

A concretização dos direitos fundamentais por intermédio da Jurisdição Constitucional: Entre o Substancialismo e o Procedimentalismo

Geovane De Mori Peixoto¹

Sumário

1. Introdução. 2. O significado da constituição e dos direitos fundamentais para o Estado Democrático de Direito: 2.1. Constituição e Estado Democrático de Direito. 2.2. Significado dos Direitos Fundamentais em um Estado Democrático de Direito. 3. Jurisdição Constitucional: 3.1. Significado de jurisdição constitucional. 3.2. A proteção dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional. 4. Jurisdição Constitucional e defesa dos direitos fundamentais na concepção de Ronald Dworkin: 4.1. “Uma questão de princípios”: O pensamento principiológico de Ronald Dworkin. 4.2. O papel do juiz na aplicação do direito: a importância da integridade. 4.3. A jurisdição constitucional na concepção de Ronald Dworkin. 5. Por um pensamento ponderado: O pensamento de Robert Alexy: 5.1. Distinção entre regras e princípios no pensamento alexyano. 5.2. Direitos fundamentais: conceito a partir de uma teoria estrutural. 5.3. A relação entre direitos fundamentais e democracia na concepção de Alexy. 5.4. Jurisdição constitucional e defesa dos direitos fundamentais. 6. À guisa de conclusão.

1. Introdução:

O problema inicial que se coloca neste artigo é o seguinte: como defender, no contexto do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais? A expressão “defesa” é utilizada neste questionamento como “sinônimo” de concretização.

Esta é uma das funções principais da jurisdição constitucional, colocando-se como instrumento de garantia e concretização dos direitos fundamentais, resguardando e efetivando assim a Constituição, e por via de consequência o próprio Estado Democrático de Direito.

¹ Mestre em Políticas Sociais e Cidadania (UCSAL) e Mestrando em Direito Público (UFBA), Professor de graduação e pós-graduação da UNIFACS e da Faculdade Baiana de Direito, Professor Convidado da Pós-Graduação em Direito do Estado (UFBA) e Advogado (Sócio do Escritório Lapa & Góes e Góes).

A simplicidade da resposta ao problema inicial, todavia, não pode esconder a complexidade do tema proposto, pois no final do século XX, principalmente a partir da denominada *virada kantiana*, que tem como um de seus principais expoentes Ronald Dworkin, busca-se uma reaproximação entre ética e Direito, notadamente com a fundamentação moral dos Direitos Humanos.

Se, no período de sedimentação do modelo de Estado Liberal, o papel do Poder Legislativo acentuou-se na formatação do Estado Democrático de Direito², assim como o do Poder Executivo no Estado Social (Bem-Estar Social), chegou o momento de destaque do Poder Judiciário, no século XXI, como instância garantidora do Estado Democrático de Direito, principalmente através de uma valorização do jurídico³.

Nessa nova conjuntura, de destaque do papel e da função do Poder Judiciário, mais central ainda é a elucidação do significado e das tarefas da jurisdição constitucional, notadamente no (novo) panorama estabelecido pelo constitucionalismo do segundo pós-guerra, e do significado alcançado pelas constituições.

A premissa central deste artigo parte da idéia de que compete ao Estado Democrático de Direito a garantia e efetivação dos direitos fundamentais, a partir de um (re)encontro ético entre a Constituição e os valores fundamentais da sociedade. A matriz teórica neoconstitucional vai proporcionar as condições de possibilidade para esta tarefa. Compete, neste contexto, à jurisdição constitucional a função de guardião dos valores materiais positivados na constituição, numa perspectiva substancialista do direito.

Acontece que, por sua vez, existem alguns doutrinadores que defendem, ainda dentro de uma perspectiva neoconstitucional, serem as amplas regulações sociais empreendidas pelas Constituições contemporâneas, bem como o cumprimento dos preceitos constitucionais pela via judicial, vistas como óbice ao exercício da democracia. Não deixam de defender, porém, o papel e a importância da jurisdição constitucional neste contexto,

² A expressão Estado Democrático de Direito, consoante disposto do *caput*, do art. 1º, da Constituição Federal de 1988, conjuga dois princípios basilares: o do Estado Democrático com o do Estado de Direito; formatando um novo princípio. Trata-se de um “conceito novo que os supera, mas como providência de transformação do *status quo* e garantia de uma sociedade pluralista, livre, justa e solidária, em que todo o poder emane do povo e seja exercido em benefício do povo, com o reconhecimento e a afirmação dos direitos humanos fundamentais que possam realizar, na sua plenitude, a dignidade da pessoa humana”. (CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 511/512.)

³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.147.

mas em perspectiva diversa dos substancialistas. Esta corrente é denominada de procedimentalista.

A teoria que parece mais adequada deve defender a máxima da defesa dos direitos fundamentais por intermédio da jurisdição constitucional, com o escopo de aprimorar o sistema de controle de constitucionalidade abstrato, permitindo a defesa e efetivação de direitos fundamentais no território brasileiro. É mais uma tentativa de concretização na eterna busca de efetividade constitucional, tão sonhada para o texto de 1988!

Para realizar esta investigação será realizada uma análise exploratória, sem a proposta de esgotar o tema, através de revisão de literatura, adotando como referenciais teóricos para a comparação entre os modelos substancialista e procedimentalista os autores Ronald Dworkin e Robert Alexy, respectivamente.

Em primeiro lugar será feita uma análise da importância da Constituição e dos direitos fundamentais para a sedimentação do Estado Democrático de Direito, depois será estudada a função e a fundamentação da jurisdição constitucional. Após esta tarefa, de cunho mais conceitual, chega-se ao epicentro do artigo, quando será analisada a teoria de Ronald Dworkin e posteriormente a de Robert Alexy, e as suas colaborações para esta tarefa anunciada da jurisdição constitucional.

Nesta empreitada, todavia, ainda é necessário no debate entre substancialismo e procedimentalismo compreender o papel e delimitar o significado dos princípios no neoconstitucionalismo, evitando a armadilha metafísica apresentada pelo jusnaturalismo, e até mesmo pelo positivismo lógico kelseniano⁴, que pode gerar o denominado “ativismo judicial”, prejudicial à busca de segurança jurídica. Isso será feito não em tópico isolado, mas dentro dos tópicos acima elencados.

2. O Significado da Constituição e dos Direitos Fundamentais para o Estado Democrático de Direito:

⁴ “(...) o positivismo lógico da Teoria Pura do Direito abdica o tratamento racional do problema da justiça, ao afastar quaisquer considerações fáticas e, sobretudo, valorativas do plano da Ciência Jurídica, de modo a assegurar os votos de castidade axiológica do jurista. A busca do direito justo passa a depender das inclinações político-ideológicas de cada indivíduo, relegando ao campo do cepticismo e do relativismo a compreensão do direito justo”(SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.50).

O objetivo neste tópico não é aprofundar o debate acerca dos conceitos de Constituição e de direitos fundamentais, mas especificar os seus significados para o Estado Democrático de Direito, no intuito de sedimentar a função da jurisdição constitucional, no constitucionalismo contemporâneo, na defesa e garantia de concretização dos direitos fundamentais, todo esforço é desenvolvido neste direcionamento metodológico. O tema será subdividido em duas etapas: a primeira preocupada com a Constituição e a segunda com os direitos fundamentais.

2.1 Constituição e Estado Democrático de Direito:

O objetivo aqui não é discutir as diversas possibilidades conceituais para Constituição, mas buscar o enlace hodierno entre esta e o Estado Democrático de Direito. Adotando, então, como recorte inicial para análise do tema a modernidade, define-se Constituição como “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”⁵.

Nesta perspectiva, a Constituição pretende conformar, dar forma, ou seja, constituir um dado esquema de organização política, conforme se depreende, por exemplo, do que está consignado no art. 16, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789⁶.

Esta definição de origem mais histórica, todavia, encontra-se aquém de novas concepções acerca do significado contemporâneo dado à Constituição, em que pese deve-se ressaltar a extrema complexidade na adoção de significado único, diante, essencialmente, da complexidade do tema.

Assim, merecem destaque as funções primordiais assumidas pela Constituição na atual quadra da história, para melhor compreender a definição que se quer sustentar neste artigo. Na concepção de Luís Roberto Barroso, são duas as funções principais de uma Constituição. A primeira estabelece que “compete a ela veicular consensos mínimos,

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2004, p.52.

⁶ “*Toute société dans laquelle La garantie des droits n’est pas assurée, ni la separation des pouvoirs determine n’a point de Constitution*”.

essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem ser afetados por maiorias políticas ocasionais”⁷.

A segunda função, conforme o mesmo autor, estabelece que à Constituição cabe “garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos adequados”⁸.

Em verdade, a análise da temática proposta por este artigo engloba simultaneamente estas duas funções, consoante será desenvolvido mais adiante. Deve-se, portanto, neste ponto, reafirmá-las não como excludentes (uma ou outra), mas como adicionadas (uma e outra).

Outro ponto de destaque para este artigo é a relação entre constitucionalismo, e portanto, Constituição, e democracia. A identificação do que hoje se denomina de Estado Constitucional está relacionado com as qualidades de um Estado Democrático de Direito, afirmando J. J. Gomes Canotilho sobre o tema que “eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de *direito* e Estado *democrático*”⁹. Há, assim, uma conjugação no Estado Constitucional, com uma conexão interna, entre democracia e Estado de direito¹⁰.

A Constituição dentro deste paradigma estabelece consoante Lenio Streck, que “o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social”¹¹. E a sociedade brasileira vive, de certo modo, essa expectativa “fetichista”¹² de solução dos problemas sociais “exclusivamente” pelo Direito, principalmente a partir da dialética constituída entre

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.89.

⁸ Idem. Ibidem, p.89.

⁹ Idem. Ibidem, p.93.

¹⁰ “(...) 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.” BARROSO (2009, p.88).

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da Construção do Direito**. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.33

¹² “Da noção de fetichismo da mercadoria e da sua relação direta com o conceito de alienação, na esteira do nosso argumento, é possível extrair elementos para a formação de um novo conceito, denominado **fetichismo constitucional**, que representa a ilusão, gerada pela concepção moderna da cidadania passiva (status de direitos), de que a cidadania se realizaria plenamente ao ser confiada ao direito e à constituição.” (BELLO, Enzo. **Cidadania, Alienação e Fetichismo Constitucional**. p.7-33 *In* LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto Lima e BELLO, Enzo (orgs.). **Direito e Marxismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.20.

uma Constituição federal que assegura direitos e uma sociedade carente da realização destes mesmos direitos¹³. Sobre o tema assevera, ainda, Lenio Streck que:

(...) o Estado Democrático de Direito, teria (tem?) a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao *Welfare state* neocapitalista – impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. O Estado Democrático de Direito (...) tem como questão fundamental a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado e garantir através do asseguramento mínimo de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade.¹⁴

Há necessidade de uma valorização do jurídico, pela perspectiva do Estado Democrático de Direito (Constitucional) e, com isso, fundamentalmente, a rediscussão do papel do poder judiciário, e mais ainda, nesse diapasão, da jurisdição constitucional.

Antes, todavia, far-se-á uma análise do significado dos direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito, e principalmente, a sua inserção constitucional.

2.2. Significado dos Direitos Fundamentais em um Estado Democrático de Direito:

Os direitos fundamentais¹⁵ podem ser classificados como uma *categoria dogmática*. Neste sentido eles possuem três dimensões a serem destacadas, conforme J. J. Gomes Canotilho, quais sejam: (1) analítica, preocupa-se com a construção sistemática e conceitual do direito positivo; (2) empírica, preocupa-se com as condições de eficácia e a maneira como o legislador, a administração e os juízes os observam e aplicam nos contextos práticos; e (3) normativa, que pressupõe a fundamentação racional e jurídico-

¹³ Essa “tensão” está situada entre uma Constituição identificada com o modelo político de Bem-Estar Social e a realidade política neoliberal.

¹⁴ Idem. Ibidem, p.37.

¹⁵ “La posición de los derechos fundamentales em el sistema jurídico de Alemania se caracteriza por cuatro extremos: primeiro, los derechos fundamentales regulan com rango máximo y, segundo, com máxima fuerza jurídica, objetos, tercero, de La máxima importancia com, em cuarto lugar, máxima indeterminación. Cada uma de estas propiedades extremas resulta em si inócua, pero su conjunción com lãs demás comporta problemas ciertamente devastadores (...)”. (ALEXY, Robert. **Derechos Fundamentales Y Estado Constitucional Democrático**. In CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.32/33.)

normativa dos juízos de valor, como, por exemplo, no processo de interpretação e aplicação¹⁶.

Conjugando essas três perspectivas acima, além da evolução histórica dos direitos fundamentais, desde a sua gênese liberal, perpassando pelas gerações doutrinariamente indicadas¹⁷, chega-se à conclusão que essa categoria do direito tem como finalidade a proteção da liberdade (*lato senso*), proteção essa que é juridicamente mediada. Analisando o tema Ingo Sarlet posiciona-se da seguinte forma:

(...) a Constituição (e, neste sentido, o Estado constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada por órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar eficácia dentro do âmbito de um autêntico Estado constitucional.¹⁸

O Estado Democrático de Direito nesta perspectiva tem a função de garantidor dos direitos fundamentais, vez que estes têm como, uma de suas funções, expressar “os fins últimos que norteiam o moderno Estado constitucional de Direito”¹⁹. A este respeito manifesta-se Pérez Luño ao afirmar que “existe um estreito nexo de interdependência genético e funcional entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito”²⁰.

A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de plus normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as

¹⁶ Idem. Ibidem, p.1253.

¹⁷ Não é objeto deste estudo a evolução histórica, nem tampouco a discussão acerca das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, ante a inexistência de unicidade sobre a matéria (alguns defendem a nomenclatura geracional outro dividem em dimensões, alguns defendem a existência de 3 gerações, outros 4, e há quem defenda a existência de 5 gerações). Para esta finalidade citamos entre outras obras as seguintes: BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004 e DIP, Ricardo. **Los Derechos Humanos y El Derecho Natural**. Madrid: Marcial Pons, 2009.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.68.

¹⁹ SARLET, op. cit., p.69.

²⁰ Cf. A. E. Pérez Luño. **Los Derechos Fundamentales**. *apud* SARLET, op. cit., p.69.

lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais.²¹

Na transição entre o modelo de bem-estar social²² tem-se, entre as conseqüências desta transição, destaque para o déficit na concretização dos direitos fundamentais no Brasil, inobstante, por óbvio, não se possa fazer uma redução a esta como única causa, mas o objetivo central é demonstrar o impacto proporcionado pela mudança política, vez que “a globalização neoliberal-pós-moderna coloca-se justamente como o contraponto das políticas do *welfare state*. Aparece como a nova face/roupagem do capitalismo internacional”²³.

A não realização das promessas da modernidade, entre elas a não concretização de direitos fundamentais, notadamente aqueles ligados à ordem social, via de regra tutelados enquanto *normas programáticas* pela Constituição Federal de 1988, é denunciado por Lenio Streck, nos seguintes termos:

No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve (há) é um simulacro de modernidade. (...) em nosso país as promessas da modernidade ainda não se realizaram, a solução que o *establishment* apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno do Estado (neo)liberal. Daí que a pós-modernidade é vista como a visão neoliberal. Só que existe um imenso déficit social em nosso país, e, por isso, temos que defender as instituições da modernidade contra esse neoliberalismo pós-moderno²⁴.

Surge neste quadro a necessidade de sedimentar institutos e instituições que possam suprir este déficit e garantir os direitos fundamentais concretizando, por consequência, o próprio Estado Democrático de Direito, como já foi consignado, diante da indissociabilidade entre eles. Assim, aparece a jurisdição constitucional como possibilidade de cumprir este papel, conforme será abordado a seguir. Necessário para compreensão da

²¹ STRECK, op. cit., p.39.

²² Mesmo que este não tenha sido vivenciado pela política brasileira, ou ainda vivenciado timidamente, foram sentidos os impactos deste processo no Brasil. Saliente-se, ainda, que após o fim da Ditadura Militar e durante o governo de José Sarney, o Brasil ainda se encontrava, de certo modo, afastado do processo de reestruturação produtiva do capital e do projeto neoliberal, já em estado avançado no mesmo período nos países do capitalismo central, período em que foi “talhada” a Constituição Federal de 1988, sob os auspícios de um modelo político identificado com a social democracia e o bem-estar social.

²³ STRECK, op. cit., p. 23.

²⁴ STRECK, op. cit., p.25/26.

temática proposta, investigar, então, o sentido e a funcionalidade da jurisdição constitucional, para completar a investigação conceitual necessária.

3. Jurisdição Constitucional:

Para melhor estabelecer a relação entre os direitos fundamentais e a jurisdição constitucional esta parte será subdividida em duas. Na primeira o objetivo é compreender e delimitar o significado de jurisdição constitucional, para, então definir a relação enunciada neste artigo.

3.1 Significