trabalhadores, que questionava a razoabilidade da exigência legal de dupla identificação do eleitor. Não obstante o seu extenso estoque de processos, o Supremo Tribunal Federal, em menos de 5 dias, decidiu em Plenário pela concessão de medida cautelar, afastando tal exigência para o pleito que seria realizado em menos 15 dias.

Adverte-se que tais considerações não devem ser entendidas como críticas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Tais apontamentos apenas revelam o óbvio: há uma intensa troca de experiências entre a Corte e demais atores institucionais. A convergência de agendas não revela uma subversão da jurisdição constitucional, mas que há um processo de aprendizagem e convencimento mútuo entre a política e o Poder Judiciário. Assim, os juízes não chegam a tais conclusões por má-fé ou porque foram corrompidos, mas por concluírem que tais interpretações constitucionais são as melhores possíveis diante de determinado contexto político-social. E os dados que subsidiam tal conclusão são em grande parte produzidos por agentes políticos que agem em nome Poder Executivo, que obviamente tem interesse no caso.

## 5.

---

Tais observações indicam uma intensa comunicação entre o Poder Executivo e a jurisdição constitucional que merece ser, ao invés de escamoteada, mais bem trabalhada pelos doutrinadores, que devem: i) ou teorizar sobre a legitimidade da Corte sob esse viés de interferência dos órgãos majoritários; ii) ou sugerir alternativas institucionais para minimizar tal interferência, ressaltando o seu papel contramajoritário.

## Referências Bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o Povo Soberano: Fundamentos do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. The Living Constitution. *Harvard L. Rev.* nº. 126, 2006-2007, pp. 1737-1812.

BALKIN, Jack. *Living Originalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press, 2ª ed., 1986.

DAHL, Robert. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, n. 6, p. 279-295, 1957.

DWORKIN, Ronald. The Forum of Principle. *New York Law Review*, vol. 56, nº. 2, 1981, pp. 469-518.

GALVÃO, Jorge. *O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

### **Legislação e Jurisprudência**

ESTADOS UNIDOS. SUPREMA CORTE. *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

ESTADOS UNIDOS. SUPREMA CORTE. *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. (2012).

*Artigo recebido em 10 de dezembro de 2014.*

*Artigo aprovado para publicação em 14 de dezembro de 2014.*

DOI: 10.11117/1982-4564.07.14



Observatório da Jurisdição  
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.  
Ano 7, no. 2, jul./dez. 2014. ISSN 1982-4564.

## Omissões inconstitucionais e mandados constitucionais de criminalização: o Mandado de Injunção nº 4733 e a criminalização da homofobia

*Eric Baracho Dore Fernandes\**

**Resumo:** O objeto deste trabalho diz respeito a um aspecto específico do problema da inconstitucionalidade por omissão na jurisdição constitucional brasileira: os mandados constitucionais de criminalização. A Constituição brasileira de 1988 impôs ao legislador a tipificação de diversas condutas consideradas especialmente reprováveis pelo poder constituinte originário, a exemplos do art. 5º, incisos XLII e XLIII e 7º, X. Quais os efeitos jurídicos dessa imposição constitucional? Eventual inconstitucionalidade por omissão seria sindicável pelo Judiciário? É o que se pretende debater, com especial enfoque para o recente debate acerca da criminalização da homofobia..

**Palavras-chave:** Inconstitucionalidade por omissão, Mandados constitucionais de criminalização, Controle de constitucionalidade.

**Abstract:** This paper broaches one of many problems regarding the unconstitutional omissions in Brazilian Judicial Review: the constitutional warrants of criminalization. Brazil's current Constitution imposes to the Legislative Branch the criminalization of several conducts that were considered specially severe by the Constituent Power, such as the articles 5th, XLII and XLIII and 7th, X. What are the effects of such warrant? An omission regarding such warrants could be corrected by the Judicial Branch? That's what this paper intends to discuss, with emphasis on the recent controversy regarding homophobia.

**Keywords:** Unconstitutional omission, Constitutional warrants of criminalization, Judicial review.

\* Advogado. Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor de Direito Constitucional na Universidade Veiga de Almeida desde 2014

## 1. Introdução

O estudo da inconstitucionalidade por omissão ainda é matéria objeto de profundos questionamentos no âmbito do direito constitucional. Não somente a concepção teórica do que efetivamente seja a inconstitucionalidade por omissão, mas também a necessidade de aprimoramento de seus instrumentos típicos de controle ainda justificam que a matéria seja enfrentada por trabalhos específicos<sup>1</sup>, tendo em vista a dificuldade prática em aplicar instrumentos tradicionalmente pensados para a inconstitucionalidade por ação<sup>2</sup>.

A necessidade de contribuir para o aprofundamento do tema parece ainda mais clara diante de algumas hipóteses bastante particulares de inconstitucionalidade por omissão que parecem gerar perplexidades em campos específicos do direito. E, para o que interessa ao objeto deste trabalho, o direito penal. Como se sabe, a Constituição impõe ao legislador *mandados constitucionais de criminalização*<sup>3</sup>, a exemplos do art. 5º, incisos XLII<sup>4</sup> e XLIII<sup>5</sup> e 7º, X<sup>6</sup>. Quais os efeitos jurídicos dessa imposição constitucional? Eventual inconstitucionalidade por omissão seria sindicável pelo Judiciário? Se a resposta for positiva, em que hipóteses?

A complexidade de tais questões ganhou notoriedade no meio jurídico a partir dos debates relativos ao Mandado de Injunção nº 4.733, por meio do qual a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Travestis e Transexuais (ABGLT) requereu a criminalização específica de todas as formas de homofobia ou transfobia. O pedido não foi conhecido pelo relator, tendo também o Procurador Geral da República apresentado parecer desfavorável. Interposto agravo regimental em face desta decisão, a questão ainda pende de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. É importante destacar que em relação ao agravo regimental, o Ministério Público Federal modificou o entendimento anteriormente exarado, o que poderá vir a influenciar no julgamento do recurso.

---

<sup>1</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1152 e ss.

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011, p. 53-54.

<sup>3</sup> Poucas são as pesquisas acadêmicas profundas sobre o tema, sendo possível destacar na experiência comparada a obra da professora Maria Conceição Ferreira da Cunha (CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Imprensa: Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1995) e, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, a pesquisa de Renata Athayde Barbosa a respeito dos mandados constitucionais de criminalização, com especial atenção ao caso do terrorismo (art. 5º, XLIII). BARBOSA, Renata Athayde. *Os mandados constitucionais de criminalização - O paradigma do terrorismo*. Dissertação de mestrado. Mimeo, 2013.

<sup>4</sup> Eis a redação: "XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei". XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem."

<sup>5</sup> "Art. 5º (...) XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem."

<sup>6</sup> "Art. 7º (...) X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa."

Há, também, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão com o mesmo objeto em tramitação no Supremo Tribunal Federal.

O cenário acima exposto justifica uma reflexão mais aprofundada sobre o tema, discutindo-se o regime jurídico dos mandados constitucionais de criminalização sob a vigência da Constituição de 1988, dando-se especial atenção para a controvérsia atual acerca da criminalização judicial da homofobia.

## **2. Mandado de Injunção e criminalização da homofobia: o Mandado de Injunção nº 4.733.**

Em 10 de maio de 2012, foi distribuído o Mandado de Injunção nº 4.733/DF, ajuizado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Travestis e Transexuais (ABGLT). Neste Mandado de Injunção coletivo, a associação impetrante pretendia:

“Obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) um pressuposto inerente à cidadania da população LGBT na atualidade.”

A Advocacia Geral da União apresentou parecer, sustentando a inexistência de comando constitucional específico que criminalize a homofobia, de modo que a associação impetrante pretendia instituir um conjunto normativo próprio, violando-se a reserva legal em matéria penal (art. 5º, XXIX da Constituição). O Procurador Geral da República, por sua vez, também opinou em sentido contrário à pretensão do impetrante, acrescentando como argumentos a existência de Projeto de Lei (PJ 122/2006) em tramitação no Congresso Nacional e a existência de tutela penal suficiente para amparar o bem jurídico que se queria proteger (a existência de crimes de lesão corporal, homicídio e crimes contra a honra).

O relator, Ministro Ricardo Lewandowski, acolheu os pareceres da AGU e PGR para considerar não cabível o Mandado de Injunção para a finalidade pretendida, tendo invocado como fundamento mais relevante para tanto a ausência de um mandado de criminalização que constituísse um direito fundamental a ser tutelado pelo remédio constitucional:

“Com efeito, é firme a jurisprudência desta Corte com relação à necessidade de se detectar, para o cabimento do writ injuncional, a existência inequívoca de um direito subjetivo, concreta e especificamente consagrado na Constituição Federal,

que não esteja sendo usufruído por seus destinatários pela ausência de norma regulamentadora exigida por essa mesma Carta.”

Interposto agravo regimental, o Procurador Geral da República modificou o entendimento anteriormente manifestado, a partir dos seguintes fundamentos: (i) omissão inconstitucional que inviabilizaria o exercício de direitos fundamentais à identidade de gênero e liberdade de expressão; (ii) violação ao princípio da igualdade; (iii) possibilidades do Mandado de Injunção enquanto instrumento de diálogos constitucionais; (iv) possibilidade de deferimento do pedido em extensão menos ampla, tão somente para notificar o Congresso Nacional da mora legislativa; (v) a excessiva demora na tramitação do Projeto de Lei sobre o tema; (vi) o cabimento de decisões aditivas em sede de Mandado de Injunção, cujo ônus argumentativo é menor diante da aplicação analógica de legislação já existente (Lei 7.716/1989); (vii) a possibilidade de decisão aditiva que criminalize a homofobia a partir de parâmetros próprios, podendo o Supremo utilizar os critérios do Projeto de Lei ainda em tramitação; (viii) que a existência de um dever específico de atuação pode ser extraída do art. 5º, incisos XLI e XLII; (ix) existência de compromissos internacionais firmados pela República Federativa do Brasil; e (x) violação do princípio da proporcionalidade por proteção insuficiente.

A mudança de posicionamento do PGR gerou forte reação no meio acadêmico. Em artigo publicado na revista eletrônica *Consultor Jurídico*, os professores Lênio Streck, Ingo Sarlet, Clèmerson Merlin Clève, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Flávio Pansieri apresentaram forte crítica à tese defendida pelo impetrante e pelo Procurador Geral da República. Os autores defenderam que (i) o art. 5º, XLI não menciona expressamente que a punição de discriminações atentatórias contra os direitos fundamentais se fará por meio de tutela penal, como faria, por exemplo, o art. 5º, XLII; (ii) óbice na legalidade estrita em matéria penal, conforme o art. 5º, XXIX da Constituição; (iii) não havendo mandado constitucional de criminalização da homofobia, o Judiciário estaria se substituindo ao juízo político do Legislativo; (iv) que a tese da proteção insuficiente jamais teria sido usada para fundamentar a criminalização judicial de condutas; (v) a ausência de um direito subjetivo inviabilizado pela omissão; (vi) que os *fins* pretendidos, ainda que nobres, não legitimariam os *meios* pretendidos pela associação impetrante, devendo tal questão ser discutida pelos meios constitucionalmente adequados e sem o comprometimento de outros princípios relevantes (a exemplo do mencionado art. 5º, XXIX)<sup>7</sup>.

Em resposta aos autores acima mencionados, o advogado subscritor do Mandado de Injunção, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, publicou artigo na mesma revista eletrônica. É possível sintetizar os seguintes fundamentos na réplica

---

<sup>7</sup> CLEVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, STRECK, Lênio Luiz; PANSIERI, Flávio. *Senso Incomum. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>>. Acesso em: 10/09/2014.

apresentada: (i) com fundamento na ideia de Constituição dirigente, há de se superar a concepção segundo a qual é preciso identificar uma norma constitucional de eficácia limitada como parâmetro de controle para o Mandado de Injunção; (ii) que normas de outros ramos do Direito têm sido insuficientes para proteger os direitos fundamentais que se quer tutelar por meio do Mandado de Injunção; (iii) que a teoria da proteção insuficiente seria cabível para criminalizar condutas, mesmo que a doutrina alemã não a tivesse concebido para tal finalidade, tendo em vista um *garantismo penal positivo*; (iv) que a homofobia se enquadraria no art. 5º, XLI e que este inciso indubitavelmente imporiria um mandado de criminalização, em razão da a) posição topográfica do inciso XLI e b) da repreensão mais severa que se faria necessária para reprimir crimes motivados pelo discurso do ódio; (v) que as razões do precedente firmado no caso *Ellwanger* permitiriam que se interpretasse extensivamente o conceito de "racismo" do art. 5º, XLII; (vi) que a supremacia da Constituição e sua força normativa justificariam que o Judiciário legisse atipicamente diante da inércia do poder Legislativo<sup>8</sup>.

As questões controversas existentes no *hard case* em questão giram, basicamente, ao redor de dois eixos centrais: (i) a identificação de um mandado constitucional de criminalização, e (ii) as consequências jurídicas da identificação de um mandado constitucional de criminalização. É o que se pretende discutir a partir das categorias identificadas no capítulo a seguir, sem a pretensão de esgotar o debate quanto ao tema, mas tão somente de contribuir com reflexões capazes de aprofundar as reflexões até então existentes.

### 3. Os mandados constitucionais de criminalização.

Como se sabe, a Constituição impõe ao legislador *mandados constitucionais de criminalização*<sup>9</sup>, a exemplos do art. 5º, incisos XLII<sup>10</sup> e XLIII<sup>11</sup> e 7º, X<sup>12</sup>. Quais os efeitos jurídicos dessa imposição constitucional? Eventual

---

<sup>8</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *O Mandado de Injunção e a criminalização de condutas*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-26/paulo-iotti-mandado-injuncao-criminalizacao-condutas>>. Acesso em: 10/09/2014.

<sup>9</sup> Poucas são as pesquisas acadêmicas profundas sobre o tema, sendo possível destacar na experiência comparada a obra da professora Maria Conceição Ferreira da Cunha (CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Imprensa: Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1995) e, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, a pesquisa de Renata Athayde Barbosa a respeito dos mandados constitucionais de criminalização, com especial atenção ao caso do terrorismo (art. 5º, XLIII).

<sup>10</sup> Eis a redação: "XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei". XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem."

<sup>11</sup> "Art. 5º (...) XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem."

<sup>12</sup> "Art. 7º (...) X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa."

inconstitucionalidade por omissão seria sindicável pelo Judiciário? Se a resposta for positiva, em que hipóteses? A resposta a tais perguntas constitui um dos temas de maior complexidade no debate sobre a inconstitucionalidade por omissão no Brasil.

Em relação a trabalhos de maior fôlego, parece que o debate mais profundo sobre o tema é a obra da professora portuguesa Maria da Conceição Ferreira da Cunha<sup>13</sup>. Apesar de a Constituição portuguesa de 1976 só prever uma hipótese expressa de mandado constitucional de criminalização (art. 120, nº 3 da referida Constituição), a pesquisa desenvolvida pela autora em referência é capaz de contribuir com elementos teóricos capazes de subsidiar algumas reflexões iniciais sobre o caso brasileiro, cuja Constituição traz um número consideravelmente maior de imposições do gênero.

Primeiramente, a autora distingue a criminalização *legítima* e a criminalização *obrigatória*. Nem toda criminalização *legítima* seria *obrigatória*, na medida em que a tipificação de uma conduta normalmente envolveria um juízo de ampla discricionariedade legislativa para identificar o direito penal como a via mais adequada para a proteção do valor ou bem juridicamente tutelado. Entender em sentido contrário significaria afirmar que o direito penal deveria tutelar todos os valores constitucionalmente previstos. Entretanto, ainda que a criação de determinado tipo penal esteja em conformidade aos limites constitucionais ao poder de punir, a autora aponta que o caráter fragmentário do direito penal – como decorrência da aplicação do princípio (ou postulado) da proporcionalidade<sup>14</sup> – impõe que somente seja punível o comportamento capaz de lesar ou ameaçar de forma mais grave os valores juridicamente protegidos. Assim, em princípio, a Constituição traçaria somente os limites da atividade legislativo-criminalizadora, cabendo ao Judiciário, no exercício do controle de constitucionalidade, analisar a conformação da criminalização a tais limites. Em outras palavras, não se poderia confundir o limite *máximo* (criminalização legítima) com o limite *mínimo* (criminalização obrigatória) de intervenção penal<sup>15</sup>.

Não há dúvidas de que a criminalização da homofobia constitui, a princípio, um exemplo de *criminalização legítima*. Outra questão, *muito mais complexa*, é a possibilidade de se reconhecer hipóteses de criminalização obrigatória, derivada de um dever constitucional de proteção. Em outras palavras, se a proteção suficiente de determinado bem ou valor constitucionalmente protegido exige o direito penal como um meio obrigatório para fazê-lo. A questão não é tão simples quanto parece, na medida em que o debate não se restringe aos mandados *expressos* de criminalização. Estaria dentro da liberdade

---

<sup>13</sup> CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Imprensa: Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1995.

<sup>14</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª edição, ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>15</sup> CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Op. Cit.*, p. 289-297.

de conformação do legislador a revogação expressa de, por exemplo, todos os crimes previstos pelo Código Penal?

Eis as reflexões da autora a respeito das dificuldades existentes a respeito do tema:

“Mas será esta uma posição de sufragar? Existirá, de facto, um núcleo próprio do Direito Penal, que por essência lhe pertença, podendo-se defender a existência de imposições constitucionais de criminalização em relação a ele? E como determina-lo de forma mais exaustiva? E quais as indicações que a Constituição oferece (se é que oferece) nesse sentido? Por outro lado, qual o papel da evolução histórica – social, cultural e econômica na sua determinação? E quais os eventuais poderes – e sua legitimidade – dos órgãos de controlo da constitucionalidade para a sua definição e imposição ao legislador? No fundo, as várias questões poderão reconduzir-se a esta: dever-se-á defender a existência de valores constitucionais mais essenciais, para cuja protecção se terá, necessariamente, de recorrer ao instrumento de defesa mais forte, sem que tal implique um afastamento das categorias constitucionais da criminalização, nem uma anulação prática do princípio da separação de poderes?”<sup>16</sup>

Para Maria Conceição Ferreira da Cunha, duas seriam as soluções possíveis: (i) a negação das imposições constitucionais de criminalização ou (ii) a sua aceitação a situações limitadas. A primeira solução não parece aplicável a uma Constituição que preveja comandos *expressos* de criminalização, como a Constituição de 1988. Parece, então, que a segunda alternativa seja o caminho mais adequado ao caso brasileiro. Contudo, a existência dos mandados expressos não dispensa questionar se, de fato, há um núcleo mínimo de criminalização constitucionalmente exigível, diante do qual seria possível configurar uma omissão inconstitucional.

Maria da Conceição Ferreira da Cunha destaca duas dificuldades centrais em relação ao tema. A primeira diz respeito a identificar normas constitucionais que fossem axiologicamente mais relevantes a ponto de justificar a obrigação de tutela penal – questão importante, uma vez que não existe hierarquia formal entre normas constitucionais. A segunda preocupação diz respeito a, uma vez identificada a natureza especialmente relevante de determinada norma constitucional (ou “essencialidade”, nas palavras da autora), determinar a *necessidade* de tutela penal para a sua protecção – tarefa cujo justificação enfrenta ônus argumentativo bem menos acentuado quando fruto do exercício da discricionariedade do Legislativo.

---

<sup>16</sup> CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Op. Cit.*, p. 300-301.

Identificar um núcleo de essencialidade constitucional em relação ao qual seja possível exigir uma tutela penal mínima á tarefa que enfrenta obstáculos de natureza jurídica e política, conforme destacado pela autora em referência:

"(...) a dificuldade de individualização dos valores mais essenciais no seio dos próprios valores fundamentais (constitucionais), em sociedades abertas e pluralistas como as actuais e com a própria mutabilidade do grau de essencialidade dos valores; dir-se-á ainda que é ao legislador, enquanto órgão representativo da comunidade, em cada momento histórico, que competirá proceder à escolha dos valores a tutelar penalmente, desde que se mantenha no quadro da Constituição; que só ele poderá também ponderar os vários interesses conflituantes, avaliar da danosidade social das condutas e, principalmente, proceder a todas as comprovações necessárias à afirmação ou negação de carência de tutela penal. Deixar de avaliar todas estas circunstâncias, implicaria o desrespeito pelas categorias constitucionais da dignidade e carência de tutela penal. Permitir que o Tribunal as leve a cabo, em especial no domínio da carência de tutela penal (por exigir particulares avaliações empíricas da realidade) seria substituir o legislador pelo juiz, anulando o princípio da separação de poderes, que postula a reserva de lei penal (...) de fundamento necessário e ideia limite de uma tutela constitucionalmente legítima, passaria a fundamento (...) suficiente e vinculante de um conteúdo mínimo irrenunciável de tutela penal."<sup>17</sup>

Todavia, não se pode negar que ao menos em relação aos mandados *expressos* de criminalização existe uma zona de certeza positiva em relação a necessidade de uma tutela penal mínima pelo Legislador (ainda que os efeitos oriundos dessa imposição sejam discutíveis, conforme se debaterá a seguir). No caso Brasileiro é possível enumerar os seguintes mandados expressos de criminalização, desconsiderando os chamados "crimes de responsabilidade", em relação aos quais há ainda intensa controvérsia acerca do enquadramento como tipos penais:

a) A criminalização do racismo, conforme previsão do art. 5º, XLII: "*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*";

b) Os crimes de tráfico, tortura, terrorismo, conforme o art. 5º, XLIII: "*a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem*";

---

<sup>17</sup> CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Op. Cit.*, p. 303-304.

c) Também há previsão do art. 5º, XLIV, no sentido de constituir "*crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático*";

d) Tutelando direitos oriundos da relação de trabalho, o art. 7º, X prevê "*proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa*";

e) O revogado art. 192, § 3º previa que "*As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determina*";

f) O art. 227, § 4º da Constituição menciona que "*A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente*";

g) O art. 5º, XLI prevê que "*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*".

Os dois últimos exemplos não mencionam expressamente que a punição legal será de natureza penal. Portanto, é certo que invocar quaisquer deles para fundamentar a existência de um mandado constitucional de criminalização pressupõe um *ônus argumentativo muito mais elevado*.

Sendo possível identificar um mandado constitucional de criminalização, pergunta-se: há inconstitucionalidade por omissão diante da inexistência de tipo penal específico para tal conduta?

No Brasil, os poucos autores que se debruçam sobre o tema de forma mais profunda normalmente o fazem a partir da ideia de *vedação da proteção insuficiente* enquanto dimensão do princípio da proporcionalidade. Apesar de não ser de emprego comum em nossa tradição, tal vertente do princípio vem sendo mais bem desenvolvida em trabalhos de autores com maior contato com a teoria constitucional alemã, como os professores Ingo Wolfgang Sarlet<sup>18</sup>, Gilmar Ferreira Mendes<sup>19</sup> e Lênio Luiz Streck<sup>20</sup>. Em síntese, trabalha-se com a ideia de que o princípio da proporcionalidade não só veda o excesso, mas também reforça a dimensão de garantia dos direitos fundamentais.

No que diz respeito a garantia de direitos fundamentais sociais, que normalmente dizem respeito a prestações positivas do Estado capazes de

---

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. Op. Cit, 2009, p. 395-400.

<sup>19</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional (2002-2010)*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 28. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Op. Cit, p. 227-228.

<sup>20</sup> STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre/RS, v. 32, p. 171-202, 2005; STRECK, Lênio Luiz. *O dever de proteção do estado (schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou "qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes"?* Disponível em: <[www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>. Acesso em: 10/10/2013.

promover a isonomia substancial, a aplicação do teoria encontra amparo doutrinário e jurisprudencial<sup>21</sup>. Em relação ao direito pena, a questão não surge com frequência, embora seja possível encontrar um desenvolvimento embrionário da matéria em alguns acórdãos. Confira-se exemplo paradigmático extraído da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, comentado logo após a transcrição da ementa, a seguir:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAS. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens.

---

<sup>21</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional (2002-2010)*. Op. Cit, p. 28.

Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. 2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional. 3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa. 4. ORDEM DENEGADA.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup>BRASIL. STF. *HC 104410 / RS*. Rel. Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 06/03/2012. Órgão Julgador: Segunda

No julgamento do Habeas Corpus nº 104.410 o impetrante discutia a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, especificamente quanto ao crime de porte de arma de fogo desmuniada, previsto pela Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento). Percebe-se que o crime em referência *não é* objeto de mandados constitucionais de criminalização, mas os fundamentos trazidos no acórdão debatem de forma profunda o princípio da proporcionalidade aplicado aos mandados constitucionais de criminalização. De forma sintética, o voto condutor do Ministro Gilmar Mendes consignou as seguintes diretrizes teóricas: (i) os mandatos constitucionais de criminalização impõem ao legislador a observância do princípio da proporcionalidade tanto como proibição de excesso quanto como proibição de proteção insuficiente; (ii) a conformação do Legislativo conferiria a este poder ampla discricionariedade na elaboração de tipos penais, sujeitando-se ao controle jurisdicional a atividade legislativa que transborde aos limites constitucionais, o que pode ser verificado tanto pelo excesso quanto ausência de tutela penal; (iii) o caso específico dos crimes de perigo abstrato, em discussão, constituiria tutela adequada e necessária para a proteção dos bens jurídicos por eles tutelados (segurança, vida, liberdade e integridade física).

A ideia de vedação da proteção insuficiente como dimensão do princípio da proporcionalidade também surgiu como fundamento de outros casos concretos envolvendo o direito penal e a criminalização de condutas. No julgamento do RE nº 418.376, o impetrante requeria a aplicação analógica do ora vigente art. 107, VII do Código Penal, reconhecendo-se a extinção da punibilidade pelo crime de estupro de criança de nove anos de idade, eis que o réu teria estabelecido união estável com a vítima. No caso em análise, a tese vencedora considerou que a aplicação analógica da referida causa de extinção de punibilidade representaria uma proteção insuficiente ao bem jurídico no caso concreto, especialmente diante da vulnerabilidade específica da vítima. Eis a ementa do julgado:

EMENTA: PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ESTUPRO. POSTERIOR CONVIVÊNCIA ENTRE AUTOR E VÍTIMA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM BASE NO ART. 107, VII, DO CÓDIGO PENAL. INOCORRÊNCIA, NO CASO CONCRETO. ABSOLUTA INCAPACIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO DA VÍTIMA. RECURSO DESPROVIDO. O crime foi praticado contra criança de nove anos de idade, absolutamente incapaz de se autodeterminar e de expressar vontade livre e autônoma. Portanto, inviável a extinção da punibilidade em razão do posterior convívio da vítima - a menor impúbere violentada - com o autor do estupro. Convívio que não pode ser caracterizado como união estável, nem mesmo para os fins do art. 226, § 3º, da Constituição Republicana, que não protege a relação marital de uma criança com seu opressor, sendo clara a inexistência de um consentimento válido, neste caso. Solução

---

Turma. DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012.

que vai ao encontro da inovação legislativa promovida pela Lei nº 11.106/2005 - embora esta seja inaplicável ao caso por ser lei posterior aos fatos -, mas que dela prescinde, pois não considera validamente existente a relação marital exigida pelo art. 107, VII, do Código Penal. Recurso extraordinário conhecido, mas desprovido.<sup>23</sup>

Acompanhando divergência aberta pelo Ministro Joaquim Barbosa, o Ministro Gilmar Mendes considerou que a analogia invocada pelo réu iria de encontro ao art. 227 da Constituição Federal, que prevê a absoluta proteção à criança e ao adolescente, bem como ao § 4º do mesmo artigo, que dispõe sobre a punição de toda forma de abuso ou exploração sexual a tais indivíduos. Nesse ponto, destacou de forma expressa a vedação da proteção insuficiente como um fundamento aplicável ao caso concreto:

"Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental."

Assim, nos casos em que existe um mandado expresso de criminalização, o Supremo Tribunal Federal vem respondendo de forma positiva a um dos questionamentos formulados no início do trabalho. Enquanto parâmetro de controle de constitucionalidade, um mandado constitucional de criminalização impõe um dever positivo tanto ao Estado-legislador quanto ao Estado-julgador, como se percebe no caso concreto em que não se reconheceu a analogia *in bonam partem* invocada pelo recorrente.

Outro questionamento mais profundo envolve as consequências do reconhecimento de uma omissão legislativa em relação a um mandado constitucional de criminalização. Para tornar a análise mais objetiva, é possível visualizar três hipóteses passíveis de debate: a) ausência de lei que tipifique a conduta constitucionalmente prevista; b) abolição criminis em relação a condutas já previstas em lei; c) lei que reduza penas ou atribua tratamentos mais benéficos a condutas já tipificadas; d) a revogação do próprio mandado constitucional de criminalização.

---

<sup>23</sup> BRASIL. STF. **RE 418376**. Rel. Min. MARCO AURÉLIO. Rel. para o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA. J. 09/02/2006.

Primeiramente, qual a consequência da *inconstitucionalidade por omissão total* em relação ao mandado constitucional de criminalização?

Parece que, nessa hipótese, não seria possível ao Judiciário, no controle de constitucionalidade por omissão, proferir decisões de natureza concretista ou analógica, por imposição do art. 5º, XXXIX, que prevê que "*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*". Eventual decisão que reconheça a inconstitucionalidade por omissão somente seria capaz de declarar a mora do órgão legislador, sem consequências práticas mais relevantes, seja por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ou até mesmo por meio de um Mandado de Injunção (cujo cabimento pode ser discutido, tendo em vista que diversos mandados de criminalização constituem direitos fundamentais previstos no Título II da Constituição). Questão muito similar ocorre no direito tributário, eis que a despeito do não exercício da competência tributária por determinado ente (como no caso sempre lembrado do Imposto sobre Grandes Fortunas – IGF), a atuação judicial concretista é impedida pelo art. 150, I da Constituição<sup>24</sup>.

É importante apontar, também, que em nenhuma das hipóteses nas quais a ideia de proteção insuficiente foi invocada nos precedentes até então identificáveis na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há afirmação de que decisão judicial seja capaz de criminalizar condutas para solucionar o problema.

Por outro lado, seria possível que uma lei posterior revogasse completamente norma penal incriminadora cuja existência derive de um mandado constitucional de criminalização?

A hipótese é um pouco distinta da anterior, na medida em que se passa a poder argumentar que a lei revogadora possa ser inconstitucional por ação. Nesse caso, também seria possível aprofundar o debate com o argumento da *vedação ao retrocesso*. O referido princípio de interpretação constitucional, certamente aplicável a uma Constituição dirigente como a brasileira, importa em contrariar a noção intuitiva de que leis possam revogar leis. Se uma lei caminha em direção contrária ao objetivo da norma programática, esta pode servir de parâmetro de controle de constitucionalidade.

Seria possível syndicar, judicialmente, lei que puna de forma excessivamente branda uma conduta objeto do mandado constitucional de criminalização?

Em trabalho de referência sobre o tema, o professor Lênio Streck responde positivamente a tal questionamento. No trabalho mencionado, o autor discute sobre a possibilidade de a Lei 11.340/2006 ter mitigado a resposta penal ao tráfico de drogas, especialmente por meio da previsão do art. 33, § 4º do referido diploma legal, que prevê redução de pena de 1/6 a 2/3 caso "*o agente*

---

<sup>24</sup> FERNANDES, Eric Baracho Dore. O controle jurisdicional das omissões inconstitucionais no Direito Financeiro e Tributário. *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas*, V. 7, n. 38. São Paulo: Lex Magister, 2013, p. 38 e ss.

*seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa*". Eis o que defende o autor:

"É possível afirmar, desse modo, que o legislador, em um sistema constitucional que reconhece efetivamente o dever de proteção do Estado, não está mais livre para decidir se edita determinadas leis ou não. (...) Isto significa afirmar que o legislador ordinário não pode, ao seu bel prazer, optar por meios "alternativos" de punição de crimes ou até mesmo pelo "afrouxamento" da persecução criminal sem maiores explicações, ou seja, sem efetuar prognoses, isto é, a exigência de prognose significa que as medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis. Não há grau zero para o estabelecimento de criminalizações, descriminalizações, aumentos e atenuações de penas. Para ser mais claro: o comando explícito de criminalização obriga o legislador a explicitar as razões pelas quais promoveu essa drástica redução de pena aos traficantes que ostentem primariedade. (...) Por isso, o legislador ordinário, ao conceder o favor legal de "desconto" da pena com o teto de 2/3, extrapolou sua "competência", a ponto de se poder dizer que tal atitude equivale à desproteção do bem jurídico ofendido pela conduta de quem pratica o crime de tráfico ilícito de entorpecentes. A determinação constitucional é expressa, não sendo possível – a partir do que vem consagrado no artigo 5o, XLIII – interpretar o contrário do que está disposto no texto constitucional. Trata-se de uma questão de fácil resolução hermenêutica. A força normativa da Constituição não pode ser esvaziada por qualquer lei ordinária. Por isso, há que se levar a sério o texto constitucional. Veja-se que não há similitude no Código Penal. Crimes graves como o roubo nem de longe permitem diminuição de pena no teto de 2/3. Na verdade, o teto de 2/3 de desconto da pena transforma o crime de tráfico ilícito de entorpecentes em crime equiparável ao furto qualificado, para citar apenas este. A propósito, cumpre lembrar que o ordenamento jurídico considera como de menor potencial ofensivo crimes cujas penas máximas não ultrapassem 02 anos de reclusão (...)." <sup>25</sup>

Parece defensável a tese segundo a qual exista um limite mínimo da sanção penal legalmente cominada, sob pena de se esvaziar a normatividade do dispositivo constitucional. Todavia, a solução diante de tal impasse não parece

---

<sup>25</sup> STRECK, Lênio Luiz. *O dever de proteção do estado (schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou "qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes"?* Disponível em: <[www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>. Acesso em: 10/10/2013.

fácil para a jurisdição constitucional. A solução proposta pelo professor Lênio é a seguinte:

“Aplicando a nulidade parcial sem redução de texto, tem-se que determinado dispositivo é inconstitucional se aplicado à hipótese “x”. No caso sob análise: o artigo 33 da Lei n.º 11.343/06 (§4º.) será inconstitucional se aplicável de forma a possibilitar que ao condenado seja aplicada pena mínima inferior a 03 anos de reclusão. O dispositivo será inconstitucional se a sanção aplicada vier a contrariar o comando constitucional de resposta rigorosa ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, de forma que a defasada pena estabelecida pela legislação anterior à Constituição Federal seja, ainda, abrandada, afrontando, assim, os propósitos constitucionais e os tratados assinados e ratificados com o objetivo de punir de forma mais veemente o crime de tráfico de entorpecentes. Ou seja, o critério, em face da nulidade do parágrafo 4º passa a ser o preceito secundário do art. 12 da lei 6.368/76, que estabelece a pena mínima de 03 anos para o tráfico de entorpecentes. Isto é, se a lei anterior estabelecia a pena mínima de 03 anos e não concedia “desconto” de pena pela qualidade pessoal do acusado (primariedade), a nova lei não poderá ser aplicada em patamar que diminua a repressão a patamares abaixo da pena mínima anterior.”<sup>26</sup>

Apesar da precisão da proposta do ponto de vista das técnicas específicas de controle da constitucionalidade, não se pode negar que a proposta do professor Lênio abre um precedente perigoso de discricionariedade judicial na delimitação de preceitos secundários de tipos penais, substituindo-se a liberdade de conformação do legislador por critérios judiciais de delimitações de escalas penais. Todavia não se pode ignorar que poucos são os debates profundos a respeito do tema no Brasil, sendo esta uma proposta relevante para o aprimoramento do problema em discussão, trazendo um critério que busca trabalhar com categorias familiares à tradição constitucional brasileira.

Por fim, pergunta-se: seria possível a revogação do próprio mandato constitucional de criminalização, por meio de emenda à Constituição?

Primeiramente, devem-se observar as limitações materiais ao poder de reforma. Como o art. 60, § 4º, IV da Constituição prevê que “*não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais*”, deve-se questionar a natureza dos mandatos constitucionais de criminalização. Topograficamente, a maioria deles encontra-se no Título II da Constituição, como é o caso do art. 5º, incisos XLII e XLIII. Outros podem ser encontrados fora do catálogo expresso de direitos fundamentais, como o caso do art. 227, § 4º da Constituição.

---

<sup>26</sup> Idem, p. 22.

Os caminhos possíveis são:

(i) *considerar que todos os mandados constitucionais de criminalização são cláusulas pétreas, por serem normas definidoras de direito e, portanto, abrangidas pela interpretação extensiva feita pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao art. 60, § 4º da Constituição.*

Parece um caminho possível, considerando que o Supremo Tribunal Federal entende que na expressão "direitos e garantias individuais" devem-se entender abrangidas todas as normas materialmente fundamentais contidas no texto, a exemplo das limitações constitucionais ao poder de tributar (art. 150)<sup>27</sup>. Contudo, surge um primeiro obstáculo. Já ocorreu a revogação de, ao menos, um mandado constitucional de criminalização: o art. 192, § 3º, que previa que "As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar".

(ii) *considerar como cláusulas pétreas tão somente os mandados constitucionais de criminalização previstos no Título II da Constituição.*

Tal opção parece adotar um caminho mais seguro na limitação de quais mandados estariam abrangidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, IV. A partir desta concepção também seria possível reconhecer a constitucionalidade da revogação do antigo § 3º do art. 192. Todavia, a opção por este caminho ou pelo anterior implica em, necessariamente, debater o critério de fundamentalidade material a ser utilizado para definir se o dispositivo em questão é ou não cláusula pétrea. Afinal, não há qualquer controvérsia a respeito da interpretação extensiva que se deve realizar quanto ao alcance do art. 60, § 4º, IV da Constituição. Simplesmente ignorar o debate é, além de casuístico, precedente perigoso para a eficácia dos direitos fundamentais, especialmente aqueles não previstos no Título II da Carta.

(iii) *considerar que nenhum mandado constitucional de criminalização constitui cláusula pétrea, eis que, em verdade, constituem limitações ao direito, na medida em que impõe uma expansão da tutela penal sobre a liberdade individual dos sujeitos que praticam as condutas objetos dos referidos mandados.*

Parece que esta é a opção cujo ônus argumentativo é mais elevado. A primeira razão é que esta opção contraria a redação literal do texto constitucional, ao menos no que diz respeito aos mandados contidos no art. 5º, dispositivo expressamente abrangido pelo art. 60, § 4º, IV. Em segundo lugar, existe debate acadêmico sério acerca da natureza (materialmente) fundamental dos mandados de criminalização, o que se verifica especialmente a partir dos

---

<sup>27</sup> BRASIL. STF. *ADI nº 939-DF*, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 18/03/1994.

escritos do professor Lênio Streck, que menciona o atual estágio do debate na experiência constitucional comparada:

“Dito de outro modo, como muito bem assinala Roxin, comentando as finalidades correspondentes ao Estado de Direito e ao Estado Social, em Liszt, o direito penal serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão desmedurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo. Estes são os dois componentes do direito penal: a) o correspondente ao Estado de Direito e protetor da liberdade individual; b) e o correspondente ao Estado Social e preservador do interesse social mesmo à custa da liberdade do indivíduo. Tem-se, assim, uma espécie de dupla face de proteção dos direitos fundamentais: a proteção positiva e a proteção contra omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, como também por deficiência na proteção.”<sup>28</sup>

Não é o objetivo deste trabalho defender, em absoluto, uma ou outra concepção do direito penal, seja enquanto unicamente instrumento de limitação do poder punitivo estatal ou também enquanto garantia fundamental dos direitos por ele tutelados. Contudo, o debate existe e não pode ser ignorado, parecendo seguro dizer que ao menos em relação aos mandados constitucionais de criminalização *expressos* a segunda dimensão parece mais adequada.

Por fim, uma vez revogados os mandados constitucionais de criminalização, pergunta-se: estariam implicitamente não recepcionadas as leis infraconstitucionais que instituíram o tipo penal? A resposta parece simples, sendo possível invocar a diferenciação feita pela professora Maria da Conceição Ferreira da Cunha sobre as hipóteses de criminalização *legítima* e *obrigatória*. Ainda que deixasse de ser obrigatória, a tipificação ainda seria legítima, salvo se o constituinte derivado expressamente retirasse tal conduta da esfera de discricionariedade normativa do legislador ordinário.

---

<sup>28</sup> STRECK, Lênio Luiz. *O dever de proteção do estado (schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”?* Disponível em: <[www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>. Acesso em: 10/10/2013, p. 4.

#### **IV. Conclusões.**

O controle da inconstitucionalidade por omissão é matéria que ainda carece de desenvolvimento adequado em relação a vários aspectos teóricos e práticos na experiência constitucional brasileira. Para o presente trabalho, um desses aspectos foi delimitado e debatido: o caso dos mandados constitucionais de criminalização, com especial enfoque para a incriminação da homofobia.

Algumas diretrizes iniciais nortearam o debate proposto acerca de tais normas. Quais os efeitos jurídicos de tais imposições constitucionais? Eventual inconstitucionalidade por omissão seria sindicável pelo Judiciário? Se a resposta for positiva, em que hipóteses? As respostas apresentadas a seguir não se pretendem peremptórias ou definitivas quanto ao tema, mas apresentar de forma sistemática as principais reflexões existentes quanto aos mandados, ainda pouco trabalhados em nossa tradição constitucional.

A liberdade de conformação do legislador na criação de tipos penais sujeita-se a limite *máximo* (criminalização legítima) com o limite *mínimo* (criminalização obrigatória) de intervenção penal, conforme se pode depreender da coexistência, na Constituição de 1988, de limitações constitucionais ao poder de punir estatal (a exemplo dos princípios da legalidade e irretroatividade) e mandados constitucionais de criminalização. Não há dúvida de que a criminalização da homofobia seja exemplo de criminalização legítima, embora o ônus argumentativo para afirmar que exista criminalização obrigatória ainda pareça demasiadamente elevado para o intérprete.

A partir de tal dicotomia, tem se desenvolvido no Brasil a ideia de que a garantia das normas constitucionais definidoras de direito fundamental deve ser analisada de acordo com o princípio da proporcionalidade, que atua tanto como limitação do excesso quanto vedação da proteção insuficiente. Assim, parece adequado dizer que ignorar que os mandados constitucionais de criminalização possam servir de parâmetro de controle de constitucionalidade por omissão

implicaria em negar-lhes normatividade e desamparar os bens jurídicos protegidos pela imposição criminalizadora.

Reconhecida a força normativa de tais normas, deve-se debater as possíveis consequências do reconhecimento de eventual inconstitucionalidade por omissão e efeitos de eventual decisão judicial:

a) No caso de ausência de lei que tipifique a conduta constitucionalmente prevista, parece não haver solução fácil do ponto de vista da jurisdição constitucional, eis que a legalidade penal (art. 5º, XXIX) apresenta obstáculo intransponível para decisões de natureza concretista;

b) Em relação a *abolitio criminis* de condutas já previstas em lei, parece que o debate sobre vedação ao retrocesso e a utilização de normas programáticas enquanto parâmetro de controle de constitucionalidade por ação podem apresentar soluções satisfatórias;

c) No caso de lei que reduza penas ou atribua tratamentos mais benéficos a condutas já tipificadas, parece razoável presumir que exista um limite a discricionariedade do legislador, embora as soluções propostas pela doutrina para a atuação judicial impliquem em uma perigosa substituição da conformação do legislador por critérios de discricionariedade judicial na delimitação de escalas penais;

d) Por fim, a hipótese de revogação do próprio mandato constitucional de criminalização é debate que depende diretamente da delimitação de tais normas como abrangidas ou pelas cláusula pétrea do art. 60, § 4º, IV da Constituição.

Pelo exposto, parece que a dificuldade em se identificar um mandato constitucional de criminalização específico para a homofobia impede um aprofundamento maior quanto às consequências do reconhecimento de eventual inconstitucionalidade por omissão. Ainda que se reconheça a existência de tal imposição, parece que a única forma de tutela constitucionalmente adequada

pela jurisdição constitucional encontrar-se-ia na notificação do Congresso Nacional para constituir o órgão legislativo em mora, uma vez que escapa ao Judiciário a competência para proferir decisões concretistas para suprir lacunas relativas a normas penais incriminadoras.

## V. Referências bibliográficas.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª edição, ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARBOSA, Renata Athayde. *Os mandados constitucionais de criminalização - O paradigma do terrorismo*. Mimeo, 2013.

CLEVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, STRECK, vLenio Luiz; PANSIERI, Flávio. *Senso Incomum. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>>. Acesso em: 10/09/2014.

CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Imprensa: Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1995.

FERNANDES, Eric Baracho Dore. *Omissões inconstitucionais e seus instrumentos de controle. Contribuições para o aprimoramento institucional*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da UFF. Mimeo, 2013.

\_\_\_\_\_. O controle jurisdicional das omissões inconstitucionais no Direito Financeiro e Tributário. *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas*, V. 7, n. 38. São Paulo: Lex Magister, 2013, p. 38 e ss.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional (2002-2010)*. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 17ª edição. Porto Alegre, Livraria do Advogado 2009.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre/RS, v. 32, p. 171-202, 2005;

\_\_\_\_\_. *O dever de proteção do estado (schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou "qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes"?* Disponível em: <[www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>. Acesso em: 10/10/2013.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *O Mandado de Injunção e a criminalização de condutas*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-26/paulo-iotti-mandado-injuncao-criminalizacao-condutas>>. Acesso em: 10/09/2014.

### **Legislação, Jurisprudência e Documentos**

BRASIL. STF. *ADI nº 939-DF*, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 18/03/1994.

\_\_\_\_\_. *HC 104410/RS*. Rel. Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 06/03/2012. Órgão Julgador: Segunda Turma. DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012.

\_\_\_\_\_. *RE 418376*. Rel. Min. MARCO AURÉLIO. Rel. para o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA. J. 09/02/2006.

\_\_\_\_\_. *MI 4.733*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Pendente de julgamento.

*Artigo recebido em 15 de outubro de 2014.  
Artigo aprovado para publicação em 10 de dezembro de 2014.*

DOI: 10.11117/1982-4564.07.15



Observatório da Jurisdição  
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.  
Ano 7, no. 2, jul./dez. 2014. ISSN 1982-4564.

## Um olhar sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares

*Fernanda Raso Zamorano\**

**Resumo:** Os direitos fundamentais, antes reconhecidos tão somente no embate entre Estado e particular, mereceram um novo olhar e passaram a ser entendidos também sob a ótica das relações privadas, com a conseqüente ampliação de seu lastro protetivo aos indivíduos e à sociedade. Diante desse cenário de eficácia irradiante, o presente artigo buscou abordar, inicialmente, a concepção de direitos fundamentais no cenário jurídico nacional e internacional, bem como as teses referentes à aplicabilidade horizontal de tais direitos. Em seguida, dada a relevância do tema, foram explorados acórdãos representativos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na tentativa de esclarecer as hipóteses mais comuns de sua utilização.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Eficácia horizontal. Evolução histórica. Teses. Jurisprudência brasileira.

**Abstract:** Fundamental rights, as recognized only in the first clash between state and private, deserved a new look and began to be understood also from the perspective of private relations, with the consequent expansion of its protective backing to individuals and society. In this context, this thesis sought to address, initially, the concept of fundamental rights in national and international legal scene as well as the horizontal theses regarding the applicability of such rights. Then, given the importance of the topic, this thesis explore the most representative decisions of the Supreme Court that can clarify the most regular hypotheses of its use.

**Keywords:** Fundamental Rights. Efficacy horizontal. Historical evolution. Theses. Brazilian courts' decisions.

\* Advogada da União. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera. Formada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

## 1. Introdução

Secularmente, a concepção de direitos fundamentais inclinou-se a simbolizar e concretizar um limite ao Estado em sua interface com os indivíduos. Sob essa ótica, trata-se de deveres atribuídos ao Estado para com o particular, seja na modalidade de um verdadeiro absteísmo de intervenção (não interferência na esfera de liberdade dos indivíduos), seja no sentido de postulados de proteção.

Não restam dúvidas, pois, sobre a relevância dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Há de se verificar, contudo, de que maneira tais direitos exercem influência sobre as relações estabelecidas na sociedade, sejam entre particulares, seja entre indivíduo-Estado.

A aceitação da aplicabilidade dos direitos fundamentais na relação entre os particulares, nesse contexto, apresenta-se como uma negação à concepção dogmática tradicional que enxerga tais direitos unicamente como oponíveis ao Estado.

Com o advento da Constituição de 1988, novas diretrizes foram impostas à vida social de nosso país. Ademais, estabeleceu-se um novo parâmetro para interpretação e aplicação do Direito positivo pátrio. A Constituição brasileira, como norma máxima no âmbito de um Estado, e fruto de uma forte tendência à "socialização" do Direito que atinge os mais modernos ordenamentos ocidentais, criou novas regras e fixou novos paradigmas não só com relação à organização do Estado, mas também sobre outras áreas do Direito (TARTUCE, 2003).

Nesse sentido, como aponta Carlos Alberto Bittar,

quis o constituinte ampliar o espectro de nossa Constituição, exatamente para direcionar, sob sua ótica, o legislador ordinário, impondo-lhe balizas e limites claros, definidos e expressos, sobre diferentes temas de cunho político, social e econômico, a exemplo de outros sistemas ocidentais em que de há muito se têm imiscuído conotações, principalmente sociais, aos esquemas tradicionais, que reduziam à regulamentação do estado e de suas relações com os cidadãos em seu território a temática constitucional. (BITTAR, 1991, p. 17).

A Constituição Federal passa, então, a interferir no modo de olhar e interpretar não somente os demais ramos do direito, como as relações jurídicas travadas pela sociedade. Imprescindível, pois, a observância da Constituição por todos os atores sociais para que se resguarde a sua observância na realidade da vida histórica concreta do seu tempo, da qual a Constituição não estará desvinculada.

Conquanto não esteja positivada na Constituição da República do Brasil uma norma que imponha a realização direta da vinculação dos entes privados aos direitos fundamentais, é possível inferir por meio de uma interpretação teleológica de seu texto, em especial do art. 5º, §1º, o fundamento normativo ao

efeito horizontal dos direitos fundamentais, haja vista que o Estado deve garantir, em todas as esferas, que tais direitos sejam efetivos.

Neste contexto, os partícipes do processo político-constitucional devem ser tutores das expectativas sociais, para transformar a constituição em realidade viva e democrática (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 54).

Como aponta com propriedade Luiz Guilherme Marinoni (2004), as normas consagradoras de direitos fundamentais afirmam valores, os quais incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico e servem para iluminar as tarefas dos órgãos judiciários, legislativos e executivos e as relações travadas pelos particulares. Atribui-se aos direitos fundamentais, assim, uma eficácia irradiante.

Com efeito, o arcabouço constitucional irradia seus efeitos para além das esferas estatais, alcançando também as relações privadas. Sobre o tema, as lições de Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p.395) são esclarecedoras:

Para além de vincularem todos os poderes públicos, os direitos fundamentais exercem sua eficácia vinculante também na esfera jurídico privada, isto é, no âmbito das relações jurídicas entre particulares.

Dessa maneira, ao se falar em eficácia horizontal dos direitos fundamentais, busca-se sublinhar o fato de que tais direitos não regulam apenas as relações verticais de poder que se estabelecem entre Estado e cidadão, incidindo também nas relações entre particulares.

A mudança de paradigma decorreu da constatação de que, muitas vezes, era necessário intervir nas relações entre particulares para garantir a igualdade entre eles e a dignidade humana também em tais relações. Por conseguinte, passou-se a entender que a autonomia privada não pode ser considerada um valor em si mesmo, como unidade normativa isolada, sendo merecedora de tutela somente se realizar, de forma positiva, os demais princípios e valores constitucionais. (TEPEDINO, 2004, p. 11).

Assim, como leciona Marinoni (2004), existe eficácia vertical na vinculação do legislador e do juiz. Há também eficácia horizontal - também chamada de "eficácia privada" ou de "eficácia em relação a terceiros" - nas relações entre particulares, embora se sustente que, no caso de manifesta desigualdade entre dois particulares (hipótese de poder econômico social), também existe relação de natureza vertical.

O presente artigo parte, pois, da constatação de que os direitos fundamentais exercem eficácia vinculante também na esfera jurídica privada. O problema que se coloca diante da eficácia horizontal é o de que nas relações entre particulares há dois (ou mais) titulares de direitos fundamentais, e por isso nelas é impossível afirmar uma vinculação (eficácia) semelhante àquela que incide sobre o Poder Público. (SARLET, 2000, p. 155).

Partindo da premissa de que a densificação do instituto depende essencialmente das circunstâncias do caso concreto, foram levantadas e exploradas decisões jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal que tratam sobre o assunto, buscando-se compreender as hipóteses de sua utilização e os contornos práticos do tema.

## **2. Noção de direitos fundamentais**

O termo “Direitos Fundamentais” surgiu no século XVIII, na França, no curso do movimento político-cultural que levou à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Em seguida, dissipou-se pelo pensamento jurídico alemão, “que cunhou a expressão Grundrechte, como um sistema de relações entre indivíduo e o Estado, como fundamento de toda a ordem jurídica liberal” (FERNANDES, 2011, p. 226).

Entende-se por Direitos Fundamentais, aqueles direitos inerentes à própria condição humana e, que estão previstos pelo ordenamento jurídico. Como alerta, com propriedade, Vírgilio Afonso da Silva (2005, p.128), estabelecer um conceito para os direitos fundamentais não é tarefa simples.

Conquanto muitos autores proponham várias definições, o pressuposto teórico de quem se compromete nessa empreitada fica sem elucidações. Por conseguinte, o conceito acaba ficando preenchido de uma imprecisão dogmática.

Na tentativa de apresentar uma visão geral sobre o tema, de modo a possibilitar a compreensão da questão central estudada no presente artigo, deve-se assentar, primeiramente, que os direitos ora estudados encontram-se no nível do direito positivo, ficando, hoje, afastada qualquer fundamentação amparada no direito natural. A procedência dessa afirmação evidencia-se diante da verificação de que são direitos caracterizados pela historicidade, isto é, são direitos que “nascem, modificam-se e desaparecem” (SILVA, 1999, p. 185).

Além disso, cumpre destacar que os direitos fundamentais possuem natureza constitucional, porquanto são aqueles direitos do ser humano que “[...] nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados [...]” (SARLET, 2007, p.38). Dessarte, é o ordenamento jurídico-constitucional de cada Estado que determina quais são os direitos que, no seu território e em um certo momento, são considerados direitos fundamentais.

No Brasil, a Constituição da República classifica, em seu Título II, o gênero “direitos e garantias fundamentais” em cinco espécies, a saber: direitos individuais, direitos coletivos, direitos sociais, direitos à nacionalidade e direitos políticos.

Todavia, deve-se frisar, em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal (ADI 939-7/DF), que os direitos fundamentais não se restringem ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, podendo ser encontrados ao longo do texto constitucional (LENZA, 2008, p. 587).

Diante disso, releva-se importante a distinção existente entre direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material. A esse respeito, esclarece Sarlet (2007, p. 88):

De modo geral, os direitos fundamentais em sentido formal podem, na esteira de K. Hesse, ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa - na sua dimensão individual, coletiva ou social - que, por decisão expressa do Legislador-Constituinte foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais (aqui considerados em sentido amplo). Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais.

De tal assertiva, extrai-se a importante conclusão de que há direitos fundamentais dispersos em todo o texto da lei fundamental e até mesmo fora dele. Vale lembrar que o artigo 5º, § 2º, da Carta Magna, possibilita o reconhecimento de direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta de 1988 ou dos tratados internacionais de que seja parte o Estado brasileiro, de modo a consagrar abertura material dos direitos fundamentais no ordenamento constitucional vigente.

É possível dizer, ainda, lembrando a breve caracterização feita por David Araújo e Serrano Nunes Júnior, que os direitos fundamentais têm como traços distintivos sua universalidade, limitabilidade, concorrência e irrenunciabilidade. José Afonso da Silva ainda acrescenta a inalienabilidade e a imprescritibilidade (LENZA, 2008, p. 590 e 591).

Para a delimitação do tema, não se pode deixar de apresentar a classificação, largamente difundida hodiernamente, que toma por base a ordem cronológica do reconhecimento constitucional de tais direitos.

Os direitos fundamentais, inicialmente, foram concebidos como direitos da liberdade, referentes aos direitos civis e políticos, oponíveis ao Estado, na tentativa de resguardar o indivíduo perante o poder estatal.

Nesse contexto, pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 233).

Em seguida, verifica-se o surgimento dos chamados "direitos da segunda geração", no século XX. São os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século.

Da mesma maneira que os da primeira geração, esses direitos foram, a princípio, objeto de uma formulação especulativa, em esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico. Seu embasamento teórico, fixando as bases do garantismo social, advém de três documentos derivados dos fatos históricos relatados, quais sejam: a Constituição de Weimar de 1919; a Constituição Mexicana de 1917 e a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, na Rússia revolucionária de 1918.

Nesse contexto, o Estado passa a chamar para si a solução dos problemas sociais, dando ensejo aos chamados direitos prestacionais, positivos, no sentido de um *facere* por parte do poder público.

Na sequência, surge uma nova dimensão dos direitos fundamentais a ser tutelada, relacionada à essência do ser humano, sua razão de existir, ao destino da humanidade, considerando o ser humano como gênero, não apenas como indivíduo.

A chamada terceira geração surge marcada por profundas mudanças na comunidade internacional (sociedade de massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico) e nas relações econômico-sociais.

O surgimento desta dimensão de direitos tem em vista a constatação da necessidade de atenuar as diferenças entre as nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, por meio da colaboração de países ricos com os países pobres.

Cumprе salientar, nos termos de Noberto Bobbio (1992, p. 6), que os direitos de terceira geração emergiram ao lado dos direitos sociais e constituem uma categoria ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que dificulta a compreensão do que efetivamente se trata. Pode-se afirmar que o ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade (LENZA, 2008, p. 589).

Dentre os direitos integrantes dessa dimensão, temos aqueles relacionados ao desenvolvimento (progresso), ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, entre outros (NOVELINO, 2008, p. 228).

Há ainda, doutrinadores que defendem a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais. Conforme leciona Marcelo Novelino (2008, p. 229), tais direitos foram

introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, compreendem o direito à democracia, informação e pluralismo. Os direitos fundamentais de quarta dimensão compendiam o futuro da cidadania e correspondem à derradeira fase da institucionalização do Estado social sendo imprescindíveis para a realização e legitimidade da globalização política.

Steinmetz (2004, p. 94), entretanto, refere ser discutível essa posição. Entende que, a rigor, tais direitos seriam direitos de primeira geração, pois seriam reconduzíveis aos direitos políticos. Aponta como direitos de quarta geração os direitos fundamentais ante os avanços da ciência e da tecnologia (como os direitos referentes ao patrimônio genético dos indivíduos e os direitos fundamentais diante da universalização e do desenvolvimento da informática, na proteção de áreas não abrangidas pelos direitos fundamentais de primeira dimensão), direito fundamental à identidade cultural e direito fundamental à morte digna.

A visão dos direitos fundamentais em termos de dimensões, embora não se apresente de modo uniforme entre os doutrinadores, indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo e serve como importante indicativo conceitual, demonstrando a tentativa de se ampliar, cada vez mais, o âmbito de proteção dos indivíduos.

### **3. As perspectivas dos direitos fundamentais**

Inicialmente, deve-se esclarecer que as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais não se confundem com sua eficácia horizontal e vertical. Conforme explica Luiz Guilherme Marioni (2004, p.5), a dimensão objetiva se contrapõe à subjetiva e “tem por fim explicar que as normas de direitos fundamentais – além de poderem ser referidas a um direito subjetivo - também constituem decisões valorativas de ordem objetiva”.

Segundo o autor,

afirmar a dupla dimensão – objetiva e subjetiva – dos direitos fundamentais não significa dizer que o direito subjetivo decorre do direito objetivo. O que importa esclarecer, aqui, é que as normas que estabelecem direitos fundamentais, se podem ser subjetivadas, não pertencem somente ao sujeito, mas sim a todos aqueles que fazem parte da sociedade (2004, p. 5).

Sendo assim, as normas consagradoras de direitos fundamentais implicam valoração de ordem objetiva e subjetiva, porquanto firmam valores, os quais incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico e dos órgãos do Poder Judiciário, Legislativo e Executivo, de maneira que se atribui aos direitos fundamentais uma eficácia irradiante.

Segundo Luís Roberto Barroso (2003, p. 124), a eficácia irradiante desempenha os papéis de princípio hermenêutico e de mecanismo de controle de constitucionalidade, através da interpretação conforme a Constituição.

No primeiro papel, ela impõe ao operador do direito que, diante da ambigüidade de determinada norma jurídica, opte pela exegese que torne essa norma compatível com a Constituição, mesmo que não seja a exegese mais óbvia

do preceito. No segundo, permite ao Supremo Tribunal Federal que elimine, por contrariedade à Lei Maior, possibilidades interpretativas de determinada norma, sem redução do seu texto, de modo mais consentâneo com a Lei Fundamental.

Sob a perspectiva subjetiva, os direitos fundamentais outorgam a seus titulares possibilidades jurídicas de impor interesses pessoais em face dos órgãos estatais obrigados. Significa dizer que a dimensão subjetiva “importa na faculdade de impor uma atuação negativa ou positiva aos titulares do Poder Público” (FERNANDES, 2011, p. 224). Nesse âmbito, pode-se dizer que, basicamente, ao falar em direitos fundamentais subjetivos, está-se fazendo referência:

[...] à possibilidade que tem o seu titular (considerado como tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão (SARLET, 2007, p. 159).

Assim, os direitos fundamentais em sua perspectiva subjetiva visam conferir ao indivíduo garantia de defesa e de atuação diante da ação do poder público.

Por outro lado, há a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais que, embora sua existência seja admitida pela doutrina, ainda não há consenso entre os juristas sobre seu preciso significado. De acordo com Canotilho (2002), o fundamento objetivo das normas de direitos fundamentais tem em vista o seu significado para a coletividade e para o interesse público.

Desse modo, quando se fala na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, busca-se demonstrar que os direitos fundamentais devem ser pensados também do ponto de vista da comunidade, e não só como faculdades ou poderes dos indivíduos.

Nesse contexto, a ótica da dimensão objetiva pode ser compreendida como a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, sendo um “verdadeiro norte de eficácia irradiante” que o fundamenta (FERNANDES, 2011, p. 224).

Analisando o tema sob outro enfoque, quando se refere às eficácias vertical e horizontal, deseja-se aludir à distinção entre a eficácia dos direitos fundamentais sobre o Poder Público – denominada “eficácia vertical” e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares – “eficácia horizontal”, também chamada de “eficácia privada” ou de “eficácia em relação a terceiros” (MARIONI, 2004, p.5).

## 4. Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares

### 4.1. Um breve esboço histórico

Conforme explica Bernardo Fernandes (2011, p. 259-260), na formulação clássica dos direitos fundamentais, de matriz eminentemente liberal, os direitos fundamentais representavam limites ao exercício do poder do Estado. Com a ruptura paradigmática com o Estado Liberal e com o conseqüente advento do Estado Social, uma nova possibilidade de incidência dos direitos fundamentais foi teorizada para além da dicotomia Estado – Particular.

Cumprir frisar que a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais – a relação que se dá entre Estado e Particular – continua a existir, porém, além dessa perspectiva, surge a necessidade de se repensar a dinâmica posta para aplicação dos direitos fundamentais, de modo a se defender o particular nas suas relações com outros particulares. A partir dessa necessidade, surgem as teses da eficácia horizontal ou de direitos fundamentais nas relações privadas.

Os debates iniciais sobre o tema surgiram na Alemanha, logo após o advento da Lei Fundamental de Bonn, oportunidade em que se delineou que o dever do Estado de proteção aos direitos fundamentais não estava limitado a uma atividade omissiva, mas também se incluía no rol de condutas esperadas de ações em defesa de lesões ou ameaças que os particulares poderiam vir a sofrer em virtude da ação de outros particulares (FERNANDES, 2011, p. 260).

Nesse sentido:

na Alemanha, embora haja certa hesitação quando se trata de identificar a origem precisa do debate, é possível afirmar que este ganhou consistência a partir da década de cinquenta, quando foi cunhado o célebre termo *drittwirkung der grundrechte*. Há quem sustente, inclusive, que a própria idéia de eficácia dos direitos fundamentais em relações privadas é uma criação da ciência jurídica alemã, verdadeiro produto *made in germany*, que mais tarde tornou-se artigo de exportação jurídica (GONÇALVES PEREIRA, 2003, p. 134).

Percebe-se, pois, a evolução do pensamento doutrinário, à medida que se identifica que o Estado não é o único sujeito detentor de poder. Como refere Steinmetz (2004, p. 87), no mundo contemporâneo, a capacidade de condicionar, restringir ou eliminar a liberdade das pessoas (indivíduos ou grupos) não pertence apenas ao Estado. Alguns sujeitos possuem tal capacidade mesmo no âmbito das relações horizontais. Exemplos disso são os grandes grupos industriais e comerciais, os sindicatos, as associações de consumidores, as cooperativas, o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra, entre outros.

O autor (STEINMETZ, 2004, p. 85) observa que:

[...] No contexto das sociedades contemporâneas, é um equívoco elementar, próprio do liberalismo míope e dogmático, associar o poder exclusivamente ao Estado, como se o Estado tivesse o monopólio do poder ou fosse a única expressão material e espiritual do poder. Há muito o Estado não é o único detentor de poder – talvez nunca tenha sido o único.

Assentada a origem da teoria da eficácia horizontal, cumpre delimitar suas características principais apontadas pela doutrina e jurisprudência.

## 4.2. Delineamentos doutrinários

De acordo com o grau de influência dos direitos fundamentais, podem ser destacados três modelos: o primeiro, que nega quaisquer efeitos sobre as relações privadas, e mais dois que sustentam a produção de efeitos, um, de forma direta, e outro, apenas indiretamente (NOVELINO, 2011, p. 366).

### *4.2.1. Teoria da ineficácia horizontal*

Como aponta Marcelo Novelino (2011, p. 366), dentre as concepções analisadas, a que nega a possibilidade de produção dos efeitos nas relações entre particulares é a que goza de menor prestígio. Trata-se da doutrina do *state action*, desenvolvida pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Na tradição norte-americana, salvo a 13ª Emenda, que prevê a proibição de escravidão, todos os demais direitos fundamentais se voltam e vinculam única e exclusivamente o Estado (FERNANDES, 2011, p. 262). Argumenta-se que a literalidade do texto constitucional, que consagra as cláusulas de direitos fundamentais, faz referência apenas aos poderes públicos.

Nesse aspecto, é oportuno lembrar que a Constituição Norte-americana data de 1787, época em que as declarações de direitos tinham por finalidade a proteção das liberdades públicas tão-somente em face do Estado (NOVELINO, 2009, p. 336).

Segundo Daniel Sarmento (2006, p. 197-199), além de não admitir, em princípio, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a jurisprudência norte-americana tem criado obstáculos à possibilidade de tutela legislativa destes direitos no âmbito das relações privadas.

Não obstante, o que se vê na prática jurisprudencial da Suprema Corte é a utilização de artifícios com o intuito de equiparar os atos privados questionados aos atos estatais (NOVELINO, 2009, P. 337).

Como conclui Silva (2005, p. 99), a finalidade desta doutrina é tentar afastar a impossibilidade de aplicação dos direitos fundamentais aos particulares e definir, ainda que de forma casuística e assistemática, em que situações uma

conduta privada está vinculada a esses direitos. Cuida-se de uma negação meramente aparente, pois consiste na equiparação dos atos privados aos atos estatais.

#### *4.2.2. Tese da eficácia mediata ou indireta*

A tese da eficácia horizontal indireta ou mediata dos direitos fundamentais tem como ponto de partida o reconhecimento de um direito geral de liberdade, que propicia aos participantes de uma relação privada a possibilidade de afastarem as disposições de direitos fundamentais, sem a qual a liberdade contratual restaria comprometida.

Esta concepção, segundo aponta Daniel Sarmento (2003, p.210) foi desenvolvida originariamente, em 1956, por Günter Dürig e adotada pela Corte Constitucional da Alemanha.

Para o autor alemão, a proteção constitucional da autonomia privada implica a possibilidade de os indivíduos renunciarem a direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, o que, de outra parte, seria inconcebível no que concerne às relações travadas com o poder público (DURIG, Gunther. "Grundrechte und Zivilrechtsprechung". p. 159, apud SILVA, Virgílio Afonso. Op. cit. p.75).

Dessa forma, Dürig propõe uma concepção dualista dos direitos fundamentais. De uma face, implicariam em direitos subjetivos dos cidadãos contra o Estado, e de outra, assegurariam a liberdade contratual dos indivíduos entre si e a autonomia privada (SILVA, p.75).

Desse modo, para os adeptos dessa concepção, a força jurídica dos preceitos constitucionais somente se afirmaria, em relação aos particulares, por meio dos princípios e normas de direito privado. Isso ocorreria através de normas de direito privado – ainda que editadas em razão do dever de proteção do Estado.(MARINONI, 2004, p. 6). Destarte, caberia precipuamente, ao legislador privado, a tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, estabelecendo uma disciplina que se revele em consonância com os valores constitucionais.

Citando as lições de Canotilho (1993, p. 593), para a teoria da eficácia mediata,

os direitos, liberdades e garantias teriam uma eficácia indireta nas relações privadas, pois a sua vinculatividade exerce-se-ia prima facie sobre o legislador, que seria obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados nas normas de direito, liberdades e garantias.

Segundo Robert Alexy (1997, p 243), a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares seria sempre mediada pela atuação

do legislador (e sua produção normativa ordinária) ou mesmo pelo Juiz que deveria interpretar o direito infraconstitucional (privado) à luz das normas de direitos fundamentais.

Por conseguinte, de acordo com esse modelo, os direitos fundamentais não podem ser invocados diretamente a partir da Constituição por não ingressarem no cenário privado como direitos subjetivos. A incidência direta dos direitos fundamentais aniquilaria a autonomia da vontade, causando uma desfiguração do direito privado (Novelino, 2011, p. 233).

Nesse sentido, a força jurídica dos preceitos constitucionais no âmbito das relações entre particulares incide apenas mediatamente, por meio dos princípios e normas próprias do direito privado, vez que os direitos fundamentais servem apenas para princípios de interpretação das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados, suscetíveis de concretização ou preenchimento de lacunas (Savazzoni, 2009, p. 2).

Essa é a posição majoritária na doutrina alemã, sendo assumida, por exemplo, por Konrad Hesse, para quem tal teoria visaria proteger o núcleo da autonomia privada dos indivíduos.

#### *4.2.3. Tese da eficácia imediata ou direta*

Hans Carl Nipperdey é apontado como o defensor pioneiro da tese que, originada na década de 50, sustenta a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais. Segundo o autor, os direitos fundamentais teriam eficácia absoluta, derivando diretamente da Constituição, sendo despicienda qualquer intermediação legislativa para a sua aplicação.

Embora não tenha obtido grande aceitação na Alemanha, é atualmente a teoria majoritária na Espanha, na Itália e em Portugal. De acordo com essa tese, a incidência dos direitos fundamentais deve ser estendida às relações entre particulares, independentemente de qualquer intermediação legislativa.

Segundo seus defensores, os direitos fundamentais, tal como previstos no texto constitucional, já trazem condições de plena aplicabilidade nas relações entre particulares, dispensando qualquer tipo de mediação infraconstitucional. Nesse sentido, com base da perspectiva da máxima efetividade, a Constituição – com seu rol de direitos fundamentais – deveria ser aplicada diretamente nas relações entre particulares (FERNANDES, 2011, p. 262).

Os efeitos inerentes aos direitos fundamentais dispensam recursos interpretativos para sua aplicação nas relações privadas, apesar de esta não ocorrer da mesma forma e com a mesma intensidade que se dá em relação aos poderes públicos, pois enquanto estes são responsáveis por gerir o bem da coletividade, aqueles desfrutam de proteção constitucional à autonomia da

vontade, fundamento da dignidade da pessoa humana (Novelino, 2008, p. 234-235).

Esclarece Marinoni (2004, p.6):

De acordo com os teóricos da eficácia imediata, os direitos fundamentais são aplicáveis diretamente em relação aos particulares. Além de normas de valor, teriam importância como direitos subjetivos contra entidades privadas portadoras de poderes sociais ou mesmo contra indivíduos que tenham posição de supremacia em relação a outros particulares. Outros, chegando mais longe, admitem a incidência imediata dos direitos fundamentais em relação a pessoas "comuns". O que importa, nessa última perspectiva, é que se dispensa a intermediação do legislador – e assim as regras de direito privado – e se elimina a idéia de que os direitos fundamentais poderiam ser tomados apenas como regras de interpretação.

#### *4.2.4. Teoria dos Deveres de Proteção*

Há, ainda, uma quarta teoria, denominada de Teoria dos Deveres de Proteção. Surgiu na doutrina alemã como forma de solucionar a questão dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas e é representada por autores como Claus-Wilhelm Canaris e Klaus Stern.

Essa teoria sustenta não estarem os sujeitos de Direito Privado vinculados diretamente aos direitos fundamentais, como estão os Poderes Públicos. Todavia, o Estado, tanto ao editar normas como ao prestar a jurisdição, está obrigado não apenas a abster-se de violar os direitos fundamentais, como também a protegê-los diante das lesões e ameaças provenientes dos particulares. Por conseguinte, essa teoria diferencia-se da aplicabilidade indireta justamente por impor ao Estado o dever de vigilância

Como lecionou o eminente ministro Luiz Fux, por ocasião do julgamento da ADI 4277, de acordo com a teoria dos deveres de proteção, os direitos fundamentais não cuidam apenas do estabelecimento de relações entre os indivíduos e o Estado, de modo a impor a este último abstenções ou o fornecimento de prestações positivas.

A teoria dos deveres de proteção, embora demande a intervenção do legislador ordinário para que haja a efetiva proteção dos direitos fundamentais, também garante a possibilidade de intervenção do Judiciário, quando necessária, por meio do controle de constitucionalidade das normas de direito privado.

Há de se ressaltar que Daniel Sarmento (2005) aponta para a similaridade dessa teoria, quanto aos seus efeitos, com a teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais, que também exige, para a proteção desses direitos, a

mediação do legislador. No mesmo sentido, Marinoni (2004) afirma que essa eficácia sobre os particulares não exclui a eficácia horizontal mediata ou indireta, que se dá justamente através da lei e da decisão judicial.

Delimitadas as teorias, cumpre discorrer acerca do entendimento da doutrina brasileira.

#### *4.2.5. O entendimento da doutrina brasileira*

A Constituição brasileira de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos individuais. Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de lhes emprestar significado especial. A amplitude conferida ao texto, reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos (MENDES, 2002, p. 1).

Reconhece-se, pois, de forma inequívoca a supremacia dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse contexto, pode-se afirmar que

no direito pátrio não há qualquer justificativa plausível para se negar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Este modelo não é coadunável com a triste realidade brasileira na qual as desigualdades sociais estão entre as piores do mundo, impondo a necessidade de uma preocupação ainda maior com a proteção dos direitos fundamentais, sobretudo em relação aos hipossuficientes. As doutrinas jurídicas não podem ser simplesmente reproduzidas ou elaboradas isoladamente da realidade social, política, econômica e cultural na qual se inserem (NOVELINO, 2008, P. 234).

Desse modo, o reconhecimento da possibilidade de vinculação dos particulares a direitos fundamentais é uma necessidade, e, apesar de não haver posicionamento exposto nesse sentido na Constituição Federal, é possível encontrar fundamentos que evidenciam o acerto desse entendimento.

Com efeito, como aponta Daniel Sarmiento:

(...) vivemos num país injusto, com índices intoleráveis de desigualdade social, em que a opressão é capilar e onipresente. Neste quadro, o reconhecimento da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais pode servir como importante instrumento para moldar, de acordo com parâmetros de justiça substancial, extraídos da Constituição, a miríade de relações assimétricas travadas na sociedade". (2003,p.84).

Seguindo a lição de Steinmetz (2004, p. 101-123), entende-se que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares possui como

principais alicerces o princípio da supremacia da Constituição (ou princípio da constitucionalidade), o postulado da unidade material do ordenamento jurídico, os direitos fundamentais como princípios objetivos e o princípio da dignidade da pessoa humana. Em menor grau, referida eficácia, segundo o autor citado, tem como fundamentos adicionais o princípio constitucional da solidariedade e o princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais.

Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco (2002, p. 2), há de se acrescentar, ainda, para a aceitação desse discurso, o postulado da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

No Brasil, quase a totalidade dos autores se alinha em aderência à teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais. Isso porque, à medida que a Constituição estabelece, em seu art. 5º, §1º, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, consagra o princípio da máxima efetividade. Tal princípio dispõe que, na interpretação dos direitos fundamentais, atribua-se o sentido capaz de conferir a maior efetividade possível para que tais direitos realmente cumpram sua função social.

Impõe-se, portanto, a preferência por opções que favoreçam a efetiva atuação dos direitos fundamentais, corroborando a adoção do modelo que sustenta a aplicabilidade direta às relações particulares. Não há necessidade de utilização de artifícios jurídicos para lhes garantir efetividade (Novelino, 2008, p. 235.).

No mesmo sentido, Jane Reis Gonçalves Pereira (2003, p. 185) argumenta que:

a concepção de que direitos fundamentais incidem diretamente nas relações privadas é uma consequência natural e lógica da adoção de um modelo hermenêutico comprometido com o caráter normativo da constituição.

Esse também é o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 152), colacionado a seguir:

(...) também na ordem constitucional pátria inexistente respaldo suficientemente robusto a sustentar uma negativa no que diz com a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, ao menos nas hipóteses em que não tenham por destinatário exclusivo o poder público.

De acordo com parcela da doutrina, esse posicionamento, em princípio, parece acarretar dois maiores problemas, quais sejam: (1) a aplicação direta dos direitos fundamentais entre particulares pode potencializar o papel do juiz à custa do legislador democrático; (2) corre-se o risco de transformar o tribunal constitucional em um "supremo tribunal de conflitos jurídicos-civis" e de assumir, deste modo, um papel que a lei fundamental não conferiu a este tribunal. Tal

risco se torna mais preocupante no contexto do STF, que julga aproximadamente 100 mil processos por ano (GORZONI, 2006).

Diante desse cenário, torna-se imprescindível observar a maneira como o Supremo Tribunal Federal aborda a questão da aplicação direta dos direitos fundamentais nos conflitos entre particulares. Em uma análise perfunctória, assenta-se que a solução de tais conflitos exige um ônus de argumentação maior dos juízes em cada situação concreta, a fim de se evitar a insegurança jurídica, bem como o desequilíbrio ao poder de freios e contrapesos dos poderes, em razão da concessão de poderes excessivos ao juiz, em detrimento do legislador.

## **5. A jurisprudência do STF sobre o tema**

Segundo aponta Bernardo Fernandes (2011, p. 263), sem dúvida, o Brasil vem reconhecendo, tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente, a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Não há, porém, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uma fundamentação teórica sobre os limites e alcances dessa aplicação.

Nesses termos, cumpre trazer à baila, em princípio, três casos decididos pelo Pretório Excelso que a doutrina aponta como paradigmáticos.

O primeiro dos acórdãos prolatados pelo STF que tangencia o tema se refere à expulsão de associado de cooperativa por deliberação da Assembleia Geral, sem que fossem observadas as regras estatutárias relacionadas à ampla defesa. No Recurso Extraordinário nº 158.215/RS, relatado pelo Min. Marco Aurélio, a Corte decidiu que ato de exclusão praticado no âmbito de entidade privada não se furta à observância do direito fundamental ao devido processo legal, a fim de assegurar a ampla defesa, conforme ementa abaixo:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese

de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa. (RE 158215, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 30/04/1996, DJ 07-06-1996 PP-19830 EMENT VOL-01831-02 PP-00307 RTJ VOL-00164-02 PP-00757).

Ao comentar este caso, Paulo Gustavo Gonet Branco (2002, p.02) observa que:

O acórdão não se deteve em considerações acadêmicas sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o que o torna ainda mais sugestivo. A decisão tomou como indiscutível que há normas de direitos fundamentais que incidem diretamente sobre relações entre pessoas privadas. Deixou para os comentadores os adornos doutrinários. O precedente afasta a jurisprudência da linha de entendimento que preconiza a necessidade de uma relação entre Estado e indivíduo, para que se possam invocar direitos fundamentais.

Tempos depois, em 29/10/1996, no histórico julgamento do RE n. 161.243/DF, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o princípio constitucional da igualdade (isonomia) deve ser observado também nas relações entre particulares. A questão relacionava-se a uma reclamação trabalhista movida por empregado brasileiro de uma companhia aérea francesa e tinha por objetivo estender as prerrogativas do Estatuto Pessoal da empresa, o qual era aplicado somente aos empregados franceses. Na oportunidade, o STF declarou que o direito fundamental à igualdade deve ser observado também nas relações entre particulares, não devendo um trabalhador brasileiro ser discriminado por empresa estrangeira. A ementa da decisão assim preleciona:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ

119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido. (RE 161243, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 29/10/1996, DJ 19-12-1997 PP-00057 EMENT VOL-01896-04 PP-00756).

Em 2006, no RE 201.819/RJ, o Supremo viu-se novamente diante do tema da exclusão de sócio de associação privada (no caso, a UBC – União Brasileira de Compositores) sem o devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Nesse caso paradigmático, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal aderiu expressamente à tese da vinculação direta dos direitos fundamentais aos particulares.

Distintamente do que ocorreu no RE 158. 215-4, nessa ocasião não havia previsão estatutária acerca do direito de defesa, de modo que a relatora, Min. Ellen Gracie (voto vencido) defendeu que a associação deve deferência, nas relações com seus associados, ao estatuto jurídico da sociedade, o qual constitui desdobramento do princípio da autonomia privada, segundo o qual tudo que não está proibido por lei está permitido e, assim, não havendo previsão legal a tratar do assunto de forma direta e, ainda, havendo previsão estatutária para tanto, a expulsão se faria ato lícito.

O ministro Gilmar Mendes desencadeou a divergência afirmando que os direitos fundamentais previstos na Constituição devem ser aplicados não só nas relações entre os particulares, mas também nas relações entre os particulares envolvendo, por exemplo, pessoas jurídicas privadas e pessoas físicas. Dentre as passagens mais significativas de seu voto, salientou que não era sua intenção “discutir no atual momento qual a forma geral de aplicabilidade dos direitos fundamentais que a jurisprudência desta Corte professa para regular as relações entre particulares”; importava-lhe, isto sim, “ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas”.

Por maioria, na linha do voto do ilustre ministro, conclui-se que a expulsão do associado configurou uma violação ao princípio da ampla defesa e que, portanto, padecia de injuricidade. À guisa de ilustração, confira-se a ementa:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO.

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não

apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL, ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA A AO CONTRADITÓRIO.

As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo

legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV, e LV, CF/88).

#### IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

(STF – RE 201819 /RJ – Órgão Julgador: 2ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE – Relator p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, DJ 27.10.2006).

Esses três julgados supracitados são paradigmáticos na jurisprudência do STF. Em outros casos, contudo, em que não há menção expressa à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pode-se observar que o tema foi tratado pelos ministros.

Nesse contexto, aponta-se como exemplo o HC 82.424/RS, de relatoria do Ministro Maurício Correia, em 2003, em que a vinculação horizontal permeou a decisão, embora não explicitamente. No caso, Siegfried Ellwanger foi condenado pelo crime tipificado no art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90, por ter, na qualidade de escritor e sócio da empresa "Revisão Editora Ltda.", editado, distribuído e vendido ao público obras anti-semitas de sua autoria e de outros autores nacionais e estrangeiros, que sustentavam mensagens discriminatórias, buscando, com isso, incitar ódio contra o povo judaico.

Trata-se, com efeito, de um conflito entre particulares, sendo que nos pólos da relação encontram-se dois sujeitos privados, estando em jogo direitos fundamentais de ambos os lados (liberdade da expressão de Ellwanger versus direito à igualdade, dignidade e não discriminação). Seria o caso de aplicação mediata dos direitos fundamentais, uma vez que o legislador já ponderou os valores em conflito, decidindo que deve prevalecer o combate à discriminação, sendo o racismo um crime imprescritível. Embora alguns ministros tenham tentado modificar a ponderação do legislador, de modo a impor sua própria interpretação, ao final, decidiu-se por maioria pela manutenção da condenação e pelo indeferimento do habeas corpus. Elucidativa a transcrição do seguinte trecho da ementa:

(...) 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexo

estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.

(HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524).

Outro caso emblemático julgado pelo STF refere-se à questão da penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação, marcando uma mudança de posicionamento da Corte. No RE 407.688, debateu-se o seguinte problema: a penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação persiste com o advento da Emenda Constitucional 26/2000, que ampliou o art. 6º da CF, incluindo a moradia entre os direitos sociais?

Conforme exposto no voto do Min. Joaquim Barbosa, nesse caso, a situação é caracterizada expressamente como colisão de direitos fundamentais entre particulares, sendo que está, de um lado, o direito à moradia (art. 6º, CF), que é um direito social constitucionalmente assegurado e, em princípio, exige uma prestação do Estado; de outro, o direito à liberdade, em sua mais pura expressão, ou seja, a da autonomia da vontade, exteriorizada, no caso concreto, na faculdade que tem cada um de obrigar-se contratualmente e, por consequência, de suportar os ônus dessa livre manifestação de vontade.

O eminente ministro continua afirmando que é possível, em certas circunstâncias, um direito fundamental ser aplicado da mesma forma que na relação entre Estado-indivíduo no âmbito privado. Para sustentar sua posição, cita, inclusive, o Recurso Extraordinário 201.819, já analisado no presente trabalho como um caso paradigmático da jurisprudência do Pretório Excelso.

O Min. Sepúlveda Pertence também identificou o caso como relacionado a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Segundo seu entendimento, o problema a ser enfrentado pelo STF é o de "dar efetividade ao direito à moradia, não só com relação às prestações positivas relativas ao Estado, mas também à chamada eficácia horizontal desse direito, nas relações privadas". No entanto, segundo este julgador, na linha do relator, Min. Cezar Peluso e dos fundamentos vencedores, os valores em conflito são as duas faces do direito à moradia -

direito do fiador à sua propriedade e do locatário a habitação, por meio de contrato de aluguel. À guisa de ilustração, transcreve-se a ementa do mencionado julgado:

FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.

(RE 407688, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2006, DJ 06-10-2006 PP-00033 EMENT VOL-02250-05 PP-00880 RTJ VOL-00200-01 PP-00166 RJSP v. 55, n. 360, 2007, p. 129-147).

Em 2010, foi proferida decisão monocrática em medida cautelar em ação cautelar, também relacionada à vinculação horizontal dos direitos fundamentais, em especial ao direito de resposta – que, esclareça-se, compõe o catálogo das liberdades fundamentais relacionadas à liberdade de expressão. Segundo o eminente relator, Min. Celso de Mello,

“se é certo que o ordenamento constitucional brasileiro ampara a liberdade de expressão, protegendo-a contra indevidas interferências do Estado ou contra injustas agressões emanadas de particulares, não é menos exato que **essa modalidade de direito fundamental – que vincula não só o Poder Público como, também, os próprios particulares – encontra, no direito de resposta (e na relevante função instrumental que ele desempenha), um poderoso fator de neutralização de excessos lesivos decorrentes da liberdade de comunicação, além de representar um significativo poder jurídico deferido a qualquer interessado para se defender de qualquer notícia ou opinião inverídica, ofensiva ou prejudicial** (AC 2695 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 25/11/2010, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-231 DIVULG 30/11/2010 PUBLIC 01/12/2010, grifado).

Na linha de argumentação exposta na decisão referida, o ministro destaca que a oponibilidade do direito de resposta a particulares sugere reflexão em torno da inteira submissão das relações privadas aos direitos fundamentais, o que permite estender, com força vinculante, ao plano das relações de direito privado, a cláusula de proteção das liberdades e garantias constitucionais.

Tal assertiva, a toda evidência, como bem aponta o ilustre magistrado, coloca em destaque o tema da eficácia horizontal dos direitos básicos e essenciais assegurados pela Constituição da República, tal como tem acentuado o magistério da doutrina, em lições que possuem o beneplácito da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal.

Recentemente, na ADI 4277, acerca da união homoafetiva, da rica fundamentação exposta nos votos dos eminentes ministros, é possível extrair lições acerca da aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais.

Em especial, o ministro Luiz Fux ressaltou que há que se vislumbrar a existência da pertinência temática em virtude da cognominada teoria dos deveres de proteção (Schutzpflichten), relevante consectário da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Conforme lições do jurista,

a doutrina da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais tem berço no direito alemão, forte na consagração dos direitos fundamentais não só como direitos subjetivos do indivíduo em face do Estado, mas também como decisões valorativas de cunho objetivo da Constituição, espraiando sua eficácia sobre todo o direito positivo, de modo a orientar o exercício das funções legislativa, administrativa e judiciária. Traduz-se na "mais-valia" jurídica a que se refere JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE (Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 2. edição. Coimbra: Almedina, 2001, p. 138), vale dizer, um reforço de juridicidade das normas de direitos fundamentais, que dispõem de outros efeitos para além daqueles relacionados com a perspectiva subjetiva. Serve a teoria dos deveres de proteção como meio de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Com isso, o Estado não fica apenas obrigado a abster-se da violação dos direitos fundamentais, como também a atuar positivamente na proteção de seus titulares diante de lesões e ameaças providas de terceiros, seja no exercício de sua atividade legislativa, administrativa ou jurisdicional. (ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341).

De todo o colacionado, observa-se, pois, que o Supremo Tribunal Federal se alinha em favor da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Todavia, esta atuação prática não se assemelha a uma plena consciência do "novo horizonte hermenêutico", uma vez que se constata ausência de fundamentação teórica, por parte do tribunal superior.

Cumprido frisar que o voto do Ministro Luiz Fux pode significar um novo posicionamento, mais atento, do STF à questão. Até o momento, contudo, ainda falta esclarecer os parâmetros através dos quais essa vinculação se manifesta, estabelecendo de maneira mais precisa os contornos de tal eficácia.

## 6. Conclusão

A evolução do pensamento doutrinário e jurisprudencial, somada ao advento da Constituição de 1988, que consagrou uma série de direitos fundamentais, alterou substancialmente a concepção da eficácia dos direitos fundamentais, atribuindo a eles eficácia irradiante, abrangendo também as relações entre particulares.

A percepção de que os direitos fundamentais não poderiam ficar confinados tão somente ao âmbito das relações dos poderes públicos, recebeu elaboração doutrinária, em especial, com a descoberta objetiva de tais direitos.

Conquanto não positivado expressamente na Constituição da República, o entendimento da vinculação horizontal dos direitos humanos alterou a compreensão dada pelo ordenamento jurídico ao mundo privado, de maneira que, sob uma leitura constitucional, passou-se a entender que as relações privadas também devem merecer um maior grau de tutela.

Conforme conclui Pedro Lenza (2008, p. 595), sem dúvida, cresce a teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, notadamente diante de atividades privadas que tenham um certo "caráter público", a exemplo de escolas, clubes associativos, relações de trabalho.

As relações que os particulares estabelecem entre si são as mais variadas, o que gera uma multiplicidade de situações de sujeição, sendo que haverá, em cada uma delas, circunstâncias específicas a se ponderar sobre a aplicação dos direitos fundamentais, tendo como norte, em especial, o postulado máximo, estruturante da sociedade, da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, para que tal postulado seja efetivamente respeitado, deve-se coibir abusos tanto sob a ótica do Estado, como sob a perspectiva dos sujeitos de direito privado, sendo que não se pode evitar a prática de arbitrariedades por parte de um particular em prejuízo de outro sem que se aceite a eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Dessarte, o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais reflete uma preocupação com a construção de uma ordem constitucional mais sensível e atenta aos problemas e desafios da sociedade contemporânea, que se manifestam não somente nas relações entre Estado e indivíduo, mas também na imensa gama de relações privadas que são travadas cotidianamente.

Por meio de pesquisa jurisprudencial, constatou-se que, embora o tema tenha grande repercussão doutrinária, seus limites ainda não foram bem delimitados pelo Pretório Excelso, considerando-se as esparsas produções jurisprudenciais do STF limitam-se a reconhecer a aplicabilidade vertical, não aprofundando, contudo, sobre os contornos do tema.

Um dos direitos fundamentais que o Supremo Tribunal Federal já apontou como de incidência no âmbito dos relacionamentos privados é o direito de ampla defesa, que foi considerado como de observância obrigatória, em se tratando de exclusão de sócio ou de membro de associação particular. Também já foi reconhecida a eficácia horizontal dos direitos fundamentais no que toca aos direitos de isonomia e de liberdade de expressão.

Há de se ressaltar que é imprescindível reservar ao tema maior estudo. Isso porque, se, por um lado, ele reforça o compromisso humanitário que permeia a Constituição da República de 1988, tornando realmente palpáveis os fundamentos de dignidade humana, justiça social, liberdade e igualdade, de outra parte, ele carrega o fardo da possibilidade do arbítrio judicial.

O debate deve se desenrolar em torno da investigação dos direitos fundamentais que podem ter incidência sobre as relações entre particulares e em que medida isso pode ocorrer. Há de presidir tal exame o cotejo, em cada caso, dos reclamos dos direitos fundamentais com as exigências do princípio da autonomia privada – princípio que se liga à autodeterminação do indivíduo, fonte da sua responsabilidade social e jurídica e elemento informador da noção da dignidade humana (BRANCO, 2002, p. 3).

É que, a toda evidência, a perda de clareza conceitual do que seja essa vinculação horizontal pode acarretar uma ameaça à autonomia privada, representando incompatibilidade com os princípios democráticos e, sobretudo, insegurança jurídica.

Portanto, para evitar o subjetivismo judicial, o casuísmo desmedido e, por consequência, a insegurança jurídica, deve haver a preocupação em estabelecer parâmetros específicos de aplicação desses direitos aos particulares para que a liberdade individual não seja subjugada.

## **Referências Bibliográficas**

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado* (org. por Ingo Wolfgang Sarlet), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. (Trad.) Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito Civil (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil), *Revista Eletrônica sobre a Reforma do*

*Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br/rere.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp)>. Acesso em 11.02.2011.

\_\_\_\_\_. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7 ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. *Constituição de 1988 e o Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associação, expulsão de sócios e direitos fundamentais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abr.-maio, 2002. Disponível em: < [http://www.direitopublico.com.br/PDF\\_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-PAULO-GUSTAVO-GONET.pdf](http://www.direitopublico.com.br/PDF_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-PAULO-GUSTAVO-GONET.pdf)>. Acesso em 20.07.2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003

\_\_\_\_\_. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. *In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado* (org. por Ingo Wolfgang Sarlet), Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

GORZONI, Paula Fernanda Alves da Cunha. *Supremo Tribunal Federal e a Vinculação dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público, SBDP/SP, 2007.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12ª. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5281>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 02 de maio de 2012.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. (Trad.) M. C. de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares *apud A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações Privadas*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, in: *A constituição concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 152.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. *Boletim Científico* 14, 2005.

\_\_\_\_\_. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil, In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil e Constituição. Artigo publicado na obra: "*Constituição Federal – 15 anos*". (Coords.): TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A.V. Alves; LENZA, Pedro. Editora: Método, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

## **Legislação e Jurisprudência**

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011.

\_\_\_\_\_. AC 2695 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 25/11/2010, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-231 DIVULG 30/11/2010 PUBLIC 01/12/2010.

\_\_\_\_\_. HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004.

\_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário 201819 /RJ – Órgão Julgador: 2ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE – Relator p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, DJ 27.10.2006.

\_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário 158215, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 30/04/1996, DJ 07-06-1996.

\_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário 161243, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 29/10/1996, DJ 19-12-1997.

\_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário 407688, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2006, DJ 06-10-2006.

*Artigo recebido em 04 de outubro de 2014.  
Artigo aprovado para publicação em 17 de novembro de 2014.*

DOI: 10.11117/1982-4564.07.16



Observatório da Jurisdição  
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.  
Ano 7, no. 2, jul./dez. 2014. ISSN 1982-4564.

## Implementação qualitativa da educação infantil como fruto da gestão democrática: análise crítica e propostas à luz da ponderação no caso em concreto

*Luiz Henrique Batista de Oliveira Pedrozo\**

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo promover uma análise crítica acerca da responsabilização dos Municípios com relação à efetivação de políticas públicas voltadas à educação infantil. Para tanto, se utiliza da análise de caso, para demonstrar como o ente público vem sendo cobrado pelo Poder Judiciário e como a adoção de medidas programáticas e progressivas, de forma dialógica com os atores sociais, em especial, o Ministério Público, podem viabilizar um melhor planejamento das políticas públicas voltadas à educação básica, evitando-se, assim, intervenção posterior, via decisões judiciais, no orçamento Municipal.

De igual maneira, aborda como tem se dado o processo de municipalização dessas políticas públicas, explicando como o acesso à creche e à pré-escola evoluiu desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, passando do estágio de uma política assistencialista direcionada prioritariamente à mulheres pobres, até alcançar o status de direito fundamental a ser garantido a toda e qualquer criança de 0 a 5 anos, chamando a atenção, ainda, para o fato de o Ministério Público, ter de rever também, a sua forma de atuação, vez que tem desempenhado parcialmente o seu papel com relação à efetivação qualitativa dessas políticas públicas, concentrando-se na atuação quase que exclusiva de fiscalizar os atos da administração pública posteriores à definição das estratégias e dos orçamentos, quando na verdade deveria se dedicar à participar ativamente do processo de elaboração e planejamento da política pública, inclusive, junto aos conselhos de direito.

**Palavras-chave:** Educação Infantil; Municipalização; Creches.

**Abstract.** This work aims at providing a critical analysis about the accountability of municipalities with respect to the effectiveness of early childhood education focused on public policy. For that, it uses case analysis to demonstrate how the public entity has been charged by the judiciary and how the adoption of programmatic and progressive measures, dialogic way with social actors, in particular the prosecutor, may enable a aimed at better planning of basic education policies, thus avoiding, posterior intervention through judicial decisions, the Municipal budget.

Similarly, discusses how has given the process of municipalization of these public policies, explaining how access to daycare and preschool evolved since the enactment of the 1988 Federal Constitution, passing the stage of a welfare policy directed primarily to poor women until it reaches the status of a fundamental right to be guaranteed to any child 0-5 years calling attention also to the fact that the prosecution, having to also revise the way it operates, it has played partially their role in relation to the qualitative effectiveness of these policies, focusing almost exclusively on the role of supervising the acts of subsequent government the definition of strategies and budgets, when he should devote to actively participate in the drafting process planning and public policy, including, along with the right advice.

**Keywords:** Childhood Education; municipalization; children center.

\* Diretor de Pareceres junto à Procuradoria Geral do Município de Ibiporã/PR. Mestrando em Teorias da Justiça e Exclusão na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

## 1. Introdução

O trabalho em questão tem como ponto de partida, decisão judicial proferida em Ação Civil Pública com preceito cominatório de obrigação e pedido de antecipação de tutela, Processo nº 3838-97.2013.8.16.0090, promovida pelo Ministério Público do Estado do Paraná em face do Município de Ibiporã, embasada em dados fornecidos pelo IBGE acerca da taxa bruta de natalidade e em reivindicações diretas feitas por munícipes ao Parquet para obtenção imediata de mais de 340 vagas em creches municipais.

Através da análise de caso, visa-se demonstrar, quais as principais dificuldades enfrentadas pelo ente Municipal para promover de forma indiscriminada e universal uma educação básica ideal, tal qual exige a Constituição Federal, e por quais motivos, atores sociais, a exemplo do Ministério Público, ao invés de participarem ativamente do processo de elaboração e definição dessas políticas públicas, tem preferido permanecer na retaguarda, consentindo ainda que indiretamente que o gestor público mantenha em suas mãos a obrigação de definir as estratégias necessárias à implementação da política pública no Município, focando-se na fiscalização posterior, apontando falhas, exigindo soluções e, invocando uma luta pela implementação das políticas públicas educacionais que a bem da verdade deveria ter sido assumida desde o seu nascedouro, quando da definição do orçamento público para tal fim.

Para tanto, parte do pressuposto de que a educação é um processo de construção continuada do homem em sociedade, necessário à integração de todas as relações interpessoais firmadas no decorrer de sua existência, e que depende, por sua vez, da articulação entre Administração Pública e demais atores sociais, em especial, sociedade civil organizada, Ministério Público e Poder Judiciário, na forma de definições estratégicas de política pública em total consonância com a realidade social.

Objetiva-se, assim, lançar a lume discussão acerca da co-culpabilidade dos demais atores sociais nas falhas que vez ou outra são apontadas no processo de implementação das políticas públicas educacionais por parte dos Municípios, e como a abertura de canais de participação nos processos administrativos que antecedem a definição dessas políticas públicas de educação básica podem proporcionar uma maior eficiência do serviço público.

Nesse sentido, se aposta que as mais acertadas decisões governamentais são aquelas elaboradas em conjunto com segmentos representativos da sociedade, os chamados atores sociopolíticos, e que é preciso ponderação do magistrado para não atribuir exclusivamente ao ente público a insuficiência dos atos por ele praticados em prol da efetivação da política pública educacional, reconhecendo-se os esforços empregados apesar de todas as limitações financeiras, estruturais e político-administrativas.

## 2. A municipalização do ensino

A Constituição Federal de 1988, no intuito de promover a estabilidade social e política, trouxe várias mudanças ao cenário social brasileiro, dentre eles, a redefinição do pacto tributário, o fortalecimento e a redefinição do papel das instituições e a submissão de todas elas e de todas as autoridades públicas àquilo que denominou claramente, como sendo garantias e direitos fundamentais dos cidadãos. Um desses direitos fundamentais é justamente o acesso à educação de qualidade, que o Estado foi obrigado a rever e promover ao cidadão, desde a sua tenra infância.

Segundo o Plano Nacional de Educação:

A Educação Infantil estabelece as bases da personalidade humana, da inteligência, da vida emocional, da socialização. As primeiras experiências da vida são as que marcam mais profundamente a pessoa. Quando positivas, tendem a reforçar ao longo da vida, as atitudes de autoconfiança, de cooperação, solidariedade, responsabilidade (PNE, 2001/2010).

Na busca pelo desejado Estado Democrático de Direito, a Magna Carta ampliou os raios de atuação do Poder Público e promoveu a extensão das políticas públicas a todos os cidadãos. Assim, a educação básica, que antes era direcionada exclusivamente ao atendimento das necessidades das mães pobres que não detinham condições de promover os devidos cuidados aos seus filhos por terem de trabalhar e sustentar a família, passou a ser direito fundamental de toda e qualquer criança na faixa etária de 0 (zero) a 5 (cinco) anos. Não é por acaso, que o capítulo da Constituição Federal dedicado à Educação, mais precisamente o artigo 208, inciso IV, definiu expressamente que o dever do Estado com a Educação será efetivado mediante garantia de "educação infantil, em creche e pré-escola às crianças de até 5 (cinco) anos de idade", o que é repetido no artigo 54, inciso IV, da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Porém, foi com o artigo 211 da Constituição Federal, que dispõe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração os seus sistemas de ensino, cabendo aos municípios atuarem com prioridade no ensino fundamental e na educação infantil, que a tese da descentralização da educação tornou-se efetivamente lei, viabilizando pela primeira vez no Brasil a organização dos sistemas de ensino entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios pela via do chamado Regime de Colaboração, de modo a possibilitar aos Municípios a criação de seus próprios sistemas de ensino, e atribuir a esses autonomia relativa na formulação de políticas educacionais, em específico para a Educação Infantil e o Ensino Fundamental, visto que, até então, a esfera municipal detinha, apenas, o sistema administrativo.

Naquele momento, marcado por fortes reações ao centralismo do regime autoritário e por uma grande revalorização da

instância local, e apesar da pluralidade de interesses, definiu-se a tendência de atribuição de uma maior autonomia aos Municípios, confirmada, no campo da educação, alguns anos após, pela nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) – Lei nº 9.394 –, em 1996. (SOUZA e FARIA, 2004, p. 926).

Mais tarde, esse Regime de Colaboração entre os entes federados (a União, o Distrito Federal, os 27 Estados-membros e mais de 5500 municípios) foi reformulado pela Emenda Constitucional nº 14, de 12 de Setembro 1996, que por sua vez viabilizou, a implantação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF, hoje denominado FUNDEB), no intuito de promover a descentralização e a otimização dos gastos com educação (CURY, 2000).

Com o advento da CF, foi facultado aos Municípios o direito de emitir normas e a estabelecer políticas, viabilizando, com isto, a implantação do Regime de Colaboração e não mais a manutenção de relações hierárquicas entre as três esferas políticas de poder (União, Estados e Municípios), pelo menos no âmbito da lei. Em que pese a importância da CF nesta matéria, é importante sublinhar que a definição clara de competência dos Municípios para a instituição de seus próprios sistemas de ensino decorre mais das definições prevista na nova LDB nº 9394/96, do que naquela Constituição. (SOUZA apud SAVIANI, 2004, p. 930).

No sentido posto acima, a otimização de recursos significa criar condições para uma maior eficiência e, em consequência, maior agilidade e transparência na prestação de serviços públicos pelo Estado, presumindo, ainda, maior envolvimento direto do poder local na captação das demandas, no controle de gastos e na inspeção do cumprimento das metas estabelecidas e, a um só tempo, o acompanhamento dessas ações pelo setor público (MENEZES, 2001).

Porém, tal ideia não se sustenta quando, estatisticamente, se comprova que foi justamente no período após a Constituição Federal que ocorreu no Brasil um fenômeno de multiplicação desordenada de Municípios (em 2003, cerca de 80% dos Municípios não se sustentavam com receita tributária própria e viam no Fundo de Participação Municipal a principal fonte de renda). E que, multiplicando-se os Municípios, avultaram-se as responsabilidades constitucionais.

Em termos locais, o que se vê, não é a transferência de poder decisório pela União ou Estado ao Município, mas sim, deslocamento de problemas e encargos, vez que os primeiros, em especial a União, continuam a deter percentuais maiores de arrecadação ao passo que redistribuem entre as esferas menores, ou seja, aos Municípios mais responsabilidades.

(...) o Regime de Colaboração entre os sistemas de ensino, de acordo com o modelo em processo de implantação no Brasil,

vem contrariando os preceitos constitucionais (Artigo nº 211 da CF de 1988), que apontam para decisões compartilhadas entre sistemas de ensino iguais e autônomos entre si. Tal concepção de colaboração implica igualmente considerar ações conjuntas que abarquem, por exemplo: a divisão de responsabilidades pela oferta do Ensino Fundamental entre as instâncias federadas; o planejamento educacional (planos de educação e censos escolares), de modo a buscar o compromisso comum com a qualidade de ensino; a superação de decisões impostas ou a simples transferência de encargos, sem que haja o repasse devido dos meios e recursos necessários; e, ainda, a garantia de participação da sociedade, através dos seus Conselhos, com representação popular e poder deliberativo (SOUZA e FARIA, 2004, p. 931).

O resultado, apesar dos esforços e de a qualidade do ensino ter melhorado bastante, foi justamente, o decréscimo da participação da União num quadro de elevada desarticulação, o que fomentou a elaboração e a organização de uma educação básica a partir da criação de sistemas de ensinos autônomos, pautados em realidades um tanto quanto diferentes de cada um desses Municípios, promovendo um significativo aumento da desigualdade.

### **3. Do cumprimento e do descumprimento das obrigações legais: análise de caso**

#### 3.1 Uma visão panorâmica da problemática: entender a atuação do município para rever a atuação do ministério público

No Município de Ibiporã, situado no norte do Estado do Paraná, com aproximadamente 51 (cinquenta e um) mil habitantes, a situação não é diferente dos demais entes municipais. As dificuldades para se atender a crescente demanda por creches ultrapassa as discussões acerca de questões orçamentárias, vai da falta de ações conjuntas capazes de nortear o planejamento familiar, por exemplo, à implementação eficaz de outras políticas públicas não menos importantes, por parte dos outros entes federativos, além da falta de interesse na participação efetiva da política pública por parte da própria sociedade envolvida.

Para se ter uma idéia, quando da elaboração de seu plano plurianual vinculado à participação de recursos públicos, havia previsão para a reforma, construção e ampliação de centros de educação infantil e escolas, perfazendo a previsão de gastos, para 2010, de R\$ 439.440,00 (quatrocentos e trinta e nove mil, quatrocentos e quarenta reais); para 2011, de R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais); idêntico valor para o ano de 2012, e para o ano de 2013, a quantia de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), totalizando a previsão de gastos em R\$ 2.839.440,00 (dois milhões, oitocentos e trinta e nove mil, quatrocentos e

quarenta reais). Na ocasião, foi comunicado o Ministério Público da importância da sua participação na definição do orçamento, porém este não manifestou interesse, cabendo única e exclusivamente aos conselhos municipais definirem as diretrizes ao administrador público.

Neste caso, efetivamente, os investimentos foram bem elevados. A Diretoria de Contabilidade do Município, ao apurar pormenorizadamente os valores aplicados, concluiu que investimentos por parte do Município em Educação Básica foi na escala de R\$ 6.248.907,33 (seis milhões, duzentos e quarenta e oito mil, novecentos e sete reais e trinta e três centavos), tudo destinado a obras de construção, reforma e ampliação das creches municipais.

Em números de atendimento, isso retratou que, em 2010, o Município atendeu a 210 novas crianças, chamando-as à matrícula nos Centros Municipais de Educação Infantil. Que em 2011, além daquelas já atendidas, outras 536 crianças foram devidamente matriculadas, e ao final de 2012, o número de novos atendimentos havia chegado à casa dos 1.5821, quase dez vezes mais que em 2010.

Mesmo assim, o Ministério Público promoveu Ação Judicial em face do Município, com o fixo pedido de que o ente público viesse a implementar, em exíguo prazo, 320 (trezentos e vinte) vagas de educação infantil para o atendimento a crianças com idade entre 0 a 5 anos, sob a justificativa de que foram inúmeras as reclamações feitas por mães naquela promotoria, e que o Poder Público Municipal não vinha atendendo a totalidade das demandas por vagas nas creches tal qual exige a Constituição Federal, em seu artigo 6º.

O referido dispositivo erigiu o direito à educação à categoria de direito social, englobando-o à noção de direitos de segunda geração, cuja implementação exige dos poderes públicos municipais prestações positivas a serem realizadas mediante políticas públicas concretizadoras de prerrogativas sociais, destinadas a reduzir desigualdades sociais e a efetivar a garantia do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, conforme explicitado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Em sede de defesa, o Município juntou aos autos cópia do Decreto Municipal nº 057/2013, o qual dispõe sobre diretrizes e procedimentos a serem adotados para o cadastramento e matrícula de crianças com idade de 04 (quatro) meses a 03 (três) anos, candidatas à vagas em turmas de berçário I e II nas instituições da rede municipal de ensino infantil de Ibiaporã para comprovar que há regulação, planejamento e definição de critérios objetivos bastante claros a ordenar a educação básica e assim, afastar toda e qualquer alegação no sentido de que houve inadimplência quanto às suas obrigações legais de inserção educacional de infantes.

---

<sup>1</sup> Todos esses dados foram repassados ao Ministério Público quando da instrução do Inquérito Civil por ele motivado.

Neste sentido, procurou reforçar enfaticamente a negativa ao pedido de antecipação de tutela feito pelo Ministério Público, pedido este que já havia sido denegado pelo juízo e que estava sendo reavaliado em sede de agravo de instrumento, embasando-se na necessidade de estrutura adequada e funcionários suficientes para promover todos os atendimentos considerados urgentes, além de esclarecer os riscos que tal medida imporá ao ideal atendimento e a toda sociedade caso houvesse a inserção obrigatória de gastos não previstos no orçamento.

Para tanto, invocou o artigo 2º da Constituição Federal que trata da separação dos poderes para sustentar a tese no sentido de não competência do Poder Judiciário para atuar em questões afetas à implementação das políticas públicas, considerando tratar-se de poder discricionário marcado pela conveniência e oportunidade, tal qual preceitua a doutrina:

O controle judicial, entretanto, não pode ir ao extremo de admitir que o juiz se substitua ao Administrador. Vale dizer: não pode o juiz entrar no terreno que a lei reservou aos agentes da Administração, perquirindo os critérios de conveniência e oportunidade que lhe inspiram a conduta. A razão é simples: se o juiz se atém ao exame da legalidade dos atos, não poderá questionar critérios que a própria lei defere ao administrador. Assim, embora louvável a moderna inclinação de ampliar o controle judicial dos atos discricionários, não se poderá chegar ao extremo de permitir que o juiz examine a própria valoração administrativa, legítima em si e atribuída ao administrador. Insta-se, pois, no exame do âmbito dentro do qual pode ser viável a atuação do administrador – situação que se configura com a reserva do possível, vale dizer, o conjunto de elementos a serem sopesados pela Administração, necessários à conclusão da possibilidade ou não do cumprimento de certo objetivo. (CARVALHO FILHO, 2007, p. 44)

Concentrando-se então, em números e estatísticas, a defesa apresentada pelo Município se preocupou em demonstrar ao judiciário, única e tão somente, a ausência de omissão frente à política pública educacional para afastar a efetiva intervenção judicial fundamentada na busca pela execução do direito fundamental, ao passo que, deveria ter levado a baila, também, a real dificuldade para se alcançar o total atendimento das demandas, qual seja, a implementação da gestão democrática das políticas públicas.

Em nenhum momento, procurou-se demonstrar nos autos que a intervenção do Judiciário e do Ministério Público, por exemplo, é considerada bem vinda e necessária à etapa de elaboração e planejamento das políticas públicas educacionais e do orçamento, e que o que deveria ser encarado como sendo imperativo constitucional com relação à participação no processo de elaboração das políticas públicas, vem sendo considerado pelas próprias instituições democráticas, mera liberalidade, prerrogativa ou faculdade.

Sob essa óptica, percebe-se que o ente municipal, deixou passar uma ótima oportunidade de promover ao julgador, dentro do processo, uma visão panorâmica da problemática aventada, de modo que ao final, ao menos, pudesse exigir pela via inversa, a participação efetiva do Ministério Público nos processos administrativos (que, diga-se de passagem, por precederem a implementação das políticas públicas que estão sob sua responsabilidade, devem ser democráticos).

A política pública é tida, pelo senso comum, como procedimento linear em que fases perfeitamente distintas sucedem-se, de modo a se partir da formação, passando pela implementação, finalizando com a avaliação. É necessário ao jurista o conhecimento do ciclo da política pública para tornar possível o controle jurídico de seu processo e de seus resultados.

Desde logo, é preciso ter claro que a política pública dá-se por ciclos, não sendo possível discernir de forma definitiva suas fases, por se verificar um processo de retroalimentação, onde a avaliação não é feita ao final, mas no curso da execução. Isto introduz novos elementos no quadro inicialmente proposto, modificando-o, de forma a adequá-lo à realização do objetivo. (MASSA-ARZABE, 2006, p. 70)

Logicamente, devem existir muitos outros interesses por de traz dessa inércia, tanto por parte da Administração Pública, que prefere manter distância dos canais de participação popular e deliberação democrática das políticas públicas, em nome de uma "pseudo melhor atuação" por parte do gestor, quanto por parte do próprio Ministério Público e do Judiciário, instituições democráticas, que não se interessam, no mais das vezes, em entender como funciona a máquina pública e se interar dos meandros que permeiam o planejamento e o orçamento público. Por entendê-los complexos ou técnicos demais, preferem então, focar suas atuações na fiscalização, ao passo que deveriam ser proativos quando da elaboração das políticas públicas, convocando ou se fazendo presentes em audiências públicas e conselhos gestores, por exemplo, independentemente de serem "convidados" para isso.

Desta feita, ao mesmo tempo em que o alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à educação básica, que é garantia, por consequência, de proteção à criança, não podem ser menosprezados pelo Estado ante a omissão na implementação e efetivação das políticas públicas eficientes e responsáveis, sob pena de se incorrer em grave e injusta frustração de um compromisso constitucional que visa à preservação dos direitos da população, não pode o Judiciário fechar os olhos para a omissão que recai sob os atores sociais, em específico o Ministério Público, que tem por obrigação participar ativamente do procedimento de definição dessas políticas públicas, justamente porque é nesta fase que se deve descortinar os prognósticos

necessários à satisfação adequada do interesse público, que ele próprio Ministério Público fiscaliza.

Sobre o perfil ideal do promotor de justiça junto às políticas públicas, pertinente se faz o seguinte pensamento:

Não será, certamente, aquele que se seduz pelo poder enquanto poder, embora com um novo figurino, mas impregnado de similar coronelismo político, com matreira habilidade midiática na exposição desnecessária de pessoas e valores. E sim o de protagonista de uma nova agenda social composta por políticas públicas efetivamente comprometidas com a doutrina dos direitos humanos. Preocupado em alargar o acesso popular ao Judiciário, trazendo para a arena jurídica um novo jeito de operar o Direito, da ótica das questões realmente relevantes para a sociedade, sob o signo da justiça social, por meio do dístico multifário e difuso<sup>2</sup>. (GIACÓIA, 2007, p. 283).

Sabe-se que nossa sociedade tem pouca cultura política e que esse é um dos desafios mais duros que o país deverá enfrentar para reverter sua condição sócio-política. Porém, é institucional o papel do Ministério Público de atuar proativamente nos diálogos a serem travados entre a sociedade e o Poder Público, principalmente, para evitar que a participação administrativa continue a ser encarada pelos gestores como sendo uma "ciranda de interesses". Contudo, esse tipo de atuação não pode ser concebida a título de prerrogativa, como insiste em afirmar o próprio Ministério Público. É, a bem da verdade, um importante dever.

Dever este que se torna claro, quando se passa a conceber que as demandas (necessidades) são interpretadas por aqueles que ocupam espaços de poder, mas são influenciadas por uma "Agenda", que se cria na sociedade através da pressão política e da mobilização dos diferentes segmentos da sociedade. Cabe, portanto, ao Parquet, auxiliar a sociedade na formação dessa Agenda, mesmo porque política pública não se confunde com programa de governo.

---

<sup>2</sup> Neste sentido, na nítida intenção de expressar a necessidade de que os promotores e procuradores sejam vocacionados, Paulo Bonavides faz a distinção entre os dois Ministérios Públicos do Brasil – o da Constituição e o do Governo: "Com efeito, há dois Ministérios Públicos no Brasil; um é o da Constituição; o outro o do Governo. Um protege os interesses da Sociedade e o povo o aplaude; o outro serve aos fins de quem governa e o povo o reprova. O primeiro é a efígie da independência e da isenção; advoga a causa social, tutela o bem comum, por isso, recebe os louvores da opinião e do corpo de cidadãos. O segundo, ao revés, se mostra o órgão do status quo, é instrumento submisso do Estado, máquina do governo que o mantém debaixo de seu influxo preponderante. O MP da Constituição é a maioria, a legitimidade, o colegiado da cidadania. O do Governo é a minoria, a omissão, o engavetamento, a ausência, a deserção nos graves momentos constitucionais de crise do regime. Um é enaltecido, o outro menosprezado. Aquele zela pela moralidade pública em todos os distritos da governança política; este se rebaixa ao grau de servilismo, instrumento inferior do Poder Executivo, o qual lhe nomeia o Chefe, em ordem a configurar, pelos laços da sujeição estabelecida, o vício institucional gerador de toda essa ruptura, que é a guerra civil interna nos quadros do Ministério Público, responsável do divórcio entre a cúpula e as bases. Um guarda a liberdade, a Constituição, a moral administrativa; o outro faz-se serventuário dos designios executivos e se acolhe à sombra do paço presidencial onde cultiva a intimidade do poder". (BONAVIDES, 2003, p. 383-385).

Políticas Públicas são os meios de planejamento para a execução dos serviços públicos, correspondem claramente à função de planejamento, ao passo que, as obras e serviços públicos, caracterizam justamente a execução material dessa função (SANTIN, 2006, p. 35). Assim, se a execução material do que foi planejado não se mostra satisfatório, o Poder Judiciário tem que buscar na fonte dessas políticas públicas os subsídios necessários à punição do gestor, inclusive, por improbidade, e obter meios para que sejam prestados qualitativamente os serviços públicos à população.

(...) políticas públicas são aqui entendidas como o “Estado em ação”. Ação, não é, contudo, sinônimo de atividade. É uma ação sistemática e qualificada, de um determinado governo, com o objetivo específico de intervir em contextos sociais, específicos a fim de promover a inclusão. Isso faz com que as políticas guardem profunda relação com as políticas. (ALVES, 2010, p. 213).

Há de se compreender, portanto, que o Ministério Público deve rever sua atuação e promover ações no campo preventivo, ainda que fora de gabinete ou para além do expediente regular de trabalho, promovendo audiências públicas, reuniões diversas, trabalhos em rede, entre outras (NUNES, 2012). Servindo não somente como órgão fiscalizador, mas articulador junto à Administração Pública para garantir ao cidadão, no caso, crianças, o acesso à educação de qualidade.

A participação do Ministério Público na elaboração das políticas públicas passa, em primeiro plano, pelo conhecimento da realidade de cada um dos Municípios, Estados e da União no que concerne ao atendimento dos direitos sociais, buscando, em conjunto com os Poderes Executivo e Legislativo, Conselhos de Gestão e sociedade civil organizada definir prioridades a fim de que eventuais falhas nesse atendimento sejam devidamente corrigidas, indicando a melhor forma de fazer com que os orçamentos públicos contemplem recursos suficientes para tanto. (GONÇALVES, 2009, p. 26).

Neste vértice, fica difícil falar em eficiência nas ações de fiscalização promovidas pelo Ministério Público, se este não mantém contatos periódicos com os atores sociais ligados à educação no Município, não realiza reuniões junto aos conselhos ligados à política de educação ou não promove parcerias com outros órgãos de controle, feito o Tribunal de Contas por exemplo.

### 3.2 Da natureza prestacional do direito à educação face à compatibilização entre o mínimo existencial e a reserva do possível

Entende-se por mínimo existencial (legado constitucional) a teoria que norteia o estabelecimento das metas prioritárias dentro do orçamento público na formulação e execução das políticas públicas, de forma que, só depois de serem

disponibilizados os recursos necessários, é que serão discutidas as demandas que merecem atendimento.

Porém, a limitação fática e jurídica invocada como justificativa para a não efetivação dos direitos fundamentais prestacionais é que tem recebido a denominação de reserva do possível, segundo a qual, deve sempre existir uma reserva orçamentária para garantir as necessidades públicas básicas da coletividade, a qual não pode ser afetada para o custeio de despesas específicas de um ou mais cidadãos individualmente.

No caso em comento, o juiz da causa, seguindo essa linha de raciocínio, entendeu que a cláusula de reserva do possível não se reveste de caráter absoluto, ainda mais quando esbarra em direitos fundamentais inseridos no mínimo existencial. Porém, compreendeu a necessidade de se analisar a proporcionalidade da prestação e a razoabilidade de sua exigência para tornar efetivas as prestações positivas reclamadas do Município, como destacado no trecho abaixo:

(...) não se pode tolerar que a reserva do possível seja utilizada como meio a tornar legítima a negligência do Estado em viabilizar e tornar efetivas as políticas públicas necessárias ao custeio inerentes aos direitos dos indivíduos ainda em formação. Desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais não poderá ser acatada, ainda mais quando da existência de controvérsias sobre o não desperdício das verbas públicas, sua regular aplicação aos fins para os quais foram orçadas ou mesmo sua desnecessária vinculação a áreas não prioritárias do ponto de vista da efetivação dos direitos fundamentais.

Assim, desconsiderou o magistrado o argumento de possível falta de previsão orçamentária específica para suportar as despesas em relação à criação de novas vagas nas creches municipais, visto que, no decorrer do processo, demonstrou ainda o Ministério Público, que o Prefeito do Município de Ibiporã havia criado por meio das Leis Municipais nº 2.594/2013 e 2.601/2013, duas novas Secretarias Municipais e promovido a inclusão de mais dois cargos no rol da categoria dos cargos comissionados.

Se o município possui recursos financeiros para gerar todos esses novos cargos, deverá dispor de recursos para o investimento e implementação de vagas na educação infantil, visto ser prioridade absoluta garantida pela Constituição Federal.

E mais, em caso de escassez de recursos, caberá ao Município, primeiramente, dispor dos cargos comissionados e dos servidores em estágio probatório, até que se alcance a efetivação integral ao atendimento das políticas públicas prioritárias, definidas no texto constitucional. (trecho da sentença)

De igual maneira, rechaçou a tese defensiva de que a discricionariiedade do Poder Executivo mostrava-se ameaçada, buscando na doutrina moderna a robustez do seu convencimento neste sentido.

[...] discricção administrativa não pode significar campo de liberdade para o administrador, dentre as várias hipóteses abstratamente comportadas pela norma, eleja qualquer delas no caso concreto. Em última instância, o que se está dizendo é o seguinte: o âmbito de liberdade do administrador perante a norma, não é o mesmo âmbito de liberdade que a norma lhe quer conferir perante o fato. Está se afirmando que a liberdade administrativa, que a discricção administrativa é maior na norma de direito, do que perante a situação concreta. Em outras palavras: que o plexo de circunstancias fáticas vai compor balizas suplementares à discricção que está traçada abstratamente na norma (que podem, até mesmo, chegar ao ponto de suprimi-la) pois é isto que, obviamente, é pretendido pela norma atributiva de discricção, como condição de atendimento de sua finalidade. (MELLO, 2008, p. 36)

Pois bem, sem discordarmos deste entendimento judicial, mais uma vez questionamos: Se o Ministério Público tivesse acompanhado de perto todo o procedimento, inclusive, aquele que deu origem à criação de novos cargos comissionados. Se interado do tramite junto à Câmara Municipal para tais gastos públicos, vez que houve publicidade desses atos legislativos, o desfecho dessa situação poderia ter sido diferente?

Certamente sim. O Ministério Público, dada sua autonomia, possui condições de atuar preventivamente e repressivamente para uma boa aplicação das verbas públicas, e poderia, por exemplo, ter zelado pelo apoio dos conselhos ligados à educação, exigindo os orçamentos detalhados da Educação Básica (porque os orçamentos genéricos dificultam a compreensão da informação, o ideal acompanhamento do procedimento, servindo de subterfúgio para a realização de desvios e fraudes); poderia ter cobrado mais fiscalização e transparência da folha de pagamentos da Secretaria Municipal de Educação; poderia ter acompanhado os trabalhos dos conselhos e auxiliá-los na fiscalização de bens e prestação de serviços ligados à Educação e à movimentação dos recursos do FUNDEB.

A par disso, poderia também ter obstado o direcionamento de verbas públicas para a criação de cargos antes do total adimplemento das obrigações para com a Educação Básica. Mesmo porque, atualmente, além das informações que podem ser obtidas junto às prefeituras, é possível ter acesso sobre muitos dados referentes à educação infantil junto a banco de dados disponibilizados em sites especializados em pesquisas, análises e estatísticas, tais como o do MEC, INEP, IBGE, sites de ONGS, observatórios sociais ou nas próprias Secretarias de Educação.

O conceito de fiscalização trazido por este art. 30 da CF deve ser estendido à dimensão não só curativa de problemas na prestação dos serviços, mas também e fundamentalmente preventiva, haja vista que ela deve ser permanente, tanto para evitar os problemas que não deseja, como para oportunizar um espaço permanente de participação qualitativa ao atendimento das demandas que buscam os serviços alcançar, revitalizando-os em níveis de eficácia social maximizada. Tal concepção por certo vem ao encontro dos interesses comunitários que dão causa e sentido à prestação dos serviços públicos, com legitimidade renovada pela inclusão e ação social dos seus usuários na conformação conceitual e de respostas às suas necessidades. (LEAL, 2008, p. 18)

Neste ponto, por fim, repousa também a importância dos Conselhos de Direito que, diante do insucesso de alguns dos meios de controle do poder, podem surgir como uma nova alternativa a esta função à medida que algumas decisões do Poder Executivo vão sendo submetidas prioritariamente, ao crivo desses órgãos colegiados, promovendo-se uma espécie de prestação continuada de gestão de serviços públicos, na qual o principal interessado tem participação permanente.

### 3.3. Da razoabilidade da decisão judicial ante as especificidades do caso concreto

Em que pese o Poder Judiciário não ter acolhido a alegação do Município no sentido de que não se pode falar em inadimplemento em relação ao atendimento para a colocação de crianças do Município de Ibiporã em creches e pré-escolas, ele segue entendimento jurisprudencial que considera que a existência de uma lista de espera prova a inobservância do dever legal de disponibilizar nos centros municipais de educação infantil, vagas para todas as crianças de zero a cinco anos.

Da mesma forma, ainda que não tenha feito o juiz da causa, qualquer consideração com relação àquele dever proativo do Ministério Público, exaustivamente abordado neste trabalho, com relação à atuação preventiva do "mau gasto" público, pode-se dizer que a condenação sofrida pelo ente Municipal foi razoável.

Primeiro, tem-se que o magistrado compreendeu a impossibilidade de o Município esgotar a lista de espera alocando de forma imediata toda e qualquer criança que necessitar de vaga nos centros educacionais sem desrespeitar as regras impostas pela Lei em nome da aprendizagem e do estímulo pedagógico. Para tanto, condenou o Município a suprir a demanda reprimida bem como aquela que vier a surgir em todo o seu território, concedendo-lhe, contudo, o prazo de 4 (quatro) anos a contar de 2014, para obedecer um cronograma de

implantação a ser definido e protocolizado em juízo até a data do dia 31 de março de 2015, cronograma este que deverá ser contemplado no Plano Orçamentário Plurianual subsequente, sob pena de multa cominatória diária, por cada criança que deixar de ser atendida, no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Condenou ainda o Município a realizar uma previsão de recursos necessários à criação e ao aumento do número de vagas nos Centros Municipais de Educação Infantil (CMEI) nas propostas de leis orçamentárias dos anos de 2015 e seguintes – Plano Plurianual, Leis de Diretrizes Orçamentárias e Leis Orçamentárias Anuais –, devendo ainda, quanto as já definidas, promover a alocação e ou remanejamento dos recursos necessários na proposta e ou Lei Orçamentária para 2015, com posterior execução prioritária do orçamento no setor, de acordo com o disposto nos artigos 4º, caput e parágrafo único, alíneas “b”, “c” e “d” e 259, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e Lei Complementar nº 101/2000, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) – artigo 461, § 5º, do Código de Processo Civil combinado com artigo 213, § 2º, do ECA –, ordenando a destinação desse valor ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município, nos moldes do artigo 214 do ECA combinado com os artigos 11 e 13 da Lei nº 7.347/1985.

Por fim, em hipótese de descumprimento do Município, condenou o ente público a ter de celebrar convênio com creches e escolas particulares, até que todas as crianças que procurem o serviço sejam devidamente matriculadas, com base no artigo 461 e parágrafos, aplicados subsidiariamente, em consonância com os artigos 152 do ECA e 19 da Lei nº 7.347/85.

#### **4. Conclusão**

O processo de descentralização das políticas públicas, através da Municipalização só surtirá bons frutos se viabilizada a governança embasada na participação e democratização da coisa pública, principalmente no que diz respeito à produção de uma gestão territorial de proximidade entre a Administração Pública e instituições sérias, caso do Ministério Público, promovendo-se assim, a incorporação do cidadão ao desenvolvimento local (CARVALHO, 2012).

Isso porque, as dificuldades financeiras, sempre alegadas pelos administradores como justificativa para a baixa amplitude e qualidade dos serviços públicos essenciais, não podem e não devem, de fato, ser encaradas pelo Judiciário como argumento definitivo. Aos olhos do julgador e dos órgãos de fiscalização, a escassez de recursos deve ser encarada como sendo algo diferente da inexistência total e completa de recursos, ao tempo em que as dificuldades devem ser enfrentadas pelo gestor através de uma escolha consciente das prioridades, com alocação adequada de recursos, priorizando, por óbvio, o que a Constituição Federal já sinaliza como objetivos e metas fundamentais (GONÇALVES, 2009).

É notório que o caminho a ser percorrido em busca da efetiva implementação das políticas públicas voltadas para a garantia dos direitos fundamentais é longo e repleto de dificuldades. Porém, o fim almejado deve ser compartilhado, para que possa ser considerado justo e recompensador, daí a necessidade da mobilização social e do comprometimento dos Poderes do Estado, tendo no Ministério Público um dos seus principais pontos de apoio e de fomento (GONÇALVES, 2009), apontando-se uma nova configuração de relação pública e espaço público pautados no diálogo e na interlocução democrática entre todos os interessados, oportunizando-se que a ação pública esteja fundada em políticas públicas resultantes de um processo comunicativo voltado ao entendimento dos sujeitos sociais (LEAL, 2008).

### **Referências Bibliográficas**

ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e Participação Popular*. Porto Alegre: Editora Núria Fábris, 2012.

CARVALHO, J. M. de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 15º Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CURY, C. R. J. *Legislação educacional brasileira*. Rio de Janeiro: DP&A, 2000.

GIACÓIA, Gilberto. Ministério Público vocacional. *Revista Justitia*. São Paulo, n. 197, p. 279-286: Ministério Público de São Paulo – Associação Paulista do Ministério Público, 2007.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. O Ministério Público e a busca pela inclusão social: atuação no âmbito das políticas públicas. *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*, São Paulo –SP, novembro de 2009.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e pressão ao crime*. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2006.

SAVIANI, Demerval. Sistemas de ensino e planos de educação: o âmbito dos municípios. *Educação & Sociedade*, Campinas, SP, v. 20, n. 69, p.119-136, dez. 1999.

SOUZA, Donaldo Bello de e FARIA, Lia Ciomar Macedo de. *Reforma do estado, descentralização e municipalização do ensino no Brasil: a gestão política dos sistemas*

*públicos de ensino pós-LDB 9.394/96*. Ensaio: aval.pol.públ.Educ. [online]. 2004, vol. 12, n.45, pp. 925-944. ISSN 0104-4036.

LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*, Volume I, Tomo I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LEAL, Rogério. O controle social dos serviços públicos no Brasil como condição de sua possibilidade. Salvador: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Instituto Brasileiro de Direito Público, 2008.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. Biblioteca do Advogado. Editora Malheiros. 2ª edição. 9ª tiragem. 2008.

MENEZES, R. M. Processo de gasto e descentralização na política educacional brasileira. Em: *Aberto*, Brasília, DF, v. 18, n. 74, p. 58-71, dez. 2001.

NUNES, Antônio Carlos Ozório. *O Ministério Público e algumas contribuições possíveis à qualidade da educação*. Ministério Público do Estado de São Paulo: 01 de ago. de 2012. Disponível em: <http://www.apmp.com.br/index.php/artigos/486-o-ministerio-publico-e-algumas-contribuicoes-possiveis-a-qualidade-da-educacao-dr-antonio-carlos-ozorio-nunes-assessor-da-area-de-educacao-cao-civel-mp-sp>.

## **Legislação, Jurisprudência e Documentos**

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Diário Oficial da União, 5 out. 1988, atualizada em julho de 2014. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm)> Acesso em: 23 set. 2014.

BRASIL. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 – Lei de diretrizes e bases da educação*. Diário Oficial da União, 23 dez. 1996. Disponível em: [portal.mec.gov.br/seed/arquivos/pdf/tvescola/leis/lein9394.pdf](http://portal.mec.gov.br/seed/arquivos/pdf/tvescola/leis/lein9394.pdf)> Acesso em: 27 ago. 2011.

BRASIL. Ministério da Educação. *Programa de Fortalecimento dos Conselhos Escolares – cadernos 01 a 10*. SEB/MEC, Brasília: 2004. Disponíveis no site: [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=12384&Itemid=655](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12384&Itemid=655).

FNPE/CNPG/Foncaije. *Cartilha: Subsídios ao Ministério Público para acompanhamento do FUNDEB – Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação*. Disponível no site: <http://www.fnpe.gov.br>.

*Artigo recebido em 08 de outubro de 2014.*

*Artigo aprovado para publicação em 10 de dezembro de 2014.*

DOI: 10.11117/1982-4564.07.17



Observatório da Jurisdição  
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.  
Ano 7, no. 2, jul./dez. 2014. ISSN 1982-4564.

## Taxas: Equivalência e Igualdade

*Felipe Garcia Lisboa Borges\* e Lise Vieira da Costa Tupiassu Merlin\*\**

**Resumo:** As taxas são tributos vinculados a atuação estatal, de modo que sua estrutura não pode se distanciar do ato estatal em si. Isso significa que a hipótese de incidência, a base de cálculo, a alíquota, e, sobretudo, os contribuintes desta espécie tributária devem ter relação de equivalência com a ação pública prestada, sob pena de violação do texto constitucional. Contudo, tem-se verificado que o STF, interpretando a Constituição, adotou o entendimento de que princípios como o da capacidade contributiva são aplicáveis às taxas, como medida de isonomia e, por isso, de justiça tributária, muito embora disso resulte um estremecimento na relação de equivalência. Nesse contexto, verificou-se, a partir da doutrina de Sérgio Vasques, que vem ganhando força o entendimento que o princípio da equivalência melhor reflete, no caso dos tributos comutativos, o ideal de igualdade tributária. Diante da problemática, surgiu a necessidade de analisar a prática do STF diante desta teoria. Após a exposição do conceito e da estrutura das taxas, da teoria do princípio da equivalência, e da análise crítica da jurisprudência do STF, concluiu-se que o princípio da equivalência, assim como o princípio da capacidade contributiva, merece proteção, justo por refletir o ideal de justiça fiscal nas taxas.

**Palavras-chave:** Taxas; Capacidade Contributiva; Equivalência.

**Abstract.** The tax rates are tied to state action, so that its structure cannot distance itself from it. This means that the chance of incidence, the basis of calculation, the rate, and especially the tax payers of this kind should have equivalence relation with public action given under the risk of violation of the constitutional text. However, it has been observed that the Supreme Court, interpreting the Constitution, adopted the view that principles such as the ability to pay are applicable to fees as a measure of equality and therefore of tax justice, even though it results in a quiver equivalence relation. In this context, it was observed, from the doctrine of Sérgio Vasques, which is gaining strength understanding that the equivalence principle best reflects, in the case of commutative taxes, the optimal tax equality. Regarding the problem, the need arose to examine the practice of the Supreme Court on this theory. After exposure of the concept and structure of fees, the theory of the equivalence principle, and critical analysis of the case law of the Supreme Court, it was concluded that the principle of equivalence and the principle of ability to pay, merit protection, reflect a fair the ideal of justice in tax rates.

**Keywords.** Fees; Principle of Contributory Capacity; Principle of Equivalence.

\* Advogado. Mestrando em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional no Centro Universitário do Estado do Pará.

\*\* Doutora em Direito pela Université Toulouse 1 - Capitole. Mestre em Direito Tributário pela Université Paris I, Panthéon-Sorbonne. Mestre em Instituições jurídico-políticas pela Universidade Federal do Pará. Mestre em Direito Público pela Université de Toulouse I - Capitole. Atualmente é professora do Centro Universitário do Estado do Pará.

## 1. Introdução

As taxas se sustentam na ideia proveniente da teoria da equivalência, segundo a qual o contribuinte deve arcar com os gastos públicos, tendo em conta a utilidade que lhe deriva das prestações do Estado (BAPTISTA, 2007).

A taxa reflete o ideal econômico liberal, na medida em que está associada à imagem do indivíduo pagando o preço de um bem porque deste bem extrai uma utilidade. Em função dessa imagem, as taxas e os tributos comutativos em geral, por seu caráter contraprestacional, são associados à perspectiva individualista, em contraposição à coletiva.

Após os horrores da 2ª Guerra Mundial, a atenção da humanidade voltou-se aos direitos humanos, em uma tentativa de moderar os males do Estado Liberal. Com advento do Estado Social e da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, segundo a qual o exercício dos direitos deve compatibilizar-se com os anseios da comunidade, a tributação necessitou de outra fonte de legitimação que não a mera equivalência. Necessitou-se de uma ideia que refletisse mais que uma contraprestação, uma contribuição para a coletividade, que almejasse uma melhor redistribuição dos recursos. A teoria da capacidade contributiva parece ter surgido nesse contexto.

Ao longo da história, é possível identificar três momentos distintos em que foram definidos os critérios para a tributação: princípio da captação, princípio da equivalência e princípio da capacidade contributiva. (CASTRO, 2013)

No Brasil, a sequência histórica não seguiu essa mesma tendência. Verifica-se, de acordo com a atual Constituição, uma mescla do ideal liberal com o social, princípios assistencialistas são tão protegidos como princípios de livre mercado. Dessa forma, toda interpretação constitucional deve ter muito cuidado com essa característica peculiar do ordenamento constitucional brasileiro.

No que tange ao sistema tributário brasileiro constitucional, a capacidade contributiva está expressamente prevista como o princípio de justiça fiscal para os impostos, na medida em que recomenda ao legislador, sempre que possível, graduar estas espécies tributárias de maneira pessoal e segundo a capacidade econômica do contribuinte. A dúvida surge no que tange a aplicabilidade deste princípio às demais espécies tributárias, tendo o Supremo Tribunal Federal (STF) acenado positivamente, conforme se verifica dos diversos julgados estudados nesta pesquisa.

Ocorre que a aplicação generalizada deste princípio causa grave incongruência dentro do próprio texto constitucional. As taxas, por exemplo, não têm uma estrutura natural apta a compatibilizar-se harmoniosamente com o princípio da capacidade contributiva. Todavia, o STF vem tentando realizar esta difícil tarefa.

Apesar de não ter o anseio de esgotar o tema ou definir o critério adequado, é objetivo do presente artigo analisar criticamente a prática do STF

diante da teoria do princípio da equivalência como critério de igualdade tributária (justiça fiscal), defendida por Vasques. Para o autor, o critério da equivalência, além de inspirar os tributos comutativos, pode também funcionar como princípio de justiça fiscal.

Este artigo irá centrar sua análise nas taxas, por considerar esta espécie como o melhor exemplo de tributo de natureza comutativa (sinalagmática ou contraprestacional), espécie onde a lógica é semelhante a dos ambientes mercadológicos, nos quais o beneficiado paga o preço equivalente do bem (contraprestação) desejado.

No que tange à estrutura do presente artigo, no primeiro tópico, o objetivo é tentar delimitar um conceito de taxa, a partir da interpretação do texto constitucional, do texto do Código Tributário Nacional e da doutrina de Ataliba. Esta última, utilizada como referencial teórico na tentativa de delimitar o conceito e a estrutura das taxas que será trabalhado no presente artigo.

No segundo tópico, o objetivo é tentar expor a teoria do princípio da equivalência como critério de igualdade tributária (justiça fiscal), defendida por Vasques.

No terceiro tópico, objetiva-se realizar uma análise crítica da prática do STF, levando-se em consideração a teoria do princípio da equivalência e os referenciais teóricos adotados no presente artigo.

Considerando a justiça fiscal como o limite primeiro de todo sistema tributário, a partir do momento em que o sistema não respeita este conceito elementar e passa a cobrar abusivamente de seus contribuintes, a insatisfação popular aumenta, a evasão fiscal aumenta e o crescimento do país diminui.

A história mostra que grande parte das revoluções teve origem justamente no uso abusivo da tributação, como, por exemplo, a revolução e independência das colônias americanas da metrópole britânica (*no taxation without representation*)<sup>1</sup> e a revolução francesa, que aboliu o *ancien régime*.

As taxas têm sido vistas como uma boa alternativa de financiamento dos órgãos públicos, em virtude do esgotamento da figura do imposto (CATARINO, 2010). O resultado é a progressiva passagem do Estado impositivo ao Estado taxador, muito embora ainda falte o rigor necessário na instituição das taxas, o que resulta em abuso e desigualdade.

Nesse contexto, no campo da tributação, acredita-se ser primordial a preocupação com a correta aplicação do princípio de justiça fiscal (igualdade). E a escolha do tema justifica-se e faz-se necessária em um momento em que

---

<sup>1</sup> Os estados americanos, insatisfeitos com as medidas tributárias impostas pela metrópole à colônia, exigiam representação no Parlamento britânico, utilizando, para isso, princípio adotado no próprio *English Bill of Rights (1689)*, segundo o qual não caberia a imposição de tributos sem o consentimento do Parlamento. Os princípios acabaram se tornando gritos de guerra da revolução, como *no taxation without representation* e *taxation without representation is tyranny*.

também se percebe uma jurisprudência vacilante no que tange à interpretação do critério de justiça das taxas na Constituição.

## 2. Taxas: conceito e estrutura

Não há um consenso sobre o conceito de taxas, muito embora, em grande parte dos países, elas sejam devidas ao Estado como contrapartida por um serviço prestado ao particular. No Brasil, de acordo com o artigo 145, inciso II, da Constituição de 1988, União, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão instituir taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

O Código Tributário Nacional, autorizado constitucionalmente para tanto define, em seu artigo 77, que os entes políticos podem instituir taxas, no âmbito de suas respectivas atribuições, as quais têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

De fato, a taxa, segundo o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, é uma espécie de tributo vinculado a uma prestação estatal. Segundo Ataliba, a taxa é um tributo cuja hipótese de incidência é uma atuação estatal diretamente (imediatamente) referida ao obrigado (pessoa que vai ser posta como sujeito passivo da relação obrigacional que tem a taxa por objeto).

Na taxa, h.i. é o estado prestar um serviço, expedir uma certidão, desempenhar atividade tendente a culminar por dar ou manter uma licença, autorização etc., que se liga a alguém, que é pela lei posto na situação de sujeito passivo do tributo.

Do que se vê que, para que se configure a taxa, basta a lei prever atuação estatal que tenha referibilidade a alguém (que poderá ser posto como sujeito passivo do tributo). Este tributo irá nascer com a referibilidade (no momento em que a atuação estatal se referir concretamente a alguém). (ATALIBA, 2012, p. 147).

Para Ataliba, a referibilidade entre a atuação estatal e o obrigado é inerente às taxas, sendo, inclusive, a referibilidade imediata a característica que a diferencia dos impostos (ausência de referibilidade entre ato estatal e o sujeito passivo) e das contribuições (referibilidade indireta ou mediata). Por este motivo, não pode a lei exigir taxa de serviço que não se utilizou ou de fiscalização que não houve (ATALIBA, 2012).

Machado esclarece melhor essa ideia ao dizer que a atuação estatal que constitui o fato gerador da taxa há de ser relativa ao sujeito passivo desta, e não à coletividade em geral. E complementa que o serviço público cuja prestação enseja a cobrança da taxa há de ser específico e divisível, posto que somente assim será possível verificar-se uma relação entre esses serviços e o obrigado ao

pagamento da taxa. Esta explicação reflete a noção de referibilidade direta das taxas.

Da explicação acima, Ataliba conclui que a referibilidade direta entre a atuação estatal e o obrigado é posta como o aspecto material da hipótese de incidência da taxa, sem a qual não se pode ter uma taxa. Conclui, também, que, sendo a atuação estatal referida imediatamente a alguém (referibilidade direta), a dimensão material das taxas, a base imponível é uma dimensão qualquer da própria atividade do estado: custo, valor ou outra grandeza qualquer (da própria atividade). (ATALIBA, 2012)

Aqui se começa a fazer o elo com a teoria que se tentará expor no tópico seguinte.

Como se vê, o conceito e a estrutura das taxas, de acordo com a ordem jurídico-constitucional brasileira e sua doutrina majoritária, apresentam uma forma e uma substância natural ao princípio da equivalência (entre a atuação estatal e o sujeito passivo).

Precisamente pelo fato de ser um tributo cujo fato gerador é uma atuação estatal diretamente prestada ao sujeito passivo, tanto a estrutura material quanto a estrutura formal das taxas deve ser dimensionada levando-se em consideração a atividade estatal, e nada além dela. Ao contrário dos impostos, quando aspectos pessoais do contribuinte, como a capacidade econômica (riqueza), devem ser considerados quando da mensuração do tributo, nas taxas, a mensuração deve guardar relação estreita com a atuação estatal, sob pena de alterar a própria natureza do tributo, ainda que continue a ser denominado taxa.

### **3. Princípio da equivalência e justiça fiscal nas taxas**

Vasques inicia sua explanação afirmando que a tese essencial que pretende sustentar com o trabalho é a de que o princípio da igualdade, uma vez projetado sobre taxas e contribuições, exige que estas sejam repartidas de acordo com o custo provocado pelo contribuinte ou de acordo com o benefício que a administração lhe proporciona. O princípio da equivalência dá corpo a este critério elementar de igualdade, ocupando, relativamente aos tributos comutativos, o mesmo lugar que o princípio da capacidade contributiva ocupa relativamente aos impostos.

O sentido essencial do princípio da equivalência está em proibir que se introduzam nos tributos comutativos diferenciações alheias ao custo ou ao benefício, assim como em proibir que o valor destes tributos ultrapasse esse mesmo custo ou benefício, sacrificando os respectivos sujeitos passivos em proveito da comunidade. Ora deste que é o seu sentido essencial desprendem-se exigências diversas na delimitação da base de incidência objectiva e subjectiva dos tributos comutativos, na composição da sua base tributável, na fixação do respectivo

valor, na afectação da receita que geram. (VASQUES, 2008, p. 15).

O sentido do princípio da equivalência está na estreita equivalência entre a atuação estatal e o sujeito passivo. Isto, pois, intencionalmente ou não, a ação do Estado direcionada ao particular causa uma diferenciação entre estes e o restante da comunidade, diferença que precisa ser corrigida para restaurar a isonomia. Quando o autor afirma que o princípio da equivalência proíbe diferenciações alheias ao custo e ao benefício, está procurando evitar que ao invés de restaurar a igualdade, se produza desigualdade. O custo e o benefício são os critérios de quantificação das taxas, de modo a garantir a equivalência pretendida.

Quando Vasques afirma que o custo e o benefício são os critérios para a realização do princípio da equivalência, ele procura um rigor maior para atingir a isonomia almejada. Ao destacar a existência de imprecisões terminológicas, ora considerando o princípio como equivalência de benefício, ora como equivalência de custos. O autor defende que a designação mais rigorosa é aquela que aponta o princípio da equivalência como o princípio geral, que se decompõe em princípio do benefício e princípio da cobertura de custos. Seja adotando como critério quantitativo o benefício auferido pelo contribuinte com a ação estatal, seja o cobrindo o custo do ato, o princípio da equivalência restará observado quando critérios estranhos ao custo e ao benefício não sejam adotados na mensuração das taxas.

Segundo Vasques, os estudos relacionados ao princípio da equivalência relacionam o princípio aos critérios de eficiência, proporcionalidade e igualdade. Considerando o fato, o autor sustenta a tese do princípio da equivalência como critério de igualdade tributária, analisando comparativamente os três critérios.

Em verdade, o princípio da equivalência serve muito bem ao critério de eficiência, critério eminentemente econômico, na medida em que trabalha a questão entre receita e despesa sob a ótica qualitativa.

O princípio da equivalência – e muito em particular o princípio do benefício que constitui uma das suas projecções – estabelecendo uma ponte entre as vertentes orçamentais da receita e da despesa, não só permite adequar às preferências dos contribuintes a qualidade da despesa pública como permite adequar às preferências dos contribuintes também o seu volume, produzindo-se com isso uma repartição mais eficiente de recursos entre o sector público e o sector privado. (VASQUES, 2008, p. 352).

De fato, os tributos comutativos, na medida em que representam uma relação de troca, contribuem muito bem aos preceitos da eficiência. Os contribuintes pagam por uma atuação estatal que assistem acontecer e, sobretudo, que solicitaram ao Estado. Com isso, observa-se o melhor aproveitamento possível dos recursos advindos da sociedade.

Sem negar o critério da eficiência, Vasques sustenta que, primeiramente, se deve atentar para o critério da igualdade. Por fazer com que cada um pague na medida do custo que causou à comunidade, o princípio da equivalência restaura o equilíbrio que restou afetado pela prestação estatal direcionada ao particular ou ao grupo específico, evitando que o custo seja repartido por toda a coletividade. (VASQUES, 2008)

Assim, no plano constitucional deve-se compreender primeiramente o princípio da equivalência como critério de igualdade para depois encará-lo como instrumento de eficiência.

Vasques também analisa comparativamente os critérios da igualdade e da proporcionalidade. Segundo o autor, a doutrina se divide entre aqueles que entendem o princípio da equivalência como critério de proporcionalidade e aqueles que o consideram instrumento para o alcance da igualdade.

Entre a doutrina alemã, Erik Gawel entende o princípio da equivalência como expressão do princípio da proporcionalidade, motivo pelo qual deve ser reconhecida a ele dignidade constitucional. Peter Bohley afirma que equivalente não é sinônimo de igual, mas de proporcional. Alois Dahmen, José Casalta Nabais e José Luís Saldanha Sanches também são citados como seguidores desta corrente. (VASQUES, 2008)

Numerosa também é a corrente que defende o princípio da equivalência como critério de igualdade. Dentre eles está Dieter Birk, que contrapõe equivalência à capacidade contributiva, afirmando que a capacidade contributiva é critério de repartição adequado aos impostos e a equivalência é critério de repartição adequado às taxas. (VASQUES, 2008)

Não obstante, os sentidos jurídicos de proporcionalidade e igualdade não se confundem, e a ideia de equivalência muda enquanto se refere a um ou outro princípio. Segundo Vasques, a igualdade pressupõe comparação, enquanto que a proporcionalidade dispensa-a. Assim, haverá situações em que será violado o princípio da igualdade sem que haja a violação do princípio da proporcionalidade. Um exemplo prático dessa dicotomia ocorreria no caso de os advogados serem submetidos a uma fiscalização mais rigorosa que a dos médicos, com o propósito de combater a evasão fiscal. Neste caso, não se afiguraria talvez uma violação ao princípio da proporcionalidade, mas, certamente, restaria violado o princípio da igualdade. Assim também ocorreria no caso da adoção de medidas desnecessárias e desproporcionais que vigorassem da mesma maneira para todos. (VASQUES, 2008)

Vasques entende que o sentido de igualdade seria o mais adequado ao princípio da equivalência, na medida em que a proporcionalidade não oferece um limite superior para a quantificação dos tributos comutativos, mas apenas proíbe que eles sejam grosseiramente elevados. Como expressão de igualdade tributária, por outro lado, a equivalência revela-se um instrumento mais eficaz de

controle da estrutura e do montante das taxas e contribuições (tributos comutativos).

Em suma, enquanto expressão de igualdade tributária, o princípio da equivalência não apenas veda que na estrutura de taxas e contribuições se introduzam diferenças entre os contribuintes alheias ao custo ou ao benefício como veda que o respectivo montante seja fixado uniformemente acima do custo ou do benefício. (VASQUES, 2008, p. 363).

Desde a antiguidade a igualdade entre os cidadãos reflete o ideal de justiça, não apenas a igualdade perante a lei (formal), mas a igualdade na lei (material). Assim, falar de igualdade é falar de justiça. No caso dos tributos, a justiça está em tratar os contribuintes isonomicamente, ou seja, repartindo de maneira equitativa a carga fiscal.

No caso dos tributos comutativos, especialmente as taxas, pois são as que efetivamente interessam na presente pesquisa, a justiça tributária não tem caráter distributivo, mas assenta-se na lógica contraprestacional, vinculada aos critérios do custo e do benefício.

Sem aspirar uma generalização do princípio da equivalência, o que seria errôneo tal qual a generalização do princípio da capacidade contributiva, Vasques defende que o campo de aplicação da equivalência está no caso dos tributos comutativos, na medida em que são figuras que visam a compensação de prestações administrativas que o sujeito passivo é causador ou beneficiário.

Não obstante a capacidade contributiva seja um importante critério de concretização do princípio da igualdade, não é o único e nem mesmo é um critério adequado com relação a todas as espécies tributárias. A. Berlini teve a oportunidade de sublinhar esse fato, afirmando que seria completamente ilegítima a graduação de uma taxa por vacinação segundo a renda do contribuinte, visto que "seria adotado, como pressuposto fático da obrigação de pagar uma soma calculada com base na capacidade contributiva, um evento (na hipótese, a vacinação) que dessa capacidade contributiva não pode, de forma alguma, constituir um índice". (...)

Tratando-se de tributos correlatos a serviços divisíveis, devem ser aplicados critérios diversos para concretizar o princípio da isonomia tributária, como os critérios do benefício e da equivalência. (VELLOSO, 2007, p. 36)

Dito de outro modo, o princípio da igualdade tributária exige uma leitura contextual (justiça fiscal), devendo olhar-se à natureza variada dos tributos e perguntar pelos critérios de repartição que se lhes adéquam melhor. (VASQUES, 2008)

#### **4. O caso das taxas: a interpretação do STF diante do princípio da equivalência**

Diante da sugestão de Vasques, segundo o qual, em respeito à justiça tributária, deve-se sempre perguntar pelos critérios de repartição que se adéquam melhor a cada tributo, inicia-se a análise dos julgados do STF. A investigação, conforme já se afirmou, restringiu-se ao caso das taxas.

Através da pesquisa jurisprudencial, verificou-se que o STF, em diversos julgados, vem aplicando o princípio da capacidade contributiva como critério de justiça fiscal nas taxas, entendendo constitucional a inserção de elementos estranhos ao custo e ao benefício no elemento quantitativo do tributo. Há que se destacar, também, a existência de entendimentos contrários, adotados por ministro da própria Suprema Corte, que apontam ao princípio da equivalência como critério de justiça fiscal nas taxas.

A seguir, serão expostos e analisados quatro casos que demonstram as tendências da jurisprudência do STF. É importante que a questão não é pacífica e a Corte alterna o entendimento em muitos julgados.

Em 1989, a lei 7.940 instituiu a taxa de fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários, que tem seu quantum definido conforme a classe profissional do contribuinte e o patrimônio líquido da empresa.

A lei foi extremamente criticada e combatida, em especial e principalmente pelo fato de o seu critério de quantificação estar ligado a signos presuntivos de riqueza (capacidade contributiva), com pouca ou nenhuma relação com a atuação estatal. Sua inconstitucionalidade foi sustentada, inclusive, por meio de ADI, tendo sido o STF instado a interpretar o fato diante da Constituição e se pronunciar pela permanência ou não da lei no ordenamento jurídico brasileiro.

Em 22 de abril de 1999, em sede de Recurso Extraordinário 177.835-1 (Pernambuco), a Suprema Corte se manifestou pela constitucionalidade da lei 7.940/89, afirmando que a variação conforme o patrimônio líquido da empresa não significa que o patrimônio da empresa seja a base de cálculo da taxa, até porque se trata de tributo fixo.

Em 2003, foi editada a Súmula 665, do STF, que afirma: “É constitucional a Taxa de Fiscalização dos Mercados de Títulos e Valores Mobiliários instituída pela Lei 7.940/89.”

Em 30 de agosto de 2006, no julgamento da ADI 453, da Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o plenário do STF entendeu pela constitucionalidade da taxa de fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários, em virtude da “ausência de violação ao princípio da isonomia, haja vista o diploma legal em tela ter estabelecido valores específicos para cada faixa de contribuintes, sendo estes fixados segundo a capacidade contributiva de cada profissional”.

O entendimento da Suprema Corte, até a presente data, está no sentido de reconhecer a constitucionalidade da lei 7.940/89, estando o teor da Súmula nº.: 665, do STF, em pleno vigor.

Na data de 27 de maio de 2014, no julgamento do Recurso Extraordinário 790049 (São Paulo), cujo Relator foi o Ministro Ricardo Lewandowski, o STF decidiu da seguinte forma, incluindo uma menção expressa à aplicabilidade do princípio da capacidade contributiva às taxas:

Numa outra perspectiva, deve-se entender que o cálculo da taxa de lixo, com base no custo do serviço dividido proporcionalmente às áreas construídas dos imóveis, é forma de realização da isonomia tributária, que resulta na justiça tributária (C.F., art. 150, II). É que a presunção é no sentido de que o imóvel de maior área produzirá mais lixo do que o imóvel menor. O lixo produzido, por exemplo, por imóvel com mil metros quadrados de área construída será maior do que o lixo produzido por imóvel de cem metros quadrados. A presunção é razoável e, de certa forma, realiza, também, o princípio da capacidade contributiva do art. 145, § 1º, da C.F., que, sem embargo de ter como destinatária os impostos, nada impede que possa aplicar-se, na medida do possível, às taxas. (BRASIL, STF, 2014. RE 790049/SP).

Não se pode deixar de mencionar, também, uma corrente contrária, que, em julgados recentes, como o do Recurso Extraordinário 554.951 (São Paulo), de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, sustenta que “a taxa é um tributo contraprestacional (vinculado) usado na remuneração de uma atividade específica, seja serviço ou exercício do poder de polícia e, por isso, não se atém a signos presuntivos de riqueza” (BRASIL, STF, 2013. RE 554951/SP).

Em 12 de março de 2014, no julgamento do Recurso Extraordinário 798751/PE, que teve como Relatora a Ministra Cármen Lúcia, a Corte Constitucional corroborou o seguinte entendimento:

Diga-se, aliás, que, no cálculo da taxa, não há como se exigir correspondência precisa com o valor despendido na prestação do serviço, ou, ainda, a adoção de fatores exclusivamente vinculados ao seu custo. O que a Constituição reclama é a ausência de completa identidade com a base de cálculo própria dos impostos e que, em seu cálculo, se verifique uma equivalência razoável entre o valor pago pelo contribuinte e o custo individual do serviço que lhe é prestado. (BRASIL, STF, 2014. RE 798751/PE).

No primeiro caso citado, há a defesa do princípio da capacidade contributiva como critério de quantificação das taxas. O STF entendeu que a definição do quantum das taxas conforme a classe profissional do contribuinte e o patrimônio líquido da empresa não afeta o princípio da isonomia, na medida

em que se atém a signos presuntivos de riqueza, conforme orientação expressa do princípio da capacidade contributiva.

No segundo caso, o STF, muito embora objetive construir um argumento de respeito ao princípio da equivalência, afirma que o cálculo da taxa de lixo, com base no custo do serviço dividido proporcionalmente às áreas construídas dos imóveis, é forma de realização da isonomia tributária quando realiza o princípio da capacidade contributiva, que, sem embargo de ter como destinatária os impostos, nada impede que possa aplicar-se, na medida do possível, às taxas.

No terceiro caso, a Corte Suprema afasta a capacidade contributiva como critério de justiça nas taxas ao sustentar que, em virtude de ser um tributo de natureza contraprestacional, não pode se vincular a signos presuntivos de riqueza.

No quarto caso, a Suprema Corte sustenta a necessária equivalência entre o valor pago pelo contribuinte e o custo individual do serviço, na medida em que acredita ser exigência constitucional a ausência de completa identidade com a base de cálculo própria dos impostos.

Ao analisar os casos supracitados, percebe-se que a jurisprudência é extremamente vacilante e imprecisa, na medida em que parece confundir os conceitos de capacidade contributiva e equivalência, assim como os seus respectivos conteúdos. De acordo com a doutrina do princípio da equivalência, tal confusão é inaceitável. Muito embora seja admitida a coexistência de ambos os critérios no mesmo sistema tributário, não se admite que os dois sejam conjugados no mesmo tributo.

Como foi explicado na introdução deste artigo, ambos os princípios têm origens e fundamentos diametralmente opostos. Quando se diz que o princípio da capacidade contributiva é o critério mais adequado aos impostos, esta afirmação repele automaticamente a adoção do princípio da equivalência na quantificação dos impostos, na medida em que nos impostos inexiste o caráter sinalagmático. Nos impostos, o contribuinte paga o tributo sem esperar uma contraprestação. Trata-se de tributo de natureza unilateral, ou seja, não-contraprestacional.

Por outro lado, quando se afirma que a taxa realiza a justiça fiscal quando respeita ao princípio da equivalência, repele-se automaticamente a afirmação de que às taxas pode ser aplicado o princípio da capacidade contributiva. As taxas não têm natureza redistributiva, são tributos comutativos, sinalagmáticos. A justiça tributária nas taxas exige que a quantificação observe o ato estatal, a cobertura do seu custo ou a compensação pelo benefício que trouxe ao indivíduo.

A confusão entre os dois princípios (capacidade contributiva e equivalência) pode acarretar em injustiça fiscal, na medida em que pode significar ampliação excessiva do poder legislador na instituição de taxas.

Na prática, pode-se dar o seguinte exemplo: no mesmo dispositivo em que prevê expressamente o princípio da capacidade contributiva como critério de justiça nos impostos, a Constituição proíbe a instituição de taxa com base de cálculo própria de imposto. Pode ser coincidência, mas talvez a proximidade dos dispositivos pretenda esclarecer que o critério de justiça das taxas é diverso dos impostos. O fato é que o STF relativiza a disposição constitucional expressa, sustentando que a Constituição somente proíbe a identidade completa das bases de cálculo de imposto taxa, sendo admitida, nas taxas, a identidade parcial. A Suprema Corte entende que o legislador, na instituição das taxas, pode adotar um ou mais elementos da base de cálculo de impostos, desde que não haja identidade total.

A respeito da ampliação excessiva da discricionariedade do legislador, Velloso defende que a atuação do guardião da Constituição (no caso do Brasil, o STF) não pode deixar de desempenhar seu poder-dever institucional de defesa da Constituição e permitir concretizações errôneas ou a inobservância do princípio.

De fato, com a ausência de um rigor maior da Suprema Corte, permite-se, por exemplo, a instituição e manutenção de taxas como a de fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários, que adota a classe profissional do contribuinte e o patrimônio líquido da empresa como base de cálculo, ou mesmo a criação e manutenção da taxa de lixo, que é calculada com nas áreas construídas dos imóveis. O pior não é apenas a instituição, mas a declaração de constitucionalidade de tais exações, mesmo com disposição constitucional expressa em contrário.

Como diz a teoria do princípio da equivalência, defendido por Vasques, não se pode introduzir, no aspecto quantitativo das taxas, elementos estranhos ao custo ou ao benefício. Isto, pois, o sentido essencial do princípio da equivalência está em proibir que se introduzam nos tributos comutativos diferenciações alheias ao custo ou ao benefício, assim como em proibir que o valor destes tributos ultrapasse esse mesmo custo ou benefício, sacrificando os respectivos sujeitos passivos em proveito da comunidade. (VASQUES, 2008)

Da análise dos julgados, percebe-se, também a existência de julgados interessantes, como os de relatoria dos Ministros Dias Toffoli e Cármen Lúcia. Ambos, em maior ou menor medida, defendem a equivalência como princípio de igualdade tributária nas taxas.

A polêmica, no entanto, está longe de terminar, pois não envolve somente questões de ordem jurídica, mas, sobretudo, questões de caráter político, que revelam implicitamente a proteção do texto constitucional como o menor dos seus problemas.

## 5. Considerações finais

Não foi pretensão deste trabalho esgotar a questão, muito menos afirmar que a teoria protagonizada por Vasques seja aplicável sempre e em todas as situações. O que se buscou e acredita-se haver alcançado é demonstrar que o princípio da capacidade contributiva, apesar da euforia com que tem sido aplicado, em especial pela disposição expressa na Constituição, não é a única solução para a resolução do problema da igualdade tributária (justiça fiscal). Ampla é a doutrina que vem defendendo a existência de outros critérios de concretização do princípio da igualdade tributária, como, por exemplo, a doutrina do princípio da equivalência.

No que tange à jurisprudência do STF, entende-se que ainda está longe de trabalhar as taxas com o rigor necessário. Muito embora a opção do legislador constituinte seja a de definir tanto um sistema tributário impositivo quanto taxador, observa-se que o Pretório Excelso atribui a ambos os mesmos critérios, o que não é tecnicamente correto, porquanto sejam essencialmente diferentes.

Verifica-se, no mundo jurídico, a existência de teorias que defendem a transição de um Estado de impostos para um Estado de taxas. No Brasil, a opção foi a conjugação de ambos os modelos, o que não significa que sejam idênticos.

Não se pode, porém, adotar uma posição radical, reputando-se que a capacidade contributiva seja o único critério adequado de comparação no âmbito tributário.

A justiça fiscal no mundo, em especial no sistema brasileiro, portanto, não depende exclusivamente do princípio da capacidade contributiva. Acredita-se que o princípio da equivalência, quando aplicado no campo das taxas (tributos comutativos), representa efetivamente um princípio de justiça fiscal, na medida em que veda que na estrutura de taxas e contribuições se introduzam diferenças entre os contribuintes alheias ao custo ou ao benefício como veda que o respectivo montante seja fixado uniformemente acima do custo ou do benefício. Além disso, ele busca evitar que a ação estatal direcionada a um indivíduo (ou grupo específico) acabe sendo custeada por toda a comunidade.

## Referências Bibliográficas

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª ed. 13ª tir. São Paulo: Malheiros, 2012.

BAPTISTA, Renata Ribeiro. (Ainda) a capacidade contributiva e a progressividade tributária. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1538, 17 set. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10419>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

CASTRO, João Pedro Almeida Viveiros de. Novos Olhares sobre o Princípio da Capacidade Contributiva. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. Vol. 112, 2013.

CATARINO, João Ricardo. Problemas e Perspectivas de Mudança nos Sistemas Tributários Contemporâneos. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. Vol. 91, 2013.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

VASQUES, Sérgio. *O Princípio da Equivalência como Critério de Igualdade Tributária*. Lisboa: Almedina, 2008.

VELLOSO, Andrei Pitten. Teoria da Igualdade Tributária e o Controle de Proporcionalidade das Desigualdades de Tratamento. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. Vol. 76, 2007.

### **Legislação e Jurisprudência**

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário n.º 554951/SP*. Relator: Min. Dias Toffoli. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 19 novembro 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 798751/PE*. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 19 março 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 790049/SP*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 30 maio 2014.

*Artigo recebido em 30 de setembro de 2014.*

*Artigo aprovado para publicação em 10 de dezembro de 2014.*

DOI: 10.11117/1982-4564.07.18



Observatório da Jurisdição  
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.  
Ano 7, no. 2, jul./dez. 2014. ISSN 1982-4564.

## Neoconstitucionalismo e Jurisdição Constitucional no Brasil: uma proposta conciliatória entre a garantia de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário e fortalecimento democrático

*Lygia Maria Copi\* e Érico Prado Klein\*\**

**Resumo:** O contexto brasileiro atual de neoconstitucionalismo traz em seu cerne a noção de supremacia da Constituição, a necessária garantia de direitos fundamentais e a possibilidade da concretização destes pelo Poder Judiciário. O resguardo dos preceitos constitucionais exige, muitas vezes, uma postura ativa por parte dos Tribunais, tanto no que atine à interpretação quanto no que se refere à efetivação das normas, mesmo que isso represente possível mitigação da separação dos poderes. Diante desse cenário, torna-se custoso aceitar doutrinas que impeçam ou limitem a participação do Poder Judiciário na realização constitucional, considerando sua inegável atuação proativa concernente à proteção dos direitos das minorias. No entanto, a realização do judicial review não poder dar origem à supremacia dos Tribunais. Deste modo, faz-se necessário o incremento das formas de diálogo entre o povo e as Cortes, a fim de que os cidadãos tornem-se parte do processo interpretativo e decisório. Neste sentido, especial importância recai nas associações da sociedade civil. A participação popular no controle de constitucionalidade torna-se, assim, uma forma de conciliar democracia e constitucionalismo.

**Palavras-chave:** Neoconstitucionalismo; Interpretação constitucional; *Judicial review*; Direitos fundamentais; Participação popular.

**Abstract.** The Brazilian neoconstitutionalism context brings in its center the notion of supremacy of the Constitution, the necessary guarantee of fundamental rights and the possibility of achieving these by the judiciary. The safeguarding of constitutional provisions often requires an active behavior of Courts, both for interpretation as to making the rules effective, even if it means possible mitigation of separation of powers. Given this scenario, it becomes costly to accept doctrines that prevent or limit the participation of the judiciary in the constitutional achievement, considering his undeniable proactive role regarding the protection of minority rights. However, the realization of judicial review cannot give rise to supremacy of the courts. It is necessary to increase the forms of dialogue between the people and the courts, so that citizens become part of the interpretive and decision-making process. In this regard, special significance lies in civil society associations. Popular participation in the control of constitutionality thus becomes a way of reconciling democracy and constitutionalism.

**Keywords:** Neoconstitutionalism. Constitutional interpretation; Judicial review; Fundamental rights; Public participation.

\* Advogada. Mestranda em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná.

\*\* Advogado. Pós-Graduando em Direito Processual Civil no Instituto Romeu Felipe Bacellar.

## 1. Considerações iniciais

Reconhece-se que vige atualmente em nosso país um sistema tendente ao ativismo judicial. Isso porque, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, emergiu o constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo<sup>1</sup>, paradigma este que tem como protagonista o Poder Judiciário e no qual se desconsidera, de certo modo, o papel desempenhado por outras instituições na interpretação e na aplicação constitucional.<sup>2</sup>

Tem-se que a jurisdição constitucional reúne a função de interpretar e de aplicar a Constituição.<sup>3</sup> No presente trabalho, pretende-se analisar a legitimidade da jurisdição constitucional no atual contexto de neoconstitucionalismo, a partir da vertente de constitucionalismo popular, do posicionamento favorável ao *judicial review* e das teorias procedimental e substancial de democracia.

O ponto de partida da presente análise funda-se no constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivista – ou, ainda, conforme adotado neste trabalho, no neoconstitucionalismo. Neste momento, ao se tratar das funções de interpretação e aplicação da Constituição, considera-se usualmente que estas cabem ao Poder Judiciário, principal garantidor dos direitos fundamentais. Neste sentido, a Carta Constitucional de 1988 confere ao Supremo Tribunal Federal o papel de *guardião da Constituição*, incumbindo-o de proferir a palavra final quando ocorrem controvérsias sobre o seu sentido.

A concentração de competências no Poder Judiciário – e mormente no Supremo Tribunal Federal – decorre, também, do modelo de controle de

---

<sup>1</sup> Não se pretende no presente trabalho trazer o histórico e as diversas vertentes do constitucionalismo. É de se mencionar, no entanto, que este movimento indica a necessidade da Constituição para conferir limitações ao poder em prol das garantias dos indivíduos. Nas palavras de Canotilho, “*constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará um técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos.*” (CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª Edição. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51). Nesta esteira, o neoconstitucionalismo, também designado como constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivista, surgiu na metade do século XX e pode ser visualizado no Brasil desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Afirma Eduardo Capellari que diversos elementos são necessários para a compreensão do neoconstitucionalismo, apontando, dentre outros: “*a) a compreensão do papel de supremacia atribuído à Constituição como elemento integrador da comunidade política; b) a superação da dicotomia (...) entre soberania popular (vontade geral) e direitos humanos, como fatores de legitimação da ordem jurídica; (...) e) em função da necessidade de legitimação e fundamentação do direito através de procedimentos democráticos, a percepção da pertinência da abertura constitucional, como fator de alargamento do consenso produzido pelo debate constitucional (...).*” (CAPELLARI, Eduardo. *A crise da modernidade e a constituição: elementos para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 77-78.

<sup>2</sup> Nesse sentido, afirma Gilmar Mendes, acerca do neoconstitucionalismo, que “*como cabe à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição, que se apresenta agora repleta de valores impositivos a todos os órgãos estatais, não surpreende que o juiz constitucional assumia parcela de mais considerável poder sobre as deliberações de cunho representativo.*” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62).

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 386.

constitucionalidade adotado em nosso país, marcado pela sua abrangência. Trata-se de sistema misto – de um lado, há o controle incidental, exercido de modo difuso pelos juízes e tribunais; de outro, há o controle principal, realizado por meio de ação direta, com competência concentrada no STF.<sup>4</sup> É de se ressaltar, neste ponto, que a Constituição permitiu a reunião de poderes de controle no Supremo Tribunal Federal.

Ademais, o novo constitucionalismo adotado no Brasil desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, com a inclusão de uma série de direitos fundamentais, exige do Poder Judiciário um papel de efetivação de direitos. Torna-se patente, com isso, o ativismo judicial, o qual é objeto de diversas críticas, as quais se centralizam especialmente no fato de os juízes não terem sido eleitos pela população.

O papel atualmente desenvolvido pelo Poder Judiciário pátrio neste momento de neoconstitucionalismo, sobremaneira por dar a última palavra quanto à interpretação constitucional, evidencia o embate entre democracia e constitucionalismo.<sup>5</sup> Isso porque, para que seja materializada a Constituição e os direitos nela contemplados, há muitas vezes a redução do espaço de deliberação política aberto às majorias.<sup>6</sup>

O debate acerca de quem é o intérprete por excelência da Constituição data de longo tempo nos Estados Unidos. Larry Kramer, de um lado, foi um dos autores norte-americanos que rejeitou a supremacia judicial a partir da releitura das origens do constitucionalismo de seu país. Verificou, com isso, que os “Pais Fundadores” indicaram o povo enquanto intérprete constitucional, de modo que caberia à comunidade a análise da Constituição – e não necessariamente aos Tribunais. O entendimento de que é função do povo a interpretação e construção constitucional remete ao chamado “constitucionalismo popular”.

De outro lado, há o posicionamento que defende ser a Suprema Corte o órgão mais bem preparado para defender a Constituição, dando ensejo ao *judicial review*, considerando que o Poder Judiciário deve controlar atuações dos outros poderes que representem violação à Constituição e aos direitos fundamentais.

---

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 67.

<sup>5</sup> Luís Roberto Barroso explicita a tensão entre constitucionalismo e democracia no seguinte trecho: “*Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, rule of law, Rechtsstaat). Democracia, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria. Entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição. Em princípio, cabe à jurisdição constitucional efetuar esse controle e garantir que a deliberação majoritária observe o procedimento prescrito e não vulnere os consensos mínimos estabelecidos na Constituição.*” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 88-89).

<sup>6</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61.

Ressalte-se desde já que há grande aceitação do *judicial review* contemporaneamente. No entanto, considerando possíveis prejuízos causados pela supremacia do Poder Judiciário no que atine à interpretação e aplicação constitucional, sobrevieram as teorias substancial e procedimental de democracia, a fim de justificar e limitar o controle do Poder Judiciário.

Nesse sentido, enquanto os substancialistas admitem o controle pelo Poder Judiciário das decisões políticas que possam contrariar os direitos fundamentais e os principais fins públicos de uma sociedade democrática, os procedimentalistas entendem que aos juízes cabe apenas fiscalizar o funcionamento adequado do processo deliberativo.<sup>7</sup>

A partir dessa análise, sem a pretensão de se buscar uma resposta à complexa tensão entre democracia e constitucionalismo, visa-se encontrar no contexto pátrio uma solução conciliadora entre a garantia dos direitos fundamentais pelas Cortes e a maior participação popular no processo decisório constitucional, com o fortalecimento democrático.

Assim, será promovida análise da possível participação social na interpretação constitucional, os benefícios e a forma como tal participação pode se dar, além da sua inserção em um contexto de aprofundamento das instituições democráticas e incentivo à associação de pessoas na busca pela qualificação da expressão de vontades, fiscalização e legitimação da atuação estatal e concretização de direitos.

## **2. A supremacia constitucional, o neoconstitucionalismo e o ativismo judicial**

O momento atual do constitucionalismo é caracterizado pela supremacia da Constituição, à qual se subordinam os demais poderes constituídos. Em virtude desta primazia, a Constituição encontra-se em posição hierárquica superior às demais normas, de modo que leis e atos jurídicos não serão considerados válidos caso afrontem alguma norma constitucional.<sup>8</sup>

Tem-se que a Carta Constitucional é "*ordem fundamental, eis que reside em posição de supremacia.*"<sup>9</sup> Como forma de garantia de aludida prioridade, são conferidos mecanismos de controle de constitucionalidade.<sup>10</sup> Compreender a Constituição como norma fundamental, mais do que implicar o reconhecimento

---

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 92.

<sup>8</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III, 2ª Edição Revista, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 36.

<sup>9</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 25-26.

<sup>10</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61.

de sua supremacia no ordenamento, requer a existência de instrumentos que tutelem sua condição prioritária na ordem jurídica.<sup>11</sup> É inclusive por força da supremacia constitucional que pode o intérprete se negar a aplicar uma norma entendida como violadora da Constituição.<sup>12</sup>

Este movimento, marcado pela supremacia constitucional, pelo controle de constitucionalidade abrangente realizado especialmente pelo Poder Judiciário, e pela superação da dominação do Poder Legislativo para a concretização de direitos, remete ao neoconstitucionalismo.

Ressalte-se, neste ponto, que até a metade da década de 1940 vigia na Europa um sistema de supremacia do Poder Legislativo, decorrente, de um lado, da influência da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e, de outro, da noção francesa de que a lei expressaria a vontade geral. Ao final da década, sobreveio um novo modelo, no qual foi reconhecida a supremacia da Constituição diante da experiência dos Estados Unidos.<sup>13</sup>

O neoconstitucionalismo está embasado em linhas de pensamento bastante heterogêneas, com autores das mais diversas posições jusfilosóficas. Com isso, é comprometida uma conceituação uniforme, na medida em que não existe apenas uma vertente de neoconstitucionalismo, mas diversas visões que guardam entre si elementos comuns, como o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e uma nova hermenêutica.<sup>14</sup>

Tem-se que esta doutrina deriva dos acontecimentos ocorridos na Europa Ocidental a partir do segundo pós-guerra, os quais puderam também ser verificados mais tarde nos países de terceiro mundo. Explica Daniel Sarmento que até a Segunda Guerra Mundial a cultura jurídica prevalente era essencialmente legicêntrica, não atribuindo força normativa às Constituições. Com isso, os direitos fundamentais eram concretizados apenas se embasados em leis, e não envolviam garantias contra o arbítrio ou o descaso das maiorias políticas instaladas no Poder Legislativo.<sup>15</sup>

Com o fim da Segunda Guerra e das ditaduras de direita, a concepção de Constituição foi alterada. Percebeu-se a necessidade de criar mecanismos de proteção dos direitos fundamentais e de constitucionalizar a ordem jurídica

---

<sup>11</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 25-26.

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III, 2ª Edição Revista, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 36.

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 263.

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 266.

<sup>15</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. IN: *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, \_\_\_\_\_ (Org.), Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 116.

como um todo, e a forma encontrada para isto foi a ampliação da jurisdição constitucional.

Com a abertura e a indeterminação semânticas das normas constitucionais, que são em sua maioria princípios, foi necessário ir além da tradicional subsunção e adotar uma nova hermenêutica. Isso porque as disposições da Constituição não apresentam sentido único, revelando-se como moldura em que se tornam possíveis diversas interpretações.<sup>16</sup> Para resolver eventuais colisões, foram implementadas a técnica da ponderação e o princípio da proporcionalidade. Para dar legitimidade às decisões, foram desenvolvidas diversas teorias da argumentação jurídica, capazes de incorporar ao Direito elementos desprezados pelo positivismo clássico.<sup>17</sup>

Deste modo, aumentou a importância política do Poder Judiciário, que passou cada vez mais a ser responsável pela interpretação constitucional e pela resolução de questões polêmicas e relevantes para a sociedade. Ainda, com a constitucionalização dos direitos fundamentais, coube ao Poder Judiciário a sua proteção em face de ações do processo político majoritário que podem eventualmente lhes ofender.<sup>18</sup>

Tem-se que o neoconstitucionalismo buscou superar o positivismo tradicional construindo novas noções que, embasadas na razão prática, fossem compatíveis com as novas realidades do direito e da sociedade. Ampliou-se o ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais e foram endossadas teorias de democracia mais substantivas que, em nome dos direitos fundamentais, permitem restrições amplas ao poder do legislador.

Explica Daniel Sarmento que no contexto do neoconstitucionalismo a rígida separação de poderes, com a limitação da atuação do Poder Judiciário, perde espaço para visões favoráveis ao ativismo judicial como meio de garantia dos preceitos constitucionais. O grande protagonista das teorias neoconstitucionalistas é o juiz. No entanto, o fato é que *"(...) esta obsessão pelo Poder Judiciário leva a uma certa desconsideração do papel desempenhado por outras instituições, como o Poder Legislativo, na interpretação constitucional."*<sup>19</sup>

Acerca da separação de poderes no Estado Democrático de Direito, algumas considerações se revelam necessárias. É de suma importância que seja bem definida a separação de poderes, instituto esse que permite a limitação dos poderes, a garantia das liberdades políticas, a não-influência política no judiciário e a realização plena das funções fiscalizatórias dos diversos órgãos. A tripartição

---

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III, 2ª Edição Revista, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 7.

<sup>17</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. IN: *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, \_\_\_\_\_ (Org.), Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 118-119.

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 263.

<sup>19</sup> SARMENTO, Daniel. *Op. Cit* p. 122.

de poderes assegura, portanto, a realização de um *modo de vida correspondente à democracia*, ou seja, a realização de uma vontade legitimada pelas vias democráticas, sob os crivos de um status em que os poderes estão interligados, se comunicam e se harmonizam, porém também realizam fiscalização mútua.<sup>20</sup>

Essencial perceber que a harmonização dos poderes, com fins de fiscalização e limitação recíproca, só ocorre quando se garante o pluralismo característico do Estado Democrático de Direito<sup>21</sup> por meio da ampla participação dos diversos setores da sociedade<sup>22</sup> e da expressão legítima de interesses heterogêneos. É até em razão da tripartição de poderes que se propõe a participação social nas decisões jurídicas, principalmente aquelas que levem a nova interpretação constitucional.

É sabido que uma das grandes críticas à atuação do Poder Judiciário é a utilização de prerrogativas legislativas para as quais não estaria habilitado, principalmente por seus integrantes não terem sido eleitos. O que se verificará na sequência é que, diante da necessidade de garantia de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, uma forma de legitimação de suas decisões se dá pela oitiva das associações de pessoas dos setores influenciados pelas decisões.

Certo é que o reconhecimento da exclusividade do Poder Judiciário quanto à interpretação e à efetivação dos preceitos constitucionais é objeto de intenso debate. Na sequência, passa-se a analisar o neoconstitucionalismo no Brasil, com foco no modelo de controle de constitucionalidade aqui adotado e no modo de interpretação da Constituição.

### **3. O neoconstitucionalismo brasileiro e o papel de guardião constitucional conferido ao Poder Judiciário**

Enquanto na Europa Ocidental a Constituição passou a ser compreendida enquanto norma superior desde a Segunda Guerra Mundial, no Brasil a supremacia constitucional somente ocorreu após a redemocratização do país, com a promulgação da Carta de 1988. Antes disso, em que pese já previsto o controle de constitucionalidade, as Constituições não eram entendidas como verdadeiras normas jurídicas. Ainda, mesmo com a previsão de direitos constitucionais, a concretização destes dependia da iniciativa de governantes.<sup>23</sup>

O *rito de passagem* da Constituição como mero texto para a Constituição como norma maior se deu pela sua efetivação, decorrente da preocupação com o

---

<sup>20</sup> DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 2/3.

<sup>21</sup> O conceito de pluralismo e o de Estado Democrático de Direito não constam da obra do autor citado nas notas seguintes.

<sup>22</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de La Brède et de. *O Espírito das Leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leônico Martins Rodrigues. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

<sup>23</sup> SARMENTO, Daniel. *Op. Cit*, p. 123-124.

cumprimento das suas disposições. Mais do que um esboço orientativo a ser observado pelo Poder Legislativo, a Constituição de 1988 tornou-se um programa de valores que obrigatoriamente deve ser concretizado pelo legislador.<sup>24</sup> Este movimento fez com a Carta Constitucional "(...) deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania."<sup>25</sup>

É de se ressaltar a importância da Constituição Federal de 1988 para a consolidação da democracia no Brasil, representando, inclusive, a *travessia democrática brasileira*, tendo permitido a materialização de um extenso período de estabilidade política.<sup>26</sup> Ainda, a Carta permitiu a manutenção da luta contra-hegemônica "(...) em face do predomínio da lógica econômica de inspiração neoliberal, com vistas à construção de uma sociedade mais equitativa no Brasil."<sup>27</sup>

Em virtude da relevância da Constituição, verifica-se, no Brasil, a ocorrência da constitucionalização do sistema jurídico, isto é, a irradiação dos valores constitucionais para os demais ramos do Direito. Tal fenômeno ocorre especialmente por via da jurisdição constitucional, que "*abrange a aplicação direta da Constituição a determinadas questões; a declaração da inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis; e a interpretação conforme a Constituição, para atribuição de sentido às normas jurídicas em geral.*"<sup>28</sup>

Observa-se que no Brasil a jurisdição constitucional é realizada de forma ampla, sendo exercida tanto pelos juízes quanto pelo Supremo Tribunal Federal, todos com poder de interpretar a Constituição e de recusar a aplicação de legislação entendida como inconstitucional.<sup>29</sup>

O sistema de controle de constitucionalidade pátrio é misto, realizado tanto pelos juízes e pelos Tribunais, como pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, de um lado, há o controle incidental, exercido de modo difuso pelos juízes e

---

<sup>24</sup> MAIA, Antônio Cavalcanti. *Sobre a Teoria Constitucional Brasileira e a Carta Cidadã de 1988: do Pós-Positivismo ao Neoconstitucionalismo*. IN: Revista Quaestio Iuris da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012, p. 37.

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III, 2ª Edição Revista, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 77.

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 361.

<sup>27</sup> MAIA, Antônio Cavalcanti. *Sobre a Teoria Constitucional Brasileira e a Carta Cidadã de 1988: do Pós-Positivismo ao Neoconstitucionalismo*. IN: Revista Quaestio Iuris da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012, p. 02.

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 383.

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit*, p. 383-384.

tribunais e, de outro, há o controle principal, realizado pelo STF.<sup>30</sup> Desta forma, é de se ressaltar que houve, com a Constituição Federal de 1988, a redução do controle incidental ou difuso, vez que a grande maioria das controvérsias sobre a constitucionalidade de normas é submetida ao Supremo Tribunal Federal.<sup>31</sup>

Como se vê, o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade tem como regra a sua realização pelo Poder Judiciário, o qual profere o entendimento final sobre a interpretação da Constituição.<sup>32</sup> Verifica-se, assim, que as questões políticas e sociais são decididas em definitivo pelos Tribunais.<sup>33</sup> Reduzidas são as hipóteses de controle pelo Poder Executivo e Legislativo.

Além da realização do controle da legitimidade constitucional das normas, outro fator que permitiu a ascensão do Poder Judiciário em nosso país foi o fenômeno da judicialização, pelo qual juízes e tribunais passaram a ser considerados como os principais realizadores da justiça. Houve, com isso, a politização do Poder Judiciário, deixando de ser mero *departamento técnico especializado*, desempenhando papel político juntamente com os Poderes Executivo e Legislativo.

É de se ressaltar, ainda, que no contexto pátrio o ativismo judicial e a judicialização são impulsionados pela descrença geral do povo quanto à política majoritária, e, em especial, pelo descrédito no Poder Legislativo e nos partidos políticos.<sup>34/35</sup>

Diante desse quadro, no qual se verifica que a função de interpretação constitucional é atribuída quase exclusivamente aos Tribunais, necessária se faz a análise das correntes norte-americanas de constitucionalismo popular e de *judicial review*, que inauguraram o debate acerca daquele que detém a responsabilidade por interpretar a Constituição.

---

<sup>30</sup> Ensina Luís Roberto Barroso que “no sistema constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade (i) em ações de sua competência originária (CF, art. 102, I), (ii) por via de recurso ordinário (CF, art. 102, II) e, sobretudo, extraordinário (CF, art. 102, III), este último idealizado justamente para que o STF controle a aplicação da Constituição pelas instâncias inferiores, e (iii) em processos objetivos, nos quais se veiculam as ações diretas. (BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 265.).

<sup>31</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1117.

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 67.

<sup>30</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 384.

<sup>34</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. IN: *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, \_\_\_\_\_ (Org.), Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 131-132.

<sup>35</sup> Nesse sentido, Daniel Sarmento explica que “A percepção geral, alimentada por sucessivos escândalos e pelo discurso de alguns meios de comunicação social, de que a política parlamentar e partidária são esferas essencialmente corrompidas, que se movem exclusivamente em torno de interesses e não de valores, gera em alguns setores a expectativa de que a solução para os problemas nacionais possa vir do Judiciário.”. (SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 132.).

### 3. O princípio da discussão – Quem é o intérprete por excelência da Constituição?

Em um primeiro momento da experiência constitucional estadunidense, a atuação proativa do Poder Judiciário foi defendida pela vertente conservadora, uma vez que pela atividade da Suprema Corte foi possível a política da segregação racial e a invalidação de leis com cunho social. A situação, no entanto, foi alterada a partir da década de 1950, quando a Corte Constitucional passou a produzir jurisprudência com teor progressista no que atine aos direitos fundamentais.<sup>36</sup>

Diante dessa alteração, aumentou o campo para o debate em que se defende, de um lado, o *judicial review* e o ativismo judicial no tocante à interpretação e à aplicação da Constituição e, de outro, a retirada da Constituição dos Tribunais.

Verifica-se, em verdade, que aludido debate reflete a tensão entre constitucionalismo e democracia.<sup>37</sup> Isso porque a adoção de uma Constituição rígida, por meio de processo constituinte democrático, dificulta a deliberação pela maioria acerca dos temas nela dispostos, os quais passam a contar com critérios rigorosos para serem rediscutidos. Assim, “os que se consideram iluminados o suficiente para a compreensão dos temas debatidos na Constituinte duvidam das gerações vindouras e proíbem a rediscussão.”<sup>38</sup>

Tem-se que nos Estados Unidos da América, em virtude do entendimento de Constituição como norma suprema, abriu-se espaço para que os membros do Poder Judiciário verificassem possíveis ofensas da lei à norma constitucional, deixando de aplicar a legislação.<sup>39</sup> Disso decorreu a doutrina do *judicial review*, segundo a qual o Judiciário, enquanto intérprete da Constituição, pode declarar a inconstitucionalidade de leis.

A força do Poder Judiciário no que atine à interpretação e à aplicação da Constituição foi reconhecida com a decisão da Suprema Corte no caso *Marbury v. Madison*, proferida no ano de 1803. Em tal situação, adotou-se o entendimento de que se uma lei é inconstitucional, podem os juízes declarar a afronta a Constituição e deixar de aplicá-la.<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 388-389.

<sup>37</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 389.

<sup>38</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. *Neoconstitucionalismo e democracia*. Disponível em: <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/Publicacao\\_10400\\_em\\_17\\_06\\_2011\\_09\\_48\\_47.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/Publicacao_10400_em_17_06_2011_09_48_47.pdf). Visualizado em 26/07/2014>. Visualizado em 16/06/2014.

<sup>39</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57.

<sup>40</sup> Consoante explica Bruce Ackerman em “*Nós, O Povo Soberano*”, Marshall, em tal decisão, “(...) afirma que a Constituição tem um status superior como lei maior em virtude de sua promulgação efetivada pelo povo. Até que um movimento constitucional possa emendar a lei suprema, a tarefa da Corte é preservar os julgamentos

A decisão da Suprema Corte no caso aludido é o marco inaugural do controle de constitucionalidade, o qual não tem previsão na Constituição dos Estados Unidos, mas que foi incorporado à tradição norte-americana desde tal julgado. A partir disso, por estarem vinculados ao texto constitucional, os juízes podem negar vigência a leis que o afrontem.

Mais do que a supremacia da Constituição, a decisão do caso *Marbury v. Madison* apontou a supremacia do Poder Judiciário<sup>41</sup>, uma vez que o indicou como intérprete oficial do texto constitucional. A Constituição passava a ser, então, aquilo que a Suprema Corte diz ser.

Diante desse posicionamento que foi adotado, Larry Kramer, compreendendo que estaria instaurada a supremacia do Poder Judiciário e que esta seria prejudicial ao regime democrático, originou nos Estados Unidos, juntamente com outros juristas, a vertente chamada de *constitucionalismo popular*. Os pensadores dessa corrente têm como ponto em comum a desconfiança frente ao elitismo da reflexão jurídica contemporânea e a crítica quanto à obsessiva atenção conferida ao Poder Judiciário.<sup>42</sup> Em suma, aqueles que aderem a esta vertente rejeitam a visão juricêntrica de interpretação constitucional.

Defendeu Larry Kramer que no momento da ratificação da Constituição o posicionamento dos idealizadores não apontava no sentido de entregar a interpretação constitucional aos juízes. O controle de constitucionalidade, em que pese necessário, seria feito pelo povo, representante da autoridade interpretativa da Constituição ao invés da Suprema Corte.<sup>43</sup>

Para o autor, seria necessário que alguém tivesse autoridade interpretativa para decidir em conflitos constitucionais, todavia, em um sistema de soberania popular, este poder não estaria com os juízes. A análise poderia

---

*do povo contra a erosão do processo de criação da lei.* (ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo o povo soberano. Fundamentos de Direito Constitucional*. Tradutor: Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006, p. 99.).

<sup>41</sup> Nesse ponto, Larry Kramer afirma que há uma aceitação geral de que é a Suprema Corte que interpreta o sentido da Constituição e isso é o princípio da supremacia judicial. Observe-se o seguinte trecho: *"It is the Court that tells us what the Constitution means. That, in a nutshell, is the principle of judicial supremacy."* (KRAMER, Larry. *The Interest of the Man: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=938721](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=938721)>. Visualizado em 05/07/2014.).

<sup>42</sup> GARGARELLA, Roberto. *El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre "The People Themselves", de Larry Kramer*. Disponível em: < <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/gargarel.pdf>>. Visualizado em 30/07/2014.

<sup>43</sup> Observe-se o seguinte trecho: *"Constitutionalism in the Founding era was different. Then, power to interpret (and not just the power to make) constitutional law was thought to reside with the people. And not theoretically or in the abstract, but in an active, ongoing sense. It was the community at large — not the judiciary, not any branch of the government—that controlled the meaning of the Constitution and was responsible for ensuring its proper implementation in the day-to-day process of governing."* (KRAMER, Larry. *The Interest of the Man: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=938721](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=938721)>. Visualizado em 05/07/2014.).

inclusive ser passada para o Poder Judiciário, mas este não teria a palavra final sobre o caso.

Uma das principais críticas oponíveis ao constitucionalismo popular apresentado por Kramer foi quanto à carência de aplicabilidade da teoria.<sup>44</sup> Isso porque não restaria claro o modo pelo qual o povo poderia interpretar a Constituição. Em resposta a esta crítica, Kramer apontou que a maior preocupação em um novo constitucionalismo deveria ser quanto à criação de instituições que permitissem a efetivação da interpretação pelo povo.

Tom Donnelly, outro constitucionalista popular, reconhece a difícil aplicabilidade da interpretação da Constituição pelo povo. Nesse sentido, apresenta uma proposta que permitiria a realização do constitucionalismo popular, incluindo reformas que adiantem o sistema político, maximizem o número de eleições competitivas, diminuam a distância entre decisões judiciais e visão do povo, e melhorem a competência e confiança cívicas.<sup>45</sup>

O autor se foca especialmente no elemento de veto popular (*people's veto*). Isso porque, em seu entendimento, o constitucionalismo popular apenas funcionaria caso houvesse um mecanismo formal de reconsideração das decisões constitucionais da Suprema Corte. Desta forma, o veto popular se limitaria às decisões sem consenso (*five-to-four*).<sup>46</sup> Nestas situações, o caso seria remetido ao Congresso, que votaria pela possibilidade ou não de reconsideração da decisão. Caso o entendimento fosse positivo, o caso seria levado ao povo, que decidiria a questão por meio de referendo.<sup>47</sup>

Para Donnelly, o veto popular geraria uma mudança psicológica no comportamento do povo, visto que este perceberia que nem sempre a palavra

---

<sup>44</sup> Neste tocante, aponta Serota que a teoria de Kramer representa um argumento poderoso em favor de uma interpretação mais democrática da Constituição. Todavia, teria trazido poucos detalhes sobre o modo pelo qual esta mudança na interpretação constitucional seria feita. *"Although The People presents a powerful argument in favor of a more democratized approach to constitutional interpretation, Kramer provides few details as to how this reform would operate in practice."* (SEROTA, Michel. *Popular Constitutional Interpretation*. IN: Connecticut Law Review. Vol. 44, Julho de 2012, nº 05, p.1645.)

<sup>45</sup> Neste sentido, veja-se o seguinte trecho: *"Although judicial reform is a sensible goal, popular constitutionalists should advance a broad agenda that is committed to both popular self-rule and constitutionalism. Such an agenda should include reforms that: (1) speed up our political system; (2) maximize the number of competitive elections; (3) narrow the gap between judicial decisions and the American people's constitutional views; and (4) improve civic competence and confidence."* (DONNELLY, Tom. *Making Popular Constitutionalism Work*. IN: Wisconsin Law Review, p. 181.)

<sup>46</sup> *"(...) the People's veto would be reserved for five-to- four decisions of the Supreme Court on constitutional issues. (...) Only in five-to-four decisions would our constitutional system change—in other words, in cases without a legal consensus and where there are especially plausible constitutional constructions on either side of the issue. Here is how the process might work."* (DONNELLY, Tom. *Op. Cit.*, p. 188.)

<sup>47</sup> *"Once the Court issues a five-to-four decision on a constitutional question, the case would be sent to Congress for an up-or-down vote on public reconsideration. If Congress votes for reconsideration, the case would then go to the American people."* (DONNELLY, Tom. *Op. Cit.*, p. 188.)

final está com a Suprema Corte. O veto popular, assim, permitiria o engajamento dos cidadãos nas questões constitucionais.<sup>48</sup>

Um dos autores que se opôs ao constitucionalismo popular foi Michel Serota, com base na visão de fidelidade constitucional. Para ele, aqueles que exercem a interpretação constitucional devem saber que estão em exercício da autoridade interpretativa. Ainda, compreende que a habilidade para interpretar a Constituição depende da aquisição de conhecimento específico e de competências racionais.<sup>49</sup> Para o autor falta ao povo aludida habilidade, que é verificável nos juízes.

Não há dúvidas de que o posicionamento favorável ao *judicial review* restou dominante. Entretanto, considerando o risco referente à supremacia do Poder Judiciário no que atine à interpretação constitucional, sobrevieram as teorias substancial e procedimental de democracia a fim de justificar e limitar o controle de constitucionalidade judicial, consoante se passa a demonstrar.

#### **4. A jurisdição constitucional sob a perspectiva das teorias procedimental e substancial de democracia**

O debate entre a corrente substancial e a procedimental diz respeito ao papel que deve ser desempenhado pelo Poder Judiciário como protetor da Constituição, isto é, se cabe a ele apenas garantir deliberações populares democráticas ou se deve conferir direitos considerados substanciais mesmo que contrariamente à maioria. Conforme pontua Luís Roberto Barroso, a principal diferença entre as vertentes reside no fato de a primeira focar no princípio da justiça e a segunda dar ênfase ao princípio majoritário.<sup>50</sup>

O monopólio do poder de interpretação constitucional por parte dos Tribunais Constitucionais, que decorre da primazia da Constituição, da competência decisória dos Tribunais em última instância e da ausência de cânones metódicos indiscutíveis, justifica o posicionamento de diversos juristas no sentido de retirar a Constituição do Poder Judiciário e de impor limites à jurisdição constitucional.<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> "Over time, this might change the constitutional psychology of the American people. They would no longer presume that the Supreme Court would "get the final say" on high-salience constitutional issues. Instead, they would ask themselves how they would decide the issue—and why." (DONNELLY, Tom. *Op. Cit.*, p. 192.)

<sup>49</sup> "To briefly recap, the two basic insights of this Section are: (1) the exercise of all interpretive authority, including popular interpretive authority, must be done faithfully; and (2) the ability to faithfully interpret the Constitution requires, at minimum, the acquisition of certain competencies." (SEROTA, Michel. *Popular Constitutional Interpretation*. IN: Connecticut Law Review. Vol. 44, Julho de 2012, nº 05, p. 1651.)

<sup>50</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 93.

<sup>51</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª Edição. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51.

Da supremacia do Poder Judiciário decorre a judicialização da política e o desestímulo da população no que se refere às decisões constitucionais. O juiz, nesse contexto, torna-se o protagonista da justiça, dando ensejo ao descrédito popular quanto às demais instituições de poder.

Para os procedimentalistas, o Poder Legislativo se encontra mais aberto às manifestações do povo, de modo que o mérito das decisões da maioria não poderia ser revisto pelos juízes. Desta forma, ao Poder Judiciário caberia apenas garantir aos cidadãos o procedimento deliberativo democrático para a formação de opinião, e não a análise do conteúdo em si.

John Hart Ely, em análise que se limitou à Constituição dos Estados Unidos, compreende que os Tribunais somente podem intervir na legislação aprovada por meio de processo democrático quando este tiver se dado de modo indevido. Assim, competiria ao Poder Judiciário garantir a lisura do procedimento de deliberação, sem, no entanto, adentrar no mérito das decisões.

O posicionamento do autor se baseia no suposto caráter antidemocrático do controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, uma vez que, ao declarar inconstitucional determinada lei, aprovada pelo Poder Legislativo, a Corte estaria a aplicar valores constitucionais das gerações anteriores em detrimento do posicionamento da maioria.<sup>52</sup>

Tem-se que Ely, enquanto defensor da limitação do ativismo judicial, posiciona-se de forma contrária à ideia de que o Poder Judiciário deve analisar a relevância de um princípio moral da sociedade e transformá-lo em princípio jurídico. Entende o autor que não poderia a Suprema Corte buscar consensos da comunidade sem fazê-lo com base em sua opinião pessoal, o que possibilitaria a insegurança jurídica.<sup>53</sup>

Deste modo, Ely não afasta a jurisdição constitucional, mas impõe-lhe limites, compreendendo que caberia à Corte Constitucional apenas a garantia do procedimento democrático, e não a análise do mérito das leis oriundas do Poder Legislativo.

Habermas, com base em sua teoria do discurso, aproxima-se à corrente de democracia procedimental. Compreende o autor que somente é legítimo o direito baseado no princípio democrático, que decorre da opinião de cidadãos que possuem os mesmos direitos e as mesmas possibilidades de seu exercício. Assim, a atenção do Poder Judiciário deve se assentar no procedimento democrático, que necessita ser pautado pela deliberação aberta a todos.<sup>54</sup> As ações constituintes requerem, então, atos de entendimento da coletividade,

---

<sup>52</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz, *Jurisdição Constitucional entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 28.

<sup>53</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz, *Op. Cit.*, p. 26-27.

<sup>54</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz, *Jurisdição Constitucional entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 32.

estabelecidos de forma democrática e sincera pelos participantes.<sup>55</sup> Deste modo, Habermas foca na garantia da deliberação (processo comunicativo) através de regras de procedimento.<sup>56</sup>

Já na corrente substancialista, entende-se que cabe ao Poder Judiciário um papel de intervenção para atingir o ideal de justiça, sendo que devem os juízes proteger os direitos das minorias, as quais não restam contempladas pelas deliberações da maioria.

Esta vertente tem como principal colaborador Dworkin, que *“enxerga a defesa de direitos fundamentais como a tarefa central das cortes – o ‘fórum do princípio’ – e a deliberação sobre políticas públicas (policies) o papel principal de parlamentos eleitos (...)”*.<sup>57</sup>

Nesse sentido, seria importante ter uma instituição no sistema cuja função principal e exclusiva seria a de decidir com fulcro em princípios, visto que a lógica eleitoral que é ínsita às deliberações da maioria poderia por em risco direitos fundamentais. Deste modo, *“separar o fórum em que predomina a utilidade do fórum em que predomina o princípio é uma sábia escolha institucional.”*<sup>58</sup>

Para Dworkin, a concepção constitucional de democracia pressupõe requisitos morais que não são suficientemente atendidos pelo processo deliberativo majoritário, mas pela “resposta certa” sobre direitos fundamentais, a qual *“é inspirada pelo ideal da ‘igual consideração e respeito’, e ajuda a promover a ‘filiação moral’ de cada pessoa à comunidade política.”*<sup>59</sup>

A democracia, para Dworkin, requer mais que a garantia da decisão da maioria por meio de procedimentos formalmente igualitários, exigindo incremento de teor substantivo. Considerando que todos merecem igual respeito e consideração<sup>60</sup>, os direitos das minorias devem ser resguardados, e disso decorre a importância do *judicial review*.

---

<sup>55</sup> SILVA, Jonathas Bezerra. A legitimidade do poder judiciário na concretização dos direitos fundamentais. IN: Gilmar Ferreira Mendes e Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch (org.). *Jurisdição Constitucional, Direitos Fundamentais e Experimentalismo Institucional*, p. 65. Disponível em: <

<sup>56</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz, *Op. Cit.*, p. 35.

<sup>57</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 20.

<sup>58</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Op. Cit.*, p. 80.

<sup>59</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Op. Cit.*, p. 20.

<sup>60</sup> Nesse sentido, veja-se: *“The partnership conception of democracy is different: it holds that selfgovernment means government not by the majority of people exercising authority over everyone but by the people as a whole acting as partners. This must inevitably be a partnership that divides over policy, of course, since unanimity is rare in political communities of any size. But it can be a partnership nevertheless if the members accept that in politics they must act with equal respect and concern for all the other partners.”* (DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 384.).

Dworkin refuta, ademais, a premissa de que os Tribunais tomam decisões políticas, uma vez que não haveria mera discricionariedade tendo em vista a existência de princípios a serem seguidos.<sup>61</sup> Tais princípios, baseados nos valores da comunidade, impõem um caminho a ser seguido na tarefa de interpretação constitucional.

## **5. A conciliação entre constitucionalismo e democracia no contexto brasileiro**

O embate entre constitucionalismo e democracia, consoante exposto acima, remete ao dilema entre assegurar prioritariamente a justiça ou a deliberação da maioria. Nesta esteira, os que defendem a imposição de limites ao *judicial review* entendem que o controle do Poder Judiciário sobre as decisões dos demais poderes viola o sistema democrático e a tripartição de poderes. Já os que advogam pela revisão judicial afirmam que as leis representam a opinião dos vencedores, relegando os direitos das minorias – que devem também ser resguardadas.

As objeções ao *judicial review* e ao ativismo judicial merecem ser revistas e ressaltadas. Neste ponto, requer atenção o fato de os juízes não serem eleitos, do que emanaria o suposto caráter antidemocrático das decisões dos Tribunais. Ainda, da concentração do poder de interpretação e de aplicação da Constituição nos juízes decorreria um possível desinteresse popular quanto ao texto constitucional, eis que os indivíduos não se sentiriam parte do processo interpretativo e decisório. Ademais, o controle dos atos do Poder Executivo e Legislativo pelo Poder Judiciário poderia representar uma afronta ao modelo de tripartição de poderes.

Tais objeções, em que pese pertinentes, não são capazes de afastar a importância do *judicial review*. Verifica-se, assim, que o Poder Judiciário é o principal responsável pela concretização da Constituição e dos direitos fundamentais no Brasil.

Ressalte-se, ademais, que a Carta Constitucional de 1988 “*extravasa os limites do constitucionalismo tradicional, de corte liberal, albergando na Lei Maior um extenso elenco de direitos fundamentais, bem como incorporando, por meio dos princípios, opções valorativas e, por meio de diretrizes, compromissos políticos.*”<sup>62</sup>

A Constituição, ao definir valores a serem realizados, requer atuações concretas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Desta forma, em um

---

<sup>61</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz, *Jurisdição Constitucional entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 64.

<sup>62</sup> MAIA, Antônio Cavalcanti. *Sobre a Teoria Constitucional Brasileira e a Carta Cidadã de 1988: do Pós-Positivismo ao Neoconstitucionalismo*. IN: Revista Quaestio Iuris da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012, p. 05.

sistema que pugna pela ampla proteção dos direitos dos indivíduos, se pelas deliberações democráticas há a garantia dos interesses da maioria, os direitos das minorias devem ser resguardados pela atuação dos Tribunais.

Assim, se os direitos fundamentais não são assegurados pelos Poderes Executivo e Legislativo, cabe aos Tribunais a sua garantia, eis que são os guardiães da Constituição. Considerando vigor em nosso sistema a supremacia dos direitos fundamentais, sua efetivação permite a interferência do Poder Judiciário nas decisões das maiorias.

É de se ressaltar que no Brasil são vários os casos de concretização de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário e, mais especificamente, pelo Supremo Tribunal Federal. Direitos até então relegados pelo Poder Legislativo, uma vez que não interessantes às maiorias, foram implementados pelos Tribunais. Mencione-se, a título de exemplo, a importante conquista referente ao reconhecimento das uniões homoafetivas, perpetrada recentemente pelo STF.<sup>63</sup>

Verifica-se, diante do exposto, que é salutar o controle judicial de atos que violem o disposto na Constituição. No entanto, isso não significa a abertura para a supremacia judicial, que se mostra prejudicial ao sistema democrático. A discussão que se impõe, assim, é quanto à conciliação entre efetivação dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário e a inclusão da sociedade no processo decisório.

Nesta esteira, propõem Robert Post e Reva Siegel o modelo de constitucionalismo democrático. Tal sistema, diferentemente do constitucionalismo popular, anteriormente explicado, não pretende retirar dos tribunais a função de interpretação da Constituição. Isso porque, de um lado, o constitucionalismo democrático reconhece o papel essencial do judiciário na implementação dos direitos constitucionais. De outro lado, recusando um foco essencialmente jurisdicional, o constitucionalismo democrático valoriza o papel essencial que o engajamento popular desempenha ao direcionar e legitimar as instituições e as práticas do controle judicial.<sup>64</sup>

Para que não seja configurada a supremacia do Poder Judiciário, impõe-se, portanto, a participação dos indivíduos nos processos de interpretação e

---

<sup>63</sup> A partir da decisão em conjunto do Supremo Tribunal Federal na ADPF 132/2008 e na ADI 4.277/2009, as uniões homoafetivas passaram a vislumbrar a mesma tutela destinada aos casais heterossexuais. O STF consolidou o entendimento que já vinha sendo proferido por outros Tribunais. Tem-se que o STJ, na decisão do Recurso Especial 1.085.646, já havia reconhecido a união homoafetiva como entidade familiar.

<sup>64</sup> Observe-se o seguinte trecho: *“Democratic constitutionalism affirms the role of representative government and mobilized citizens in enforcing the Constitution at the same time as it affirms the role of courts in using professional legal reason to interpret the Constitution. Unlike popular constitutionalism, democratic constitutionalism does not seek to take the Constitution away from courts. Democratic constitutionalism recognizes the essential role of judicially enforced constitutional rights in the American polity. Unlike a juricentric focus on courts, democratic constitutionalism appreciates the essential role that public engagement plays in guiding and legitimating the institutions and practices of judicial review.”* (POST, Robert, SIEGEL, Reva. *Democratic Constitutionalism and Backlash*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=990968](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968)>. Visualizado em 08/07/2014.

concretização da Constituição. Neste tocante, insta frisar o distanciamento da população brasileira quanto às decisões do Supremo Tribunal Federal e a ausência de uma mentalidade eminentemente constitucional, que ocorrem pela mitigação dos canais de comunicação entre povo e instituições do Poder Judiciário.

Teoriza Habermas, a este respeito, que a *sociedade civil* deve ter a possibilidade de criar um canal de comunicação com o Poder Público, com vistas à busca pela realização de direitos dos cidadãos.<sup>65</sup>

Assim, para que haja a democratização do processo interpretativo e de aplicação constitucional, faz-se necessária a ampliação da comunidade de intérpretes, com a inclusão de cidadãos, de partidos políticos e de associações, sem que se retire a Constituição dos Tribunais, a fim de que sejam garantidos os direitos fundamentais e a tutela das minorias.

Instrumentos de participação popular nas instâncias decisórias – inclusive previstos na Constituição Federal, mas sem a devida efetivação – devem ser reafirmados. Neste ponto, passa-se à análise acerca da importância da participação popular no que atine à interpretação constitucional e ao fortalecimento democrático.

## **6. A inclusão da sociedade no processo interpretativo constitucional**

Pretende-se demonstrar, neste ponto, que a garantia democrática do processo interpretativo constitucional requer a efetiva participação popular nos espaços de debates.

Lembra José Afonso da Silva, com auxílio da lição de Emílio Crosa, que a realização plena da democracia, tendo o *“princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana”*, depende da participação direta, efetiva e constante do povo nas situações que envolvam a coisa pública.<sup>66</sup> Percebe-se que um governo legitimado por um pacto social necessita da participação de toda a sociedade na formação das decisões, em diferentes intensidades, legitimando, por meio da expressão e busca de concretização de seus direitos, a atuação da Administração.<sup>67</sup>

É necessário que por meio da resistência pelos direitos sociais e fundamentais e da apresentação das incongruências de um governo ilegítimo se garanta maior poder decisório ao povo, o que pode se dar a partir de medidas

---

<sup>65</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade II*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 91-93.

<sup>66</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p.106/107 apud CROSA, Emílio. *Lo Stato Democratico*. Turim: UTET, 1946, p. 45.

<sup>67</sup> IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. 1ª Ed., 1ª Reimpressão, São Paulo: Centauro Editora, 2009, p. 19/33.

que concretizem uma democracia participativa, levando ao plano factível as medidas programáticas que delineiam um Estado de cunho social voltado a uma forma de desenvolvimento que lhe garanta a soberania.<sup>68</sup> A implementação de características da democracia participativa, de luta, resistência e fraternidade, e o intento de expurgar do nosso país as *mazelas do subdesenvolvimento* se inserem num contexto de reabilitação da soberania nacional, do sentimento de nação, povo e emancipação social e principalmente da legitimidade dos atos do Poder Judiciário.<sup>69</sup>

A maior participação popular na esfera pública ainda não se realiza perfeitamente sem a democratização geral das instituições do Estado, ou seja, não basta que se facilite o acesso no âmbito da criação de leis, é necessário que o objetivo geral das instituições seja a aproximação com os cidadãos, a transparência, a prestação de informações, a oitiva das necessidades, e, em determinados casos, o apelo ao Poder Judiciário.<sup>70</sup>

O pluralismo permite a ampla difusão de diferentes ideologias e a associação das pessoas, dentro da lei, tendo em vista legitimar o arcabouço ideológico por elas defendido, assim realizando a principal função democrática do princípio da fraternidade, que une os seres humanos não apenas em associações que valorizem seus interesses, mas principalmente em um contexto geral, tendo em vista a harmonização dos interesses para formar uma "unidade de fundamento da ordem jurídica", conduzindo à busca incessante e reiterada de conciliação.<sup>71</sup>

Interessante ponderar a teoria pela qual os interesses de grupos intrastatais possuem certa parcela da soberania, que deve ser reconhecida pelo Estado.<sup>72</sup> Daí se compreende que a consubstanciação da soberania interna do Estado, ou seja, sua legitimidade perante os cidadãos depende da consideração, coordenação<sup>73</sup> e conciliação dos diversos interesses setoriais que se manifestam no interior do corpo social e que formam, em última instância, uma vontade que pode ser considerada geral<sup>74</sup>, já que advinda de processo maximamente democrático, processo este que é assim percebido pelos cidadãos. É com estes objetivos que o Estado deixa de ser instrumento de opressão nas mãos de

---

<sup>68</sup> Ibid., p. 31/34 e 37.

<sup>69</sup> Ibid., p. 34/35 e 38.

<sup>70</sup> BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 42/43.

<sup>71</sup> Ibid., p.130/131.

<sup>72</sup> FERREIRA, Luís Pinto. Teoria Geral do Estado. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, 326/329. Menção às ideias de Marcel de la Bigne Villeneuve

<sup>73</sup> Ibid., 331. Na visão dos pluralistas ingleses o Estado deve apenas coordenar os grupos sociais.

<sup>74</sup> Ibid., 332. Menção às ideias de Harold Laski.

alguma oligarquia, passando a realizar uma democracia sobre as bases sólidas do solidarismo.<sup>75</sup>

Assim se vê que, sem que os indivíduos realizem a defesa de seus direitos, buscando não sofrer injustiças, o que é facilitado pelas associações, o cumprimento desses é dificultado, na medida em que a intenção clara e manifesta do interessado de defender um direito é muito melhor instrumento para fazer cumpri-lo do que a mera disposição legal. Nisto implica que a defesa de um direito individual se mostra como um dever para com a sociedade e também uma expressão da fraternidade na mesma.<sup>76</sup>

Neste ponto se vê a conciliação entre a o Poder Judiciário, em jurisdição constitucional, ao exercer seu papel de garantidor de direitos fundamentais, buscando arrimo na vontade exprimida por associações interessadas no tema posto em discussão, como se propõe neste artigo.

Percebe-se, assim, que a facilitação da defesa dos direitos individuais se dá pelas associações, com inserção do indivíduo num contexto de demandas similares as suas, gerando comprometimento e legitimação na realização dos direitos dos cidadãos naquele âmbito, de modo a atribuir eficácia aos direitos fundamentais.<sup>77</sup> A situação narrada se vê na manifestação da vontade de associações, inclusive aquelas com vontades conflitantes, perante o Poder Judiciário, exercendo conjuntamente a função de interpretação constitucional.

A formação e o incentivo às associações gera o sentimento de pertencimento a um objetivo, a um processo de desenvolvimento que é conquistado por meio da redução das desigualdades e pelo aumento da participação nas decisões, que faça o povo verdadeiramente sentir-se corresponsável pela atuação estatal e por seu projeto de desenvolvimento, conferindo-lhes legitimidade. Neste ímpeto, haverá a aproximação com um verdadeiro acordo social, com objetivos a serem perseguidos pela coletividade, num contexto de generosidade mútua e construção de vida digna a todos.<sup>78</sup>

A cooperação social e a realização de fins comuns pelos indivíduos de forma voluntária e eficiente é o elemento que se busca há muito tempo, estando a resposta já na doutrina que se trouxe a este estudo. Assim, o elemento humano, o único que possibilita a realização de qualquer teoria democrática ou constitucional, pode ser compreendido e estimulado à realização do desenvolvimento social e econômico, por meio da realização de sua própria dignidade como ser humano e da fraternidade com seus pares, na formação de

---

<sup>75</sup> Ibid., 334/335. Menção às ideias de Werner Sombart.

<sup>76</sup> IHERING, 2009, p. 61.

<sup>77</sup> Interação entre ideias de RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000; IHERING, 2009; e DINIZ, 1992

<sup>78</sup> MYRDAL, Gunnar. *Solidaridad o Desintegración*. Tradução para espanhol de Salvador Echevarría e Enrique González Pedrero. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1956, p. 44/46.

associações e na legitimação do Estado pela participação social, inclusive ao se manifestar auxiliando a interpretação de previsões de direitos fundamentais.

Parte-se, aqui também do pressuposto estabelecido por Robert Dahl, de que o aperfeiçoamento da democracia depende da "(...) responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais."<sup>79</sup> Os cidadãos devem poder então formular e expressar suas preferências aos seus concidadãos e ao governo, de quem deverão receber atenção equitativa. Neste intuito, a Administração deve organizar as instituições para que, entre outros direitos, se propicie, no que concerne às associações civis de pessoas, a liberdade de formá-las e aderir a elas, além de instituições que façam com que as políticas de governo "(...) dependam de eleições e de outras manifestações de preferência".<sup>80</sup> Formar-se-ia a Poliarquia, aqui descrita como conceito que mais se aproxima de uma democracia plena, trazendo meios de inclusão para a participação e possibilitando a oposição dos cidadãos às decisões e lideranças políticas.<sup>81</sup> Ora, completamente inserida na teoria poliarquica de Dahl, a proposição aqui feita de participação social na interpretação constitucional pelos Tribunais Superiores.

É então proposta uma reforma da democracia como se tem atualmente, com o fim de implementar maior controle social das deliberações políticas e de sua execução, tornando-a mais responsiva<sup>82</sup> e procurando progredir em direção à soberania da vontade do povo, tendo a "[...] convicção normativa do valor da democracia como marco institucional para processar a mudança social".<sup>83</sup> Ressalva a doutrina, que o aprofundamento dos preceitos democráticos deve se dar de modo a não tomar a participação social geral e extremada como legítima de *per si*.<sup>84</sup>

A participação de associações independentes no cenário democrático atual, na forma da *cidadania inclusiva*, é necessária, desejável e inevitável.<sup>85</sup> Com esse ímpeto, e, dada a ressalva, a tendência de participação ativa da sociedade no sistema democrático vem para fundar os pilares da democracia, com base na transparência e prestação de contas do Estado, em existência simultânea e de realização recíproca com a participação, controle e deliberação da sociedade na

---

<sup>79</sup> DAHL, Robert A.. Poliarquia: Participação e Oposição. Tradução de Beatriz Sidou. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1997, p. 25.

<sup>80</sup> DAHL, 1997, p. 26/27.

<sup>81</sup> Ibid., p. 29/31.

<sup>82</sup> LAVALLE, Adrián Gurza; HOUTZAGER, Peter P.; CASTELLO, Graziela. Democracia, Pluralização da Representação e Sociedade Civil. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, São Paulo, nº 67 – O Futuro da Representação, p. 49-95, 2006, p. 51/52.

<sup>83</sup> Ibid., p. 76.

<sup>84</sup> FERREIRA, 1975, p. 551/552.

<sup>85</sup> DAHL, Robert. Sobre a Democracia. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 112/113.

esfera política.<sup>86</sup> Descreve, então, a partir da teoria de Edmund Burke, elemento essencial para as teorias que demandam a participação popular na administração, "(...) uma consciência psicológica, ou seja, um senso íntimo coletivo, distinto da consciência de cada indivíduo" que se forma nas comunidades."<sup>87</sup>

De grande importância, portanto, que concomitantemente com a garantia dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, haja a participação social da população, em especial pelas associações interessadas, no processo de interpretação constitucional, de modo a conferir legitimidade e democracia à interpretação.

Expõe Habermas, que a *sociedade civil* deve ter a possibilidade de criar um canal de comunicação com o Poder Público, conceituado com *esfera pública*, na qual os *atores*, pessoas da sociedade civil dotadas de legitimidade para atuar junto à Administração, buscam a realização de direitos dos cidadãos; nas palavras do autor, é na esfera pública que se deve "(em relação aos problemas) percebê-los e identificá-los, devendo, além disso, tematizá-los, problematizá-los e dramatizá-los de modo convincente e *eficaz*, a ponto de serem assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar".<sup>88</sup> Se vê a participação de associações na administração do Estado, inclusive perante o Poder Judiciário, como uma tendência que faz parte da nova concepção da Administração Pública, sendo caracterizados como "instrumentos de administração autônoma gerencial".<sup>89</sup>

Os atores, como representantes de associações, e, portanto, de setores da sociedade, tem sua atuação legitimada, pois, em outras palavras, são uma continuação da associação, apenas expressando a vontade constituída em deliberação ativa dos membros da associação, de forma que a atuação do ator perante o Estado é vista como *auto-apresentação*, ou seja, é forma de participação direta.<sup>90</sup> No conceito de *representação virtual* de Edmund Burke é importante haver um *idem sentire*, consubstanciado pela maneira como os atores se comportam. Tendo tal compromisso e comunhão de valores, a representação dos interesses coletivos é expressa de maneira mais próxima de sua forma pura.<sup>91</sup>

A realização da democracia inclui por certo a inclusão das associações no âmbito de política deliberativa e da interpretação constitucional, que, em última instância, define o conteúdo normativo da lei.<sup>92</sup>

---

<sup>86</sup> LAVALLE; HOUTZAGER; CASTELLO, 2006, p. 78.

<sup>87</sup> MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.77/78.

<sup>88</sup> HABERMAS, 2003, p. 91/93.

<sup>89</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.3/5.

<sup>90</sup> LAVALLE; HOUTZAGER; CASTELLO, 2006, p. 80/81.

<sup>91</sup> Ibid., p. 88/89.

<sup>92</sup> HABERMAS, 2003, p. 104/105.

Há, inclusive, como tendência dos governos atuais, uma resposta às demandas de participação pública, com a busca de valorização da participação, inserindo a sociedade no âmbito de decisão e interação com a Administração, veiculando políticas como o orçamento participativo, os conselhos gestores com participação de atores da sociedade civil, além de propiciar a participação da sociedade por meio dos plebiscitos, *referendum* e iniciativa popular, com o intuito de possibilitar a participação na deliberação acerca das prioridades de atuação do Estado, da execução e controle de suas atividades<sup>93</sup>, bem como a recente criação do Decreto nº 8.243/2014, que Institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS.

Esta teoria, que envolve a expressão de interesses heterogêneos e a valorização do pluralismo político, traz em si a questão de que tais interesses serão representados por diversos atores, que – em oposição aos representantes políticos, que visam representar sempre um interesse geral, amplo e vago demais para ser representado com exatidão – representam pequenos interesses excluídos, que passarão a ter representação em consonância com sua vontade, e que formam, como que no costurar de uma colcha de retalhos, a materialização do soberano interesse público.<sup>94</sup>

A proposição de participação social e aprofundamento democrático não pretendem se mostrar como solução infalível, porém se percebe que sua implementação pode auxiliar na inclusão de setores da sociedade, bem como no aperfeiçoamento da realização da vontade popular e na fiscalização da ação política<sup>95</sup>, também gerando aperfeiçoamento e legitimação da interpretação constitucional dada pelos Tribunais, promovendo a coesão social e auxílio recíproco na forma da cooperação social.

Pode se afirmar que a captação da voz das associações é tarefa da Administração Pública, que não se poderá legitimar sem que dê atenção aos diversos interesses setoriais. Com essa função o Poder Público, inclusive por meio do Poder Judiciário, deve perceber as diferenças na incidência de direitos em cada setor da sociedade, buscando promover a integração social, que se dá pela realização dos direitos fundamentais.<sup>96</sup>

O que se verifica é que a valorização dos meios de influência democrática e a realização de direitos fundamentais, com o fomento e a participação de associações na interpretação constitucional, que são de responsabilidade do

---

<sup>93</sup> HABERMAS, 2003, p. 81/85.

<sup>94</sup> LAVALLE; HOUTZAGER; CASTELLO, 2006, p. 87. Cf. AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado. 41. ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 382, explicando que embora, como dito antes, o Estado deva formar a vontade do povo a partir de interesses heterogêneos, até por ser a única sociedade em que o indivíduo necessariamente se inserirá, o Estado deve ter como fim um conceito de *bem público*, no sentido de que a soma dos interesses elegidos como legítimos deve resultar nesse conceito.

<sup>95</sup> LAVALLE; HOUTZAGER; CASTELLO, 2006, p. 93/94.

<sup>96</sup> HABERMAS, 2003, p. 119/121

Poder Judiciário, principalmente quando diante de violação ou negativa de vigência a disposição constitucional, se dá em um ciclo virtuoso em que um elemento engrandece o outro.

## 7. Considerações finais

Consoante proposto neste trabalho, vivemos atualmente no Brasil o neoconstitucionalismo, haja vista a noção de supremacia da Constituição, a instauração de direitos fundamentais e a outorga de poder ao Judiciário para a concretização dos valores constitucionais. Neste sentido, a proposta do neoconstitucionalismo é a operacionalização do sistema jurídico de acordo com a ideia de expansão das garantias fundamentais.<sup>97</sup>

A realização das metas da Constituição requer, assim, uma *“hermêutica constitucional progressista”*, embasada pelo neoconstitucionalismo, a fim de que a Lei Maior seja entendida como projeto coletivo com vistas à efetivação dos direitos fundamentais.<sup>98</sup>

Diante disso, torna-se custoso aceitar doutrinas que impeçam ou limitem a participação do Poder Judiciário no que atine à interpretação e realização da Constituição, considerando sua inegável atuação proativa concernente à proteção dos direitos das minorias. No entanto, a realização do *judicial review* não poder dar origem à supremacia dos Tribunais.

Nesta esteira, faz-se necessário o incremento das formas de diálogo entre o povo e as Cortes, a fim de que os cidadãos – destinatários da proteção constitucional – tornem-se parte do processo interpretativo e decisório, o que pode ser feito, dentre outras formas, mediante a figura do *amicus curiae* e das audiências públicas. A participação popular no controle de constitucionalidade torna-se, assim, uma forma de conciliar democracia e constitucionalismo.

Diante das críticas à interpretação constitucional realizada pelas Cortes Superiores, no sentido de que estariam atuando em caráter legislativo, mas respondendo também aos anseios sociais por verem os direitos plasmados na Constituição de 1988 realizados, papel esse que cabe de fato especificamente ao Supremo Tribunal Federal, guardião de nossa Carta Magna, propõe-se a participação social no processo interpretativo constitucional, assim aproximando o Estado (Poder Judiciário) da sociedade e conferindo maior legitimidade a tais decisões, visto que proporcionada a manifestação das associações interessadas. Assim, se é certo que os Tribunais Superiores não podem se furtar a dar a devida interpretação ao texto constitucional e garantir aos cidadãos os direitos ali cristalizados, é solução viável a dar maior legitimação a tais decisões a consulta

---

<sup>97</sup> MAIA, Antônio Cavalcanti. *Sobre a Teoria Constitucional Brasileira e a Carta Cidadã de 1988: do Pós-Positivismo ao Neoconstitucionalismo*. IN: Revista Quaestio Iuris da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012, p. 66.

<sup>98</sup> MAIA, Antônio Cavalcanti. *Op. Cit.*, p. 66.

das entidades interessadas, obtendo uma manifestação formada no seio social e que reflete a vontade dos componentes de certa associação, assim dando cumprimento ao ordenamento jurídico e legitimando-se por meio da mais ampla consulta popular às entidades setoriais.

## Referências Bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo o povo soberano. Fundamentos de Direito Constitucional*. Tradutor: Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 41. ed. São Paulo: Globo, 2001.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz, *Jurisdição Constitucional entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III, 2ª ed. rev., Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª Edição. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPELLARI, Eduardo. *A crise da modernidade e a constituição: elementos para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DAHL, Robert A.. *Poliarquia: Participação e Oposição*. Tradução de Beatriz Sidou. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1997.

\_\_\_\_\_. *Sobre a Democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

- DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- DONNELLY, Tom. *Making Popular Constitutionalism Work*. IN: *Wisconsin Law Review*, p. 159-194.
- DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- FERREIRA, Luís Pinto. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.
- GARGARELLA, Roberto. *El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre "The People Themselves", de Larry Kramer*. Artigo - *Jura Gentium: Centro di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*. Disponível em: <<http://www.juragentium.org/topics/latina/es/gargarel.pdf>>. Visualizado em 30/07/2014.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade II*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Tradução de Mário de Méroe. São Paulo: Centauro Editora, 2009.
- KRAMER, Larry. *The Interest of the Man: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=938721](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=938721)>. Visualizado em 05/07/2014.
- LAVALLE, Adrián Gurza; HOUTZAGER, Peter P.; CASTELLO, Graziela. Democracia, Pluralização da Representação e Sociedade Civil. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, nº 67 – O Futuro da Representação, p. 49-95, 2006.
- MAIA, Antônio Cavalcanti. Sobre a Teoria Constitucional Brasileira e a Carta Cidadã de 1988: do Pós-Positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: *Revista Quaestio Iuris* - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012.
- MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de La Brède et de. *O Espírito das Leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.
- MYRDAL, Gunnar. *Solidaridad o Desintegración*. Tradução para espanhol de Salvador Echevarría e Enrique González Pedrero. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1956.

POST, Robert, SIEGEL, Reva. *Democratic Constitutionalism and Backlash*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=990968](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968)>. Visualizado em 08/07/2014.

RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *Neoconstitucionalismo e democracia*. Disponível em: <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/Publicacao\\_10400\\_em\\_17\\_06\\_2011\\_09\\_48\\_47.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/Publicacao_10400_em_17_06_2011_09_48_47.pdf)>. Visualizado em 26/07/2014>. Visualizado em 16/06/2014.

SEROTA, Michel. *Popular Constitutional Interpretation*. In: Connecticut Law Review. Vol. 44, Julho de 2012, nº 05.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

*Artigo recebido em 15 de outubro de 2014.*

*Artigo aprovado para publicação em 10 de dezembro de 2014.*

DOI: 10.11117/1982-4564.07.19



Observatório da Jurisdição  
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.  
Ano 7, no. 2, jul./dez. 2014. ISSN 1982-4564.

## Sentenças aditivas no direito italiano e a sua viabilidade na jurisdição constitucional brasileira

*André Luiz Maluf Chaves\* e Thiago Rodrigues-Pereira\*\**

**Resumo:** O presente trabalho tem o escopo de perscrutar o instituto das sentenças aditivas no direito italiano. Para tanto, analisaremos o desenvolvimento do instituto na doutrina e jurisprudência da Itália, com o objetivo de sustentar sua plena aplicabilidade ao modelo brasileiro.

**Palavras-chave:** Sentenças aditivas, Doutrina italiana, Técnicas de Decisão.

**Abstract:** This present work aims to scrutinize the institute of additive decisions on the Italian law. As for that, we are going to analyze the development of the doctrine and jurisprudence in Italy, with the objective of sustaining their applicability to Brazilian model.

**Keywords:** Additive decisions, Italian doctrine, Techniques of decision.

\* Graduando em Direito na Universidade Federal Fluminense (UFF).

\*\* Pós-Doutorando em Direito na Universidade Católica de Petrópolis (UCP), Professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense (UFF).

## 1. Introdução

A celeuma da omissão inconstitucional é um tema que vem ensejando amplos debates no Direito Constitucional, de modo que o Poder Judiciário tem desenvolvido inúmeras técnicas de decisão com o fito de viabilizar o exercício de direitos constitucionalmente previstos e não regulamentados. Em que pese o grande esforço da doutrina e da jurisprudência, podemos perceber que o Direito brasileiro ainda está engatinhando nesse fascinante tema, de modo que inúmeras questões perduram sem respostas satisfatórias.

Uma das técnicas mais relevantes desenvolvidas pelo direito italiano, que repercutiu em países como Portugal, Espanha e Alemanha, para sanar omissões inconstitucionais, é a chamada sentença manipulativa de efeitos aditivos.

Nas sentenças aditivas o magistrado cria normatividade com vistas a suprir uma omissão inconstitucional comprovada, ou seja, sem alterar o texto da norma inconstitucional a decisão amplia o seu conteúdo normativo incluindo previsão que a torne constitucional: "*la sentencia manipulativa sería genéricamente la que modifica o integra el alcance normativo de la disposición*".<sup>1</sup> Visa-se através das sentenças aditivas assegurar o exercício de direitos previstos na Constituição, dando completude ao ordenamento.

A intenção deste trabalho é esclarecer, com base na doutrina italiana, o que são sentenças aditivas à luz da problemática da omissão inconstitucional e apontar os principais argumentos que sustentam a possibilidade de utilização desta técnica de decisão na jurisdição constitucional brasileira.

## 2. Noção de direitos fundamentais

A celeuma da omissão inconstitucional é um tema que vem ensejando amplos debates no Direito Constitucional, desafiando a doutrina, a jurisprudência e os legisladores.<sup>2</sup> Acerca do tema, o professor Gilmar Mendes<sup>3</sup> afirma:

É possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno. Ela envolve não só o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais. Ela desafia também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional. Quando se pode afirmar a caracterização de uma lacuna

---

<sup>1</sup> Romboli *apud* Léo Brust. *La Sentencia Constitucional en Brasil*. pp. 75.

<sup>2</sup> Luis Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro* - 6ª Ed. - Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. p. 54.

<sup>3</sup> Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. Versão Digital. Curso de direito constitucional – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 1824/1825.

inconstitucional? Quais as possibilidades de colmatação dessa lacuna? Qual a eficácia do pronunciamento da Corte Constitucional que afirma a inconstitucionalidade por omissão do legislador? Quais as consequências jurídicas da sentença que afirma a inconstitucionalidade por omissão?

Com tantos questionamentos sem soluções aparentes, podemos concluir, sem maiores esforços, que o tema é denso e complexo,<sup>4</sup> de modo que o Direito brasileiro ainda está despertando para a sua relevância.<sup>5</sup>

Diante disso, o professor Gilmar Mendes sustenta a necessidade de uma *Teoria da omissão inconstitucional*<sup>6</sup>. Logo, mister a relevância de se encarar o tema de forma tão séria quanto o estudo da inconstitucionalidade por ação<sup>7</sup>, eis que, embora recente<sup>8</sup>, se mostra essencial para a segurança do Estado Democrático de Direito, conforme salienta o professor Gilmar Mendes:

Todos os que, tópicamente ou sistematicamente, já se depararam com uma ou outra questão atinente à omissão inconstitucional, hão de ter percebido que a problemática é de transcendental importância não apenas para a realização de diferenciadas e legítimas pretensões individuais. Ela é fundamental sobretudo para a concretização da Constituição como um todo, isto é, para a realização do próprio Estado de Direito democrático, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, da iniciativa privada, e no pluralismo político, tal como estabelecido no art. 1º da Carta Magna.<sup>9</sup>

Como sabemos, a Constituição é a norma fundamental do ordenamento jurídico, e, assim sendo, contém comandos cogentes, vedando ou impondo determinados comportamentos. É possível, portanto, violar a Constituição praticando atos contrários a ela, seja através de uma ação ou uma omissão.<sup>10</sup> Esse entendimento foi primeiro defendido por Hans Kelsen na sua Teoria Pura do Direito quando afirmou:

---

<sup>4</sup> Luis Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro* - 6ª Ed. - Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. p. 54.

<sup>5</sup> Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. Versão Digital. Curso de direito constitucional – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 1825/1826.

<sup>6</sup> Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. Versão Digital. Curso de direito constitucional – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, 1826.

<sup>7</sup> Luis Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro* - 6ª Ed. - Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. p. 54/55.

<sup>8</sup> Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. Versão Digital. Curso de direito constitucional – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 1538.

<sup>9</sup> Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. Versão Digital. Curso de direito constitucional – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 1825.

<sup>10</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro* - 6ª Ed. - Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. p. 53;

A norma fundamental, determinada pela Teoria Pura do Direito como condição da validade jurídica objetiva, fundamenta, porém, a validade de qualquer ordem jurídica positiva, quer dizer, de toda ordem coerciva globalmente eficaz estabelecida por atos humanos. De acordo com a Teoria Pura do Direito, como teoria jurídica positivista, nenhuma ordem jurídica positiva pode ser considerada como não conforme à sua norma fundamental, e, portanto, como não válida. O conteúdo de uma ordem jurídica positiva é completamente independente da sua norma fundamental. Na verdade - tem de acentuar-se bem - da norma fundamental apenas pode ser derivada a validade e não o conteúdo da ordem jurídica. Toda ordem coerciva globalmente eficaz pode ser pensada como ordem normativa objetivamente válida. A nenhuma ordem jurídica positiva pode recusar-se a validade por causa do conteúdo das suas normas<sup>11</sup>.

Tal como no caso de inconstitucionalidade por ação, também a omissão violadora da Constituição pode ser imputável aos três Poderes. Por exemplo, pode o Poder Executivo se abster de tomar medidas político-administrativas em matéria de educação (art. 208 da Constituição). Todavia, a questão nodal da inconstitucionalidade por omissão repousa na elaboração de atos normativos necessários à realização dos comandos constitucionais seja de normas de organização ou definidoras de direitos<sup>12</sup>.

Segundo Alexandre de Moraes, a inconstitucionalidade por omissão consiste na conduta negativa do Poder público diante de uma conduta positiva determinada pela Constituição. Logo, a incompatibilidade entre o que a Carta Magna exige e a atuação do Poder pública configura a omissão inconstitucional.<sup>13</sup>

Luis Roberto Barroso, ao tratar da omissão legislativa, adverte que a simples inércia, ou seja, o mero *não fazer*, não configura, por si só, uma omissão inconstitucional, eis que o legislador tem sua margem de discricionariedade política para legislar. Todavia, nos casos em que a Constituição impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma regulamentadora da atuação de determinado

---

<sup>11</sup> KELSEN, Hans. Trad. João Baptista de Machado. *Teoria Pura d Direito*. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 152.

<sup>12</sup> Tratam-se de normas de eficácia limitada na teoria de José Afonso da Silva em relação a classificação das normas constitucionais quanto a sua eficácia, ou seja, dependem que o legislador ordinário atue para que o direito previsto na Constituição possa ser efetivamente exercido. Sobre o tema ver SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, pp. 81 e 82.

<sup>13</sup> Alexandre de Moraes. *Direito Constitucional*, 30ª Ed. Atlas, São Paulo, 2014, p. 798.

preceito constitucional, sua abstenção será ilegítima, configurando, assim, inconstitucionalidade por omissão.<sup>14</sup>

Lenio Streck aduz que, estipulada uma conduta na Constituição para que o Executivo ou o Legislativo atue, verifica-se uma inércia/omissão quando o responsável não realiza a obrigação imposta pela Constituição.<sup>15</sup>

Em suma, quando a Constituição impõe determinado comando, seja de forma explícita ou implícita, e qualquer dos três Poderes se abstém de realizá-lo, praticando uma conduta negativa diante de uma ordem emanada da Constituição, incorre em hipótese de omissão inconstitucional.

A inércia ilegítima do legislador poderá ser total ou parcial. A omissão inconstitucional total ocorre quando há um vazio normativo da matéria, ao passo que a omissão parcial é verificada quando a lei exclui do seu âmbito de incidência determinada categoria que deveria ser abrigada ou quando o legislador atua de modo insuficiente relativamente à obrigação que a Constituição impôs<sup>16</sup>.

Em Portugal a Constituição (1976) trouxe regras sobre a inconstitucionalidade por omissão. Também na Alemanha e na Itália<sup>17</sup> a temática já vinha sendo discutida desde o final da década de 50 e início da década de 60.<sup>18</sup> No Brasil, a Constituição de 1988 concebeu dois remédios jurídicos para enfrentar a celeuma: o mandado de injunção (art. 5º, LXXI)<sup>19</sup> e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, §2).<sup>20</sup>

Tendo em vista o amplo debate acerca do tema na Itália, utilizaremos como parâmetro de comparação a jurisdição e a doutrina italiana para perscrutar a problemática.

---

<sup>14</sup> Luís Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro* - 6ª Ed. - Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. p. 56;

<sup>15</sup> Lenio Luiz Streck. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. RT. 2013. p. 891.

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6ª Ed. - Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 59-60;

<sup>17</sup> Por exemplo, a provável primeira sentença aditiva da Corte Constitucional italiana: Sentença n. 168/1963. Léo Brust. *La Sentencia Constitucional en Brasil*. pp. 92.

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6ª Ed. - Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p 55.

<sup>19</sup> Art. 5º, LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania

<sup>20</sup> Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (...)§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

### 3. Jurisdição constitucional italiana

Verifica-se que a criação de um Tribunal Constitucional específico para resguardar direitos, dirimir conflitos federativos entre outros, surge como resposta às atrocidades cometidas durante a 2ª guerra mundial. Isso nos remete ao embate teórico travado entre Carl Schmitt e Hans Kelsen.

Carl Schmitt, pautado sobre a tese de que a Constituição é emanada de um poder constituinte, sobrepõe a parte política à jurídica, diferenciando, daí, a existência de Constituição e leis constitucionais, aquelas correspondendo a uma decisão política fundamental. Acredita que o seu guardião deve ser alguém que possua o poder neutro, que é capaz de harmonizar todos os demais poderes.

A democracia de Schmitt, ainda, é pautada numa ótica homogênea, rebatendo o pluralismo, de modo que a democracia não tem uma relação direta com o parlamentarismo. São esses os pressupostos para enxergar no presidente do Reich o guardião da Constituição, visto que será a pessoa capaz de atender a todos os requisitos.

Para Kelsen, por sua vez, de maneira bem científica o ordenamento jurídico se pauta num escalonamento de normas, estando a Constituição no seu topo e as normas infraconstitucionais em conformidade com aquela. Este, portanto, é o pressuposto do controle de constitucionalidade, que verá em um Tribunal Constitucional o órgão competente a exercê-lo.<sup>21</sup>

Em resposta ao regime fascista anteriormente adotado, a Constituição italiana de 1948, nos termos do art. 138, consagrou no país uma Jurisdição Constitucional rígida garantindo estabilidade ao sistema, logo, necessário quórum específico para alteração da Constituição. Ademais, foi responsável pela criação<sup>22</sup> de uma nova Corte Costituzionale, arts. 134 a 137, com competência para exercer o controle de constitucionalidade<sup>23</sup>, dirimir conflitos federativos de atribuição e aqueles envolvendo acusações contra o Presidente da República, bem como zelar pela aplicação das normas constitucionais.

Esse modelo de justiça constitucional, que como visto é creditado a Hans Kelsen, que atribui a um tribunal ad hoc o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, pode ou não pertencer ao Poder Judiciário. No caso brasileiro, como é cediço, o STF, que é órgão do Judiciário, desempenha tanto a função de

---

<sup>21</sup> Sobre o tema ver KELSEN, *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999 e SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Belo Horizonte:2007.

<sup>22</sup> Vale ressaltar que o Tribunal só iniciou seus trabalhos de fato em 1956.

<sup>23</sup> O controle de Constitucionalidade realizado pela Corte é concentrado, e tem como objeto somente leis e atos normativos primários, podendo ser realizado de duas formas: i) o Estado ou regiões podem pedir diretamente para que a Corte se manifeste sobre a inconstitucionalidade de uma lei, seja regional ou Estatal; ii) quando na análise de um caso concreto o juiz verificar que a norma objeto da lide pode ser inconstitucional, deverá submeter tal decisão ao crivo da Corte. Destarte, verifica-se o importante papel do juiz de primeiro grau como filtro das questões que são levadas à Corte.

tribunal constitucional quanto de instância recursal tendo inclusive competência penal originária.<sup>24</sup>

No tocante à Corte Costituzionale ela segue o modelo kelseniano, ou seja, não pertence ao Poder Judiciário, e constitui-se de 15 juízes, com mandato por nove anos, sendo um terço indicado pelo Presidente da República, um terço pelo Parlamento e um terço pelas magistraturas supremas, ordinárias e administrativas. São escolhidos magistrados pertencentes a qualquer grau de jurisdição, professores universitários titulares de Direito e advogados com pelo menos 20 anos de atividade profissional.<sup>25</sup>

O controle concreto pela via incidental ocorre quando um juiz ou tribunal, ao visualizar uma possível inconstitucionalidade, submete esta à Corte Costituzionale, de forma fundamentada, desde que haja relevância e non manifesta infondatezza. Percebe-se a importância do filtro realizado pelo juiz ordinário quanto às questões que são levadas ao tribunal constitucional. Vale ressaltar que na Itália não há formas de acesso ao cidadão à jurisdição constitucional e que após declarada a inconstitucionalidade, a norma cessa sua eficácia vinte e quatro horas depois da publicação da decisão.<sup>26</sup>

Com o passar das décadas e a frequente atuação da Corte Costituzionale no exercício do controle de constitucionalidade, surgiram debates envolvendo a possibilidade de atuação do tribunal constitucional quando verificada uma inconstitucionalidade por omissão capaz de ensejar a inviabilidade do exercício de direitos constitucionalmente previstos. Uma das técnicas mais relevantes desenvolvidas pelo direito italiano que repercutiu em países como Portugal, Espanha e Alemanha é a chamada sentença manipulativa de efeitos aditivos.

Léo Brust<sup>27</sup> discorre sobre o desenvolvimento das sentenças manipulativas na jurisdição constitucional italiana:

De forma que la lógica de la evolución del sistema italiano ha ido evolucionando paulatinamente desde la inicial necesidad de legitimación de la Corte, que la llevó a dar preferencia a las sentencias impositivas de estimación - para obligar el Poder Judicial a acatarlas -, y posteriormente a las sentencias interpretativas, manipulativas y a la modulación de los efectos temporales de sus decisiones. Una vez consolidado plenamente su papel institucional, la Corte aceptó un mayor protagonismo a los jueces, permitiéndoles que decidan

---

<sup>24</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. RT. 2013, pp. 422.

<sup>25</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. RT. 2013, pp. 422.

<sup>26</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. RT. 2013, pp. 423.

<sup>27</sup> Léo Brust. *La Sentencia Constitucional en Brasil*. pp. 33:

cuestiones constitucionales, que antes eran tenidas como de su exclusiva competencia.<sup>28</sup>

#### 4. Sentenças manipulativas de efeitos aditivos no direito italiano

A chamada sentença manipulativa<sup>29</sup> de efeitos aditivos é uma das técnicas mais relevantes para solucionar a questão da omissão inconstitucional. Tem origem diante da omissão do Parlamento italiano em conformar a antiga ordem infraconstitucional fascista com a Constituição de 1947, haja vista a permanência desta legislação pré-constitucional mesmo depois da entrada em vigor da nova Constituição<sup>30</sup>.

Acosta Sanchez<sup>31</sup> faz um interessante resumo dos motivos pelos quais as sentenças aditivas ganharam força principalmente na Itália:

El dogma de la soberanía de la ley, que nunca gozó de gran tradición ni fuerza, cedió fácilmente a la supremacía de la Constitución. De manera adicional, las negativas vicisitudes del regimen parlamentario italiano han golpeado con más fuerza que ninguna otra democracia occidental el prestigio del legislador, cuya actividad ha estado marcada por la partidocracia y la inercia. [...] la jurisdicción constitucional na há llegado a engendrar en Italia en ningún momento el típico temor al 'gobierno de los jueces'; el Tribunal Constitucional italiano ha conquistado un papel estelar en la realidad democrática em que se mueve; a diferencia de otros Tribunales Constitucionales europeos, 'no se preocupa em disimular su poder creador': reconoce sin embagos a su jurisprudência como fuente de Derecho; tiende a desligarse con facilidad de reglas de interpretación fijas y entiende la interpretación constitucional desde el realismo jurídico, sobre métodos ampliamente deductivos, en particular el histórico-evolutivo, es decir, la entiende como acto de voluntad y no

---

<sup>28</sup> De modo que a lógica da evolução do sistema italiano progrediu gradualmente, desde a necessidade inicial para a legitimidade do Tribunal, que a levou a dar preferência pelas sentenças estimativas - para forçar o Judiciário a obedecê-los - e, em seguida, a sentenças, interpretativas, manipulativas e a modulação dos efeitos temporais de suas decisões. Uma vez consolidado integralmente o seu papel institucional, o Tribunal aceitou um maior protagonismo aos juízes, permitindo que estes decidam questões constitucionais, que anteriormente eram mantidas como sua competência exclusiva. "Tradução nossa".

<sup>29</sup> Conforme sustenta a doutrina italiana (VEGA, 2003, apud BRUST, 2009) tais sentenças são assim denominadas em virtude da possibilidade de adição, substituição ou redução do conteúdo normativo do preceito questionado, não havendo um consenso sobre a terminologia, havendo autores como Rui Medeiros e Jorge Miranda que adotam o termo "modificativas".

<sup>30</sup> CAMPOS, Carlos de Alexandre de Azevedo. *Atualidades do Controle Judicial da Omissão Legislativa*. p. 25

<sup>31</sup> SANCHEZ, Acosta apud ISRAEL, Lucas Nogueira. *O Paradigma do Legislador Negativo e as Decisões Manipulativas com Efeitos Aditivos*, *Revista da PGBC* - v. 5 - n. 2 - dez. 2011. Disponível em [http://www.bcb.gov.br/pgbcb/122011/revista\\_pgbc\\_vol5\\_num2.pdf](http://www.bcb.gov.br/pgbcb/122011/revista_pgbc_vol5_num2.pdf). Acesso em 29 novembro de 2013, p. 27;

como acto de conocimiento, concepción esta típica del positivismo jurídico, como es sabido.<sup>32</sup>

Na doutrina italiana, houve, durante algum tempo, extensa divergência. Delfino chamou-as decisões criativas, Rizza, decisões intermédias, Paladin definiu-as como decisões integrativas. A par de tais definições, era majoritária a referência às decisões estimatórias interpretativas, delineadas como todas em que a interpretação constitucional joga um papel instrumental. Por fim, formou-se um consenso, relativamente estável, no sentido de defini-las como espécie do gênero decisões manipulativas.<sup>33</sup> Portanto, para compreender o instituto da sentença manipulativa de efeitos aditivos como técnica de decisão apta a gerar eficácia de direitos constitucionais, é necessário analisar a classificação<sup>34</sup> estabelecida por Augusto Martin de La Vega (VEGA, 2003, apud BRUST, 2011) acerca das decisões prolatadas pela *Corte Costituzionale*. Nesse sentido afirma Léo Brust<sup>35</sup>:

Para un análisis más claro del rico fenómeno tipológico de los pronunciamientos del Tribunal Italiano, las decisiones de la Corte se clasificarán en sentencias simples, que en principio son las que más atienen al art. 136 CI; sentencias interpretativas, que abarcan las interpretativas stricto sensu - en las cuales la Corte elige una interpretación constitucional o inconstitucional entre las deducibles del precepto cuestionado - y las manipulativas aditivas, reductoras y sustitutivas, en que la Corte manipula los preceptos legales para adecuarlos de inmediato a la Constitución; y, finalmente, la modulación de los efectos temporales de las sentencias hacia el pasado - con las sentencias de inconstitucionalidad sobrevenida - y hacia el futuro, con las admoniciones al legislador y las sentencias

<sup>32</sup> O dogma da soberania das leis, que nunca gozou de grande tradiçao nem força, cedeu facilmente à supremacia da Constituição. De maneira adicional, os vícios negativos do regime parlamentarista italiano golpearam com mais força do que qualquer outra democracia ocidental o prestígio do legislador. Cujá atividade foi marcada pela 'partidocracia' e inércia. (...) a jurisdição constitucional não permitiu que ocorresse, em momento algum, o típico temos do 'governo de juizes'; o Tribunal Constitucional italiano conquistou um papel estelar na realidade democrática em que atua; à diferença de outros Tribunais Constitucionais europeus, 'não se preocupar em dissimular seu poder criativo': reconhece sem receios sua jurisprudência como fonte de Direito; tende a se desligar com facilidade das regras de interpretação e entende a interpretação constitucional desde o realismo jurídico, sobre métodos dedutivos, em particular histórico-evolutivo, em outras palavras, entende como ato de vontade e não como ato de conhecimento, concepção típica do positivismo jurídico, como é cediço. "Tradução nossa".

<sup>33</sup> PAIVA, Paulo Frederico. *Decisões com perfil aditivo não contrariam Constituição*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2009-mai-01/decisoes-perfil-aditivo-nao-sao-contrarias-constituicao> > Acesso em: 22 novembro de 2013, pp. 01.

<sup>34</sup> Embora existam outras classificações relevantes, como aquela adotada pelo Prof. português Carlo Blanco de Moraes, optamos por utilizar uma classificação presente no Direito italiano.

<sup>35</sup> VEGA, Augusto Martin de La *apud* BRUST, Léo. *A interpretação conforme a constituição e as sentenças manipulativas*. *Rev. direito GV* [online]. 2009, vol.5, n.2, pp. 507-526. Disponível em: < [http://direitogv.fgv.br/sites/default/files/14\\_2.pdf](http://direitogv.fgv.br/sites/default/files/14_2.pdf) > Acesso em: 20 novembro 2013; pp. 36;

aditivas de princípio, en las cuales el diálogo con los poderes judicial y legislativo se muestra más visible.<sup>36</sup>

Constata-se que a jurisprudência da *Corte Costituzionale* cunhou tipologia própria, de modo que as sentenças manipulativas se dividem em sentenças aditivas, substitutivas e redutivas: *"De hecho, en los últimos años la Corte Costituzionale italiana en sus informes anuales ha dividido las sentencias manipulativas en reductoras o de estimación parcial, aditivas y sustitutivas."*<sup>37</sup> Roberto Romboli<sup>38</sup> esclarece a questão:

La jurisprudência constitucional, siempre com la finalidad de evitar la rígida alternativa entre declaración de falta de fundamento o de inconstitucionalidad, há elaborado, además, las denominadas sentencias manipulativas por las que la Corte procede a modificar o integrar las disposiciones sometidas a su enjuiciamiento de un modo que éstas salgan del juicio constitucional con un alcance normativo y un contenido diferente al originario. En el ambito de las decisiones manipulativas debe añadirse una ulterior consideración, la diferenciación entre decisiones aditivas e sustitutivas. Com las primeras se hace referencia a aquel tipo de decision con la que la Corte declara inconstitucional una cierta disposición por omitir algo (-en la parte en la que no prevé-).<sup>39</sup>

Destarte, as sentenças manipulativas – em contraposição às sentenças simples – consistem em "*decisões jurisdicionais que determinam a modelação do sentido ou dos efeitos da norma submetida a julgamento*", conforme ensina

---

<sup>36</sup> Para uma análise mais clara do rico fenômeno tipológico dos pronunciamentos do Tribunal italiano, as decisões da Corte se classificam em sentenças simples, que em princípio são as que se referem o art. 136 da Constituição Italiana; sentenças interpretativas, que abarcam as interpretativas em sentido estrito - nas quais a Corte escolhe uma interpretação constitucional ou inconstitucional entre as dedutíveis do preceito questionado - e as sentenças manipulativas aditivas, redutoras e substitutivas, em que a Corte manipula os preceitos legais para adequar-los de pronto à Constituição; e, finalmente, a modulação dos efeitos temporais das decisões no passado - com as sentenças de inconstitucionalidade superveniente - e pro futuro, com as advertências ao legislador e as sentenças aditivas de princípio, nas quais o diálogos com os poderes Judiciário e Legislativo se mostra mais visível. "Tradução nossa".

<sup>37</sup> Léo Brust. *La Sentencia Constitucional en Brasil*. pp. 84.

<sup>38</sup> ROMBOLI, Roberto. *El Control de Constitucionalidad de las leyes in Italia*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/4/est/est7.pdf>> Acesso em: 22 novembro de 2013; p. 14;

<sup>39</sup> A jurisprudência constitucional, sempre com a finalidade de evitar a rígida opção de declaração de inconstitucionalidade ou falta de fundamento, elaborou, ademais, as chamadas sentenças manipulativas para que a Corte possa modificar ou integrar as disposições submetidas a sua jurisdição de um modo que estas passem pelo juízo constitucional com um alcance normativo e um conteúdo diferente do originário. No âmbito das sentenças manipulativas, deve-se fazer uma consideração, a diferenciação entre as decisões aditivas e substitutivas. As primeiras fazem referência àquele tipo de decisão onde a Corte declara inconstitucional certa disposição por omitir algo (inconstitucional na parte que não traz previsão). "Tradução nossa".

Alexandre de Moraes.<sup>40</sup> São também chamadas de sentenças intermédias exatamente porque se situam entre as decisões de simples acolhimento ou de rejeição da inconstitucionalidade.

As sentenças aditivas, como espécie do gênero manipulativas, são aquelas que reconhecem a falta de elemento normativo necessário para que a norma em julgamento esteja de acordo com a Constituição (caso de omissão legislativa parcial) e que acrescentam a essa norma o elemento ausente, que pode ser outra norma ou princípio constitucional do ordenamento jurídico. Isso significa que à norma tida inconstitucional é complementada por outra norma que sana o vício de inconstitucionalidade: "*la sentencia manipulativa sería genéricamente la que modifica o integra el alcance normativo de la disposición*".<sup>41</sup> Noutro giro, nos casos de omissão legislativa total, a sentença aditiva supre a falta da norma mediante a aplicação de outra norma já existente ou, cria regras que se apliquem ao caso concreto.

À luz do exposto, Léo Brust<sup>42</sup> traz um caso julgado pela *Corte* que elucida a questão:

La sentencia 438/2005 ilustra bien esa diferencia, pues presenta una construcción compleja, asociando elementos típicos de una ilegitimidad constitucional reductora (nella parte in cui prevede che) a otros que le reconducen de hecho a una aditiva (senza osservare). En su dispositivo la Corte declara la ilegitimidad constitucional del art. 4 de la Ley n. 424 de 8 de junio de 1966, en la parte en que prevé la posibilidad de embargo y ejecución de los rendimientos provenientes del trabajo de los servidores de los entes públicos diversos del Estado, para compensar daños al erario, sin observar los límites establecidos en al art. 545 del Código de Enjuiciamiento Civil; Por tanto, al contrario de la decisión reductora, la aditiva indica que un precepto es inconstitucional en cuanto no establece..., o no prevé..., o omite..., o no incluye..., o excluye... algo que debería incluir para ser conforme a la Constitución.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> MORAES, Alexandre *apud* ISRAEL, Lucas Nogueira. *O Paradigma do Legislador Negativo e as Decisões Manipulativas com Efeitos Aditivos*. *Revista da PGBC* – v. 5 – n. 2 – dez. 2011. Disponível em: < [http://www.bcb.gov.br/pgbcb/122011/revista\\_pgbc\\_vol5\\_num2.pdf](http://www.bcb.gov.br/pgbcb/122011/revista_pgbc_vol5_num2.pdf) >. Acesso em 29 novembro de 2013; p. 26;

<sup>41</sup> Romboli *apud* Léo Brust. *La Sentencia Constitucional en Brasil*. pp. 75.

<sup>42</sup> BRUST, op. cit. p. 92;

<sup>43</sup> A sentença 438/2005 ilustra bem essa diferença, pois apresenta uma construção complexa, associando elementos típicos de uma ilegitimidade constitucional redutora (na parte em que prevê que) a outros que reconduzem, de fato, a uma aditiva (sem observar). No seu dispositivo, o Tribunal declara a ilegitimidade constitucional do art. 4º da Lei n. 424 de 08 de junho de 1966, na parte em que prevê a possibilidade de embargos de execução dos rendimentos provenientes do trabalho dos servidores dos entes públicos diversos do Estado, para compensar os danos ao erário, sem observar os limites estabelecidos no art. 545 do Código de Processo Civil; Portanto, ao contrário da decisão redutiva, a aditiva indica que um preceito é inconstitucional enquanto não estabelece ..., ou não prevê ... ou omite... ou não inclui ... ou exclui... algo que deveria incluir para ser compatível com a Constituição. "Tradução nossa".

A sentença aditiva pode ser utilizada quando restar patente uma inconstitucionalidade por omissão que inviabilize o exercício de direitos constitucionalmente assegurados, ou para preservar a lei quando esta necessitar de uma "adição" ao seu conteúdo para ser compatível com a Constituição. Logo, utilizando uma sentença aditiva, o Judiciário prolata decisão de cunho normativo apta a concretizar o que já constava no texto constitucional.

Em outras palavras, nas sentenças aditivas o magistrado cria normatividade com vistas a suprir uma omissão inconstitucional comprovada, ou seja, sem alterar o texto da norma inconstitucional a decisão amplia o seu conteúdo normativo incluindo previsão que a torne constitucional. Visa-se, através das sentenças aditivas, assegurar o exercício de direitos previstos na Constituição, ou, tão somente, garantir a compatibilidade da lei com a Carta.

Conforme amplamente debatido no Direito Europeu<sup>44</sup>, para que seja possível a prolação de sentenças aditivas, dois requisitos devem ser observados: a existência de omissão legislativa inconstitucional (*rime obbligate*, na expressão cunhada por Crisafulli, deve ser fruto de uma solução constitucionalmente obrigatória – e não de um juízo discricionário)<sup>45</sup> e a identificação de uma solução normativa constitucionalmente obrigatória. Assim, nesses casos, verifica-se que somente o patente descumprimento do dever constitucional de legislar enseja o exercício subsidiário de função normativa pela Corte Constitucional, sempre nos termos da solução normativa extraída da Constituição.

Em consulta no seu sítio eletrônico<sup>46</sup>, encontramos no campo "*Le Funzioni*" a "*Dichiarazione di incostituzionalità e suoi effetti*" encontramos referência à possibilidade de prolação de sentenças aditivas:

Questa tecnica di decisione ha fatto parlare di sentenze "manipolative", in quanto esse, in qualche modo, riscrivono la legge per renderla compatibile con la Costituzione, ovvero di sentenze "additive", in quanto esse comportano l'inserimento nella legge di elementi nuovi - sempre ricavati dalla Costituzione o da altre leggi - necessari per adeguarla ai principi costituzionali.<sup>47</sup>

<sup>44</sup> NETTO, Cláudio P. Souza; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Raposa Serra do Sol expõe limites às sentenças aditivas*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-mar-07/raposa-serra-sol-expoe-limites-producao-sentencas-aditivas> >. Acesso em: 21 novembro de 2013, p. 01.

<sup>45</sup> Léo Brust. *La Sentencia Constitucional en Brasil*. pp. 560-561: "(...)el Tribunal y parte de la doctrina suelen justificar semejante intervención, alegando que las emite con base en la conocida solución "a rime obbligate", en la terminología de Crisafulli, es decir, siempre y cuando la decisión sea constitucionalmente obligada, puesto que la norma que extrae del ordenamiento supuestamente no le dejaría margen a elección".

<sup>46</sup> Disponível em: < <http://www.cortecostituzionale.it/> > Acesso em 23 de junho de 2014.

<sup>47</sup> Esta técnica de decisão ficou conhecida como sentenças "manipulativas", as quais, de alguma forma, reescrevem a lei para torná-la compatível com a Constituição, ou sentenças "aditivas", uma vez que envolvem a inserção de novos elementos na lei - sempre derivada da Constituição ou outras leis - necessários para adaptá-las aos princípios constitucionais. "Tradução nossa".

Destarte, verificamos que a Corte Costituzionale tem uma atuação reconhecidamente criativa através de sentenças aditivas, não havendo, a nosso sentir, qualquer óbice para sua aplicação na jurisdição constitucional brasileira.

## 5. Possibilidade de utilização de sentenças aditivas no Brasil

Atribui-se a Kelsen<sup>48</sup> a afirmação de que o intérprete da Constituição no exercício do controle de constitucionalidade, não poderia ir além da invalidação da norma. Daí surge o postulado de que a Corte Constitucional deve atuar como legislador negativo e nunca o contrário. Ora, conforme o sistema de escalonamento normativo proposto por Kelsen, onde a Constituição encontra-se no ápice, depreende-se que exatamente em razão da posição de supremacia que a Constituição exerce no ordenamento, se mostra perfeitamente possível a utilização de sentenças aditivas com vistas a gerar a eficácia da norma fundamental.

É cediço que no Brasil, o Supremo Tribunal Federal ainda se abstém de ratificar seu papel criativo frente ao postulado de legislador negativo amplamente difundido, não havendo um consenso na Corte sobre a definição de sentenças aditivas, tampouco parâmetros para sua utilização. Tal postura decorre da possibilidade de conflitos institucionais junto ao Legislativo, bem como do receio da doutrina pátria em razão da crescente judicialização de questões políticas e o chamado por alguns de ativismo judicial.

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. A judicialização é um fato que decorre do modelo institucional e da conjuntura política e social instaurada no Brasil. No tocante ao ativismo judicial, pode-se dizer que sua ideia está associada a uma participação mais ampla e forte do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. 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.<sup>49</sup>

Não há óbice para que o STF, assim como a Corte italiana, ratifique o seu papel criativo nos casos de patente inconstitucionalidade por omissão passível

---

<sup>48</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp 153;

<sup>49</sup> Luis Roberto Barroso, *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, p. 241-247

de utilização de sentenças aditivas para resguardar direitos. A sentença aditiva indicará que um preceito é inconstitucional enquanto não estabelece ..., ou não prevê ... ou omite... ou não inclui ... ou exclui... algo que deveria incluir para ser compatível com a Constituição, de modo que o tribunal manipulará o texto com o objetivo de conformá-lo à Norma maior. Neste sentido, nos casos de inconstitucionalidade por omissão parcial, o dogma de presunção relativa de constitucionalidade é levado em consideração para preservar o texto.

A prolação de sentenças aditivas não pode ser vista como uma conduta que destoaria das atividades definidas pela Constituição pertinentes à natureza da jurisdição constitucional, sobretudo quando se levanta a questão do seu caráter contramajoritário. A efetividade da Constituição é necessária para a sustentação do Estado Democrático. Passados mais de duzentos anos da Revolução Francesa o ultrapassado dogma de separação estática não mais se subsiste. Vivemos em tempos de direitos fundamentais. Modelos estáticos ou literais só fracassaram ao longo da história.

O Estado através de suas instituições deve agir em prol do povo que o legitima, a inércia ou omissão de um Poder para efetivar direitos pode e deve ser suprida pelo Judiciário. Tal raciocínio decorre da própria teoria constitucional, eis que os ministros, embora não sejam diretamente escolhidos, compõem a Corte que guarda a Constituição, sendo escolhidos pelo Executivo e sabatinados pelo Senado, ou seja, passando pelo crivo daqueles que foram eleitos pelo povo. A sua legitimidade decorre da Constituição e do próprio princípio democrático.

Neste sentido aduz Alexandre de Moraes<sup>50</sup>:

A justiça constitucional, porém, não carece de legitimidade, pois a Constituição Federal consagrou a ideia de complementaridade entre democracia e Estado de Direito, pois enquanto a democracia se consubstancia no governo da maioria, baseado na soberania popular, o estado de direito consagra a supremacia das normas constitucionais, o respeito aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional do poder estatal, não só para proteção da maioria, mas também, e basicamente, dos direitos da minoria; sendo absolutamente necessária a compatibilização do *parlamento* (que representa o princípio democrático da maioria) com a *ajustiza constitucional* (que representa a garantia do estado de direito e a defesa dos direitos fundamentais e dos direitos da minoria).

Nos valendo de uma interpretação teleológica, podemos concluir que a própria Constituição de 1988 dispôs sobre a possibilidade de prolação de sentenças aditivas quando previu o Mandado de Injunção. Assim como Luis

---

<sup>50</sup> MORAES, Alexandre de. *Escolha de ministros do STF precisa de mais participação de todos os poderes*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/justica-comentada-escolha-stf-envolver-poderes> > Acesso em: 11 de julho de 2014.

Roberto Barroso<sup>51</sup>, entendemos que a decisão em sede de MI deve se prestar a colmatar a lacuna que causa a omissão inconstitucional, sob pena de dar ao remédio constitucional os mesmos efeitos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, o que destoaria, claramente, da vontade do constituinte.

A grande questão que se coloca perante tais decisões é a dos limites desse componente aditivo, que causa grandes controvérsias na jurisdição constitucional. No que toca a tais decisões, torna-se difícil determinar onde se situa o limite da atividade jurisdicional e começa a criação.

O direito alemão, por exemplo, possui uma posição restrita acerca do instituto das sentenças aditivas por entender que a estas violam a liberdade e discricionariedade do legislador. Diante de um dilema em que seja necessário declarar a inconstitucionalidade de uma lei na hipótese de omissão parcial, o tribunal prefere apenas comunicar ao Legislativo sobre tal inconstitucionalidade para que tome as medidas cabíveis, ao invés de alargar o seu conteúdo normativo para atender a parcela não beneficiada. Todavia, quando a Constituição expressamente impõe uma determinada forma de correção para a desigualdade presente no caso concreto a Corte admite decisões manipulativas.<sup>52</sup>

No direito italiano, conforme visto, as sentenças modificativas desenvolveram-se largamente a partir das decisões da *Corte Costituzionale*, com apoio de grande parte da doutrina, de modo que a *Corte*, reconhecidamente, tem amparo para atuar de forma criativa. Diante de uma lei que confere direitos em termos discriminatórios, a corte constitucional restringe a declaração de inconstitucionalidade à parte da lei que expressa ou implicitamente exclui de suas disposições determinadas categorias que se encontram em situação igual, alargando, por essa via, o âmbito de aplicação da lei sob julgamento.

Apesar do grande desenvolvimento de tal categoria de sentença no direito italiano, isso não quer dizer que a corte constitucional não possua limites (MORAES, 2009, apud SOUZA, 2012, p. 105). O campo de aplicação das sentenças aditivas por violação ao princípio da igualdade, por exemplo, refere-se a hipóteses de extensão de tratamentos mais favoráveis. Ademais, o tribunal não está livre para fazer escolhas discricionárias. A nova norma ou solução extraída do julgamento não pode livremente advir do nada, devendo, conforme visto, resultar de preceitos e princípios legais ou da Constituição.

Não se trata de uma decisão livre, como seria a do Poder Legislativo, mas oriunda da própria Constituição ou na forma de uma conclusão necessária

---

<sup>51</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit. p. 164.

<sup>52</sup> SOUZA, Luiz Henrique Boselli. *As sentenças aditivas na jurisdição constitucional*, Disponível em: < [http://www.esmp.sp.gov.br/revista\\_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/77](http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/77) >. Acesso em: 29 novembro de 2013; p. 106; *QUAL A PÁGINA?*

advinda do próprio caso sob juízo. O tribunal também pode estender normas já vigentes de forma analógica.

Augusto Martín de La Vega<sup>53</sup> ressaltou a possibilidade de utilização de decisões manipulativas de efeitos aditivos, levando-se em conta três fatores: a) a existência de uma Carta política de perfil marcadamente programático e destinada a progressivo desenvolvimento; b) a permanência de um ordenamento jurídico-positivo com marcados resquícios autoritários; e c) a ineficácia do Legislativo para responder, em tempo adequado, às exigências de atuação da Constituição e à conformação do ordenamento preexistente ao novo regime constitucional.

Sabemos das críticas efetuadas. A Ministra Ellen Gracie demonstrou sua preocupação com tais decisões por interferir na seara de competência e discricionariedade do Legislativo: "*não há como deixar de conferir à pretensão da autora o intuito de ver instituído, por meio de decisão judicial, em controle concentrado de constitucionalidade, aquilo que o legislador, até hoje, não concedeu*" (ADPF-QO 54, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 31.08.2007, p. 195). No mesmo sentido, autores como Luis Roberto Barroso e Clemerson Mèrlin Clève vêm com desconfiança a questão do Judiciário atuar de forma criativa, em razão de seus membros não serem escolhidos pelo povo, o que geraria um desequilíbrio institucional.

Ainda aqueles que criticam<sup>54</sup> a utilização de sentenças aditivas, admitem que no caso de obrigação constitucional a Corte tem legitimidade para prolatá-las:

De cualquier modo, Zagrebelsky acepta la tesis de que solo en presencia de una solución a rime oblligate la Corte puede emitir una sentencia manipulativa, por la simple razón de que en tal caso es indiferente que la operación integradora sea resuelta por ella o por la magistratura ordinaria.<sup>55</sup>

Contudo, a nosso sentir, diante da inércia do legislador, as sentenças manipulativas surgem como instrumento garantidor de direitos constitucionalmente previstos. Através de tal técnica, a Corte manipula diretamente o conteúdo normativo da lei - integrando ou modificando seu sentido - para adequá-lo à Constituição.

---

<sup>53</sup> Por todos MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Versão Digital. Curso de direito constitucional – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 1938;

<sup>54</sup> Léo Brust. *La Sentencia Constitucional en Brasil*. pp. 80/81.

<sup>55</sup> De qualquer forma, Zagrebelsky aceita as teses de que somente na presença de uma solução constitucionalmente obrigatória o Tribunal pode emitir uma sentença manipulativa, pela simples razão de que, nesse caso, é indiferente que a operação integradora seja realizada por ele ou pelo magistrado ordinário. "Tradução nossa".

Isto posto, não há que se falar em atuação da Corte como legislador positivo<sup>56</sup>, já que o Tribunal só atua após ser provocado estando sujeito aos critérios da hermenêutica constitucional. Ademais, o espaço de criação está adstrito ao que determina a própria Constituição, ao contrário do que ocorre no Parlamento onde há iniciativa para propositura, modificação e cancelamento da lei, bem como a ampla conveniência e liberdade política. O Judiciário, ao prolatar sentenças manipulativas busca efetivar direitos constitucionais não resguardados em virtude de patente omissão inconstitucional.

Isso também é reforçado pelo surgimento no Brasil da chamada *doutrina brasileira da efetividade*, que busca tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa.<sup>57</sup>

A intenção da *doutrina da efetividade* é assegurar, na prática, que nas hipóteses em que a Constituição tenha assegurado direitos subjetivos, como por exemplo, direitos sociais, políticos, individuais ou difusos, eles podem ser exigidos diretamente do Poder Público ou de particular. Em outras palavras, a plena eficácia da Constituição passa a ser realizada, também, pelo Poder Judiciário.<sup>58</sup>

A possibilidade de efetivação de direitos constitucionalmente previstos através do Poder Judiciário, decorre não só da força normativa da Constituição, mas também da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), posto que o Poder Judiciário é sempre provocado. Deve o juiz se valer da teoria geral do Direito (art. 4º da LINDB), não podendo se eximir de julgar. Ainda, se considerarmos que a Constituição resguarda direitos fundamentais, e cabe ao Judiciário a sua guarda, cabe também a ele o dever de concretizá-los, sobretudo quando há inércia do Executivo e do Legislativo.<sup>59</sup>

O jurista português Vital Moreira<sup>60</sup> afirma que a clássica contestação feita por Konrad Hesse a respeito da teoria da autolimitação permanece inteiramente válida. Segundo Moreira, Hesse aduz que a mais importante função confiada a um Tribunal Constitucional é velar pela observância da Constituição - especialmente a proteção dos direitos fundamentais - sendo assim, poder-se-ia exigir uma atuação positiva da Corte, ou seja, uma intervenção mesmo com o risco de conflito entre autoridades.

---

<sup>56</sup> Léo Brust. *La Sentencia Constitucional en Brasil*. pp. 80;

<sup>57</sup> Luis Roberto Barroso, *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, p. 28/29.

<sup>58</sup> Luis Roberto Barroso, *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, p. 29.

<sup>59</sup> Cláudio Pereira de Souza Neto, *Teoria da constituição, democracia e igualdade*, p. 26.

<sup>60</sup> MOREIRA, Vital, *apud*, PAIVA, Paulo. *Questão política pura?* Disponível em: < <http://www.osconstitucionalistas.com.br/questao-politica-pura> > Acesso em: 10 de julho de 2014.

Sob a ótica da prolação de sentenças aditivas à luz da doutrina da efetividade, se mostra muito mais gravoso o reconhecimento de uma inconstitucionalidade por omissão pela Corte sem qualquer espécie de paliativo. Não se mostra prudente que sua regulamentação seja feita ao bel prazer do legislador, posto que, a partir do momento que a Constituição determina a obrigação de legislar e há um transcurso de tempo razoável sem qualquer manifestação do Parlamento, está configurada a mora do mesmo, não havendo mais que se falar em discricionariedade, mas sim, em cabal descumprimento da Constituição e das obrigações parlamentares.

Cumpra ainda ressaltar, com base nos diálogos constitucionais, que caso o legislador entenda que a Corte Constitucional extrapolou suas competências ou regulou a matéria de maneira contrária ao que ele entenda como correto, poderá, através da via legiferante, de maneira direta e sem necessidade de provocação, propor projeto de lei ou emenda constitucional com o fito de regulamentar a matéria.

Outrossim, vale mencionar o comentário de Claudio Pereira de Souza Neto acerca da possibilidade de concretização dos direitos sociais pelo Poder Judiciário:

Tais críticas podem ser superadas sob o prisma da própria teoria democrática. Se considerarmos que certos direitos sociais são condições da democracia (como fazem, p. ex., Habermas, Gutmann e Thompson), então o Judiciário, como seu guardião, possui também o dever de concretizá-los, sobretudo quando tem lugar a inércia dos demais ramos do Estado na realização dessa tarefa. Se o Judiciário tem legitimidade para invalidar normas produzidas pelo Poder Legislativo, mais facilmente pode se afirmar que é igualmente legítimo para agir diante da inércia dos demais poderes, quando essa inércia implicar um óbice ao funcionamento regular da vida democrática.<sup>61</sup>

Por fim, sem qualquer pretensão de esgotar o tema ou adentrar com profundidade no estudo de casos, posto que não constitui o objetivo do presente trabalho, depreende-se de uma simples análise jurisprudencial que, sob o manto da interpretação conforme à Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, o STF já vem realizando sentenças aditivas, ainda que sem utilizar tal denominação, conforme alguns julgados: STF: ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008 (Pesquisa com células-tronco embrionárias); STF: MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007 (Greve no serviço público).

---

<sup>61</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria da constituição, democracia e igualdade*, Disponível em <[http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129 \(3\).pdf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129 (3).pdf)> Acesso em: 21 de maio 2013, p. 26;

Consoante expõem Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco<sup>62</sup>, o tema guarda nítida relevância com a realidade brasileira sendo que o STF já utilizou tal decisão também em outros casos:

A crescente relevância, entre nós, da técnica decisória aditiva, foi exposta com proficiência por Carlos Blanco de Moraes: “Sensivelmente desde 2004 parecem, também ter começado a emergir com maior pragnância decisões jurisdicionais com efeitos aditivos. Tal parece ter sido o caso de uma acção directa de inconstitucionalidade, a ADIn 310569, a qual se afigura como uma sentença demolitória com efeitos aditivos. Esta eliminou, com fundamento na violação do princípio da igualdade, uma norma restritiva que, de acordo com o entendimento do Relator reduziria arbitrariamente para algumas pessoas pertencentes à classe dos servidores públicos, o alcance de um regime de imunidade contributiva que abrangia as demais categorias de servidores públicos. Poderá, igualmente, ter sido o caso no RMS-22.307 (mandado de segurança) que teria englobado os servidores civis num regime de aumentos legalmente concedido a militares”. Cabe ressaltar, ainda, o julgamento conjunto, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, dos mandados de segurança n. 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF, em que se assentou que o abandono, pelo parlamentar, da legenda pela qual foi eleito tem como consequência jurídica a extinção do mandato. (...) Por fim, mencione-se o RE 405.579, Rel. Ministro Joaquim Barbosa. Trata-se de hipótese em que duas empresas, importadoras de um mesmo produto, foram discriminadas por concessão de benefício tributário a apenas uma delas, o que gera evidente desequilíbrio comercial. Em voto-vista da lavra do Ministro Gilmar Mendes, foi proposta a extensão do benefício tributário (redução de imposto de importação) a empresas não contempladas no inciso X do § 1º do art. 5º da Lei n. 10.182/2001, com vistas a sanar violação ao princípio da isonomia e restaurar o equilíbrio do mercado comercial.

Além destes casos, o clássico caso envolvendo a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol<sup>63</sup>, bem como o julgamento da ADPF 54, Rel. Marco Aurélio, sobre a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos, elucidam de forma clara a questão. No caso do julgamento da ação popular que impugnava a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, o Supremo Tribunal Federal adicionou à parte dispositiva do acórdão 19 cláusulas

---

<sup>62</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Versão Digital. Curso de direito constitucional – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 1940;

<sup>63</sup> STF - Pet: 3388/RR, Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Data de Julgamento: 19/03/2009 (Demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol). Para mais informações, ver: Cláudio P. Souza Netto; Ademar Borges de Sousa Filho. Raposa Serra do Sol expõe limites às sentenças aditivas.

condicionantes, as quais passariam a disciplinar a demarcação de qualquer terra indígena que, a partir de então, se realizasse no Brasil.

## 6. Conclusão

Ante o exposto, podemos concluir que as sentenças aditivas, espécie do gênero manipulativas<sup>64</sup>, se mostram uma ferramenta legítima e constitucional ante uma patente inconstitucionalidade por omissão que inviabilize o exercício de direitos previstos na Lei Fundamental: "*las sentencias manipulativas serian producto de la naturaleza abierta y de compromiso de la Constitución, y de la libertad hermenéutica del Tribunal Constitucional*".<sup>65</sup>

A utilização de sentenças aditivas é comumente feita em regimes democráticos onde existe uma separação das funções estatais, como Espanha, Itália e Portugal, sendo plenamente aplicável ao modelo brasileiro, desde que observados os dois requisitos vistos: a existência de omissão legislativa inconstitucional e a identificação de uma solução normativa constitucionalmente obrigatória.

A prolação de sentenças aditivas não pode ser vista como uma conduta que destoaria das atividades definidas pela Constituição pertinentes à natureza da jurisdição constitucional, sobretudo quando se levanta a questão do seu caráter contramajoritário. A efetividade da Constituição é necessária para a sustentação do Estado Democrático. Passados mais de duzentos anos da Revolução Francesa o ultrapassado dogma de separação estática não mais se subsiste. Vivemos em tempos de direitos fundamentais. Modelos estáticos ou literais só fracassaram ao longo da história.

O Estado através de suas instituições deve agir em prol do povo que o legitima, a inércia ou omissão de um Poder para efetivar direitos pode e deve ser suprida pelo Judiciário. Tal raciocínio decorre da própria teoria constitucional, eis que os ministros, embora não sejam diretamente escolhidos, compõem a Corte que guarda a Constituição, sendo escolhidos pelo Executivo e sabatinados pelo Senado, ou seja, passando pelo crivo daqueles que foram eleitos pelo povo. A sua legitimidade decorre da Constituição e do próprio princípio democrático.

Neste sentido aduz Alexandre de Moraes<sup>66</sup>:

A justiça constitucional, porém, não carece de legitimidade, pois a Constituição Federal consagrou a ideia de

---

<sup>64</sup> Léo Brust. *La Sentencia Constitucional en Brasil*. pp. 84: "*De hecho, en los últimos años la Corte Costituzionale italiana en sus informes anuales ha dividido las sentencias manipulativas en reductoras o de estimación parcial, aditivas y sustitutivas.*"

<sup>65</sup> Modugno *apud* Léo Brust. *La Sentencia Constitucional en Brasil*. pp. 80/81.

<sup>66</sup> MORAES, Alexandre de. *Escolha de ministros do STF precisa de mais participação de todos os poderes*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/justica-comentada-escolha-stf-envolver-poderes> > Acesso em: 11 de julho de 2014.

complementaridade entre democracia e Estado de Direito, pois enquanto a democracia se consubstancia no governo da maioria, baseado na soberania popular, o estado de direito consagra a supremacia das normas constitucionais, o respeito aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional do poder estatal, não só para proteção da maioria, mas também, e basicamente, dos direitos da minoria; sendo absolutamente necessária a compatibilização do *parlamento* (que representa o princípio democrático da maioria) com *ajustiça constitucional* (que representa a garantia do estado de direito e a defesa dos direitos fundamentais e dos direitos da minoria).

Isto posto, não há que se falar em atuação da Corte como legislador positivo<sup>67</sup>, já que o Tribunal só atua após ser provocado estando sujeito aos critérios da hermenêutica constitucional. Ademais, o espaço de criação está adstrito ao que determina a própria Constituição, ao contrário do que ocorre no Parlamento onde há iniciativa para propositura, modificação e cancelamento da lei, bem como a ampla conveniência e liberdade política. O Judiciário, ao prolatar sentenças manipulativas busca efetivar direitos constitucionais não resguardados em virtude de patente omissão inconstitucional.

Isso também é reforçado pelo surgimento no Brasil da chamada *doutrina brasileira da efetividade*, que busca tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa.<sup>68</sup>

A intenção da *doutrina da efetividade* é assegurar, na prática, que nas hipóteses em que a Constituição tenha assegurado direitos subjetivos, como por exemplo, direitos sociais, políticos, individuais ou difusos, eles podem ser exigidos diretamente do Poder Público ou de particular. Em outras palavras, a plena eficácia da Constituição passa a ser realizada, também, pelo Poder Judiciário.<sup>69</sup>

Como visto, a possibilidade de efetivação de direitos constitucionalmente previstos através do Poder Judiciário, decorre não só da força normativa da Constituição, mas também da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), posto que o Poder Judiciário é sempre provocado. Deve o juiz se valer da teoria geral do Direito (art. 4º da LINDB), não podendo se eximir de julgar. Ainda, se considerarmos que a Constituição resguarda direitos fundamentais, e cabe ao Judiciário a sua guarda, cabe também a ele o dever de concretizá-los, sobretudo quando há inércia do Executivo e do Legislativo.<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> Léo Brust. *La Sentencia Constitucional en Brasil*. pp. 80;

<sup>68</sup> Luis Roberto Barroso, *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, p. 28/29.

<sup>69</sup> Luis Roberto Barroso, *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, p. 29.

<sup>70</sup> Cláudio Pereira de Souza Neto, *Teoria da constituição, democracia e igualdade*, p. 26.

O jurista português Vital Moreira<sup>71</sup> afirma que a clássica contestação feita por Konrad Hesse a respeito da teoria da autolimitação permanece inteiramente válida. Com base em Hesse ele afirma que a mais importante função confiada a um Tribunal Constitucional é velar pela observância da Constituição - especialmente a proteção dos direitos fundamentais - sendo assim, poder-se-ia exigir uma atuação positiva da Corte, ou seja, uma intervenção mesmo com o risco de conflito entre autoridades.

Sob tal ótica de prolação de sentenças aditivas e doutrina da efetividade, se mostra muito mais gravoso o reconhecimento de uma inconstitucionalidade por omissão pela Corte sem qualquer espécie de paliativo. Não se mostra prudente que sua regulamentação seja feita ao bel prazer do legislador, posto que, a partir do momento que a Constituição determina a obrigação de legislar e há um transcurso de tempo razoável sem qualquer manifestação do Parlamento, está configurada a mora do mesmo, não havendo mais que se falar em discricionariedade, mas sim, em cabal descumprimento da Constituição e das obrigações parlamentares.

Cumpra ainda ressaltar que, se valendo da doutrina dos diálogos constitucionais, caso o legislador entenda que a Corte Constitucional extrapolou suas competências ou regulou a matéria de maneira contrária ao que ele entenda como correto, poderá, através da via legiferante, de maneira direta e sem necessidade de provocação, propor projeto de lei ou emenda constitucional com o fito de regulamentar a matéria.

Como visto, ainda aqueles que criticam<sup>72</sup> a utilização de sentenças aditivas, admitem que no caso de obrigação constitucional a Corte tem legitimidade para prolatá-las:

De cualquier modo, Zagrebelsky acepta la tesis de que solo en presencia de una solución a rime oblligate la Corte puede emitir una sentencia manipulativa, por la simple razón de que en tal caso es indiferente que la operación integradora sea resuelta por ella o por la magistratura ordinaria.<sup>73</sup>

O grande questionamento que aqui se busca insemear é a necessidade de um estudo acerca dos limites e parâmetros aplicáveis às sentenças aditivas. Em outras palavras, um aprofundamento no panorama hermenêutico é essencial.

---

<sup>71</sup>MOREIRA, Vital, *apud*, PAIVA, Paulo. *Questão política pura?* Disponível em: < <http://www.osconstitucionalistas.com.br/questao-politica-pura> > Acesso em: 10 de julho de 2014.

<sup>72</sup> Léo Brust. *La Sentencia Constitucional en Brasil*. pp. 80/81.

<sup>73</sup> De qualquer forma, Zagrebelsky aceita as teses de que somente na presença de uma solução constitucionalmente obrigatória o Tribunal pode emitir uma sentença manipulativa, pela simples razão de que, nesse caso, é indiferente que a operação integradora seja realizada por ele ou pelo magistrado ordinário. "Tradução nossa".

A utilização de tal técnica de decisão, largamente vista em países como Itália, Portugal e Espanha<sup>74</sup> deve ser fomentada na jurisdição constitucional brasileira, inclusive havendo julgados neste sentido. A dicotomia entre a situação pátria e a europeia é que nesta última há uma produção doutrinária e jurisprudencial significativa sobre o tema a fim de regular sua aplicação. Isto posto, mister um estudo sobre o instituto a fim de reforçar sua utilização e possibilitar uma atuação do STF de forma clara, sendo respaldada e aprimorada pela doutrina brasileira.

Ademais, a grande questão será encontrar a resposta constitucionalmente correta na hora do magistrado lançar mão das sentenças manipulativas com efeitos aditivos. Como visto, o STF já se vale de sentenças aditivas, sob a denominação das técnicas de interpretação conforme ou declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Não há mais espaço para decisionismos, o estabelecimento de *Standards* é necessário<sup>75</sup>.

Destarte, mister a busca pela adequação da possibilidade de utilização de sentenças manipulativas com efeitos aditivos pelos magistrados de forma lógica com a utilização do filtro hermenêutico constitucional, a fim de dirimir possíveis omissões inconstitucionais, sem, contudo, proporcionar a multiplicação de decisionismos na jurisdição constitucional brasileira.

## Referências Bibliográficas

BARROSO, Luis Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. - Belo horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro* - 6ª Ed. - Rio de Janeiro: Saraiva, 2012;

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRUST, Leo. A interpretação conforme a constituição e as sentenças manipulativas. *Rev. direito GV* [online]. 2009, vol.5, n.2, pp. 507-526. Disponível em: <[http://direitogv.fgv.br/sites/default/files/14\\_2.pdf](http://direitogv.fgv.br/sites/default/files/14_2.pdf)> Acesso em: 20 novembro 2013;

---

<sup>74</sup> Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. Versão Digital. Curso de direito constitucional – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, pp. 1937;

<sup>75</sup> Vide: FERREIRA, Siddharta Legale. *Standards: o que são e como criá-los?*

\_\_\_\_\_. *La Sentencia Constitucional en Brasil*. Universidad Salamanca. Facultad Derecho. Tesis Doctoral. 2011. Disponível em: <[http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/83205/1/DDPG\\_BrustL\\_Lasentencia.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/83205/1/DDPG_BrustL_Lasentencia.pdf)> Acesso em: 20 novembro 2013;

CAMPOS, Carlos de Alexandre de Azevedo. *Atualidades do Controle Judicial da Omissão Legislativa*. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/1124/1138>> Acesso em: 23 de junho de 2014.

FERREIRA, Siddharta Legale. Standards: o que são e como criá-los? *Themis: Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 7, n. 2, ago./dez. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/51400>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

ISRAEL, Lucas Nogueira. O Paradigma do Legislador Negativo e as Decisões Manipulativas com Efeitos Aditivos. *Revista da PGBC* – v. 5 – n. 2 – dez. 2011. Disponível em: <[http://www.bcb.gov.br/pgbcb/122011/revista\\_pgbc\\_vol5\\_num2.pdf](http://www.bcb.gov.br/pgbcb/122011/revista_pgbc_vol5_num2.pdf)>. Acesso em 29 novembro de 2013;

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Versão Digital. *Curso de direito constitucional* – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012;

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito constitucional*, v. 1 / coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. Versão Digital – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012;

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16ª Ed. São Paulo, Atlas, 2004;

\_\_\_\_\_. *Escolha de ministros do STF precisa de mais participação de todos os poderes*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/justica-comentada-escolha-stf-envolver-poderes>> Acesso em: 11 de julho de 2014.

NETTO, Cláudio P. Souza; FILHO, Ademar Borges de Sousa. *Raposa Serra do Sol expõe limites às sentenças aditivas*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-07/raposa-serra-sol-expoe-limites-producao-sentencas-aditivas>>. Acesso em: 21 novembro de 2013;

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da constituição, democracia e igualdade*. Disponível em <[http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129 \(3\).pdf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129%20(3).pdf)> Acesso em: 21 de maio 2013;

ROMBOLI, Roberto. *El Control de Constitucionalidad de las leyes in Italia*. Disponível em: < <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/4/est/est7.pdf> > Acesso em: 22 novembro de 2013;

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Novas tendências na jurisprudência do STF e a juristocracia*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-abr-12/diario-classe-novas-tendencias-jurisprudencia-stf-juristocracia> > Acesso em: 12 de abril de 2014.

PAIVA, Paulo Frederico. *Decisões com perfil aditivo não contrariam Constituição*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2009-mai-01/decisoes-perfil-aditivo-nao-sao-contrarias-constituicao> > Acesso em: 22 novembro de 2013;

\_\_\_\_\_. *Questão política pura?* Disponível em: < <http://www.osconstitucionalistas.com.br/questao-politica-pura> > Acesso em: 10 de julho de 2014.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo, Malheiros Editores, 1998;

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STURLESE, Laura. *Tribunal Constitucional y Sistema Institucional Italiano*. Disponível em: < <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/626/113.pdf> >. Acesso em: 23 novembro de 2013;

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. *As sentenças aditivas na jurisdição constitucional*. Disponível em: < [http://www.esmp.sp.gov.br/revista\\_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/77](http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/77) >. Acesso em: 29 novembro de 2013;

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. Belo Horizonte: RT, 2013.

*Artigo recebido em 03 de outubro de 2014.*

*Artigo aprovado para publicação em 14 de dezembro de 2014.*

DOI: 10.11117/1982-4564.07.20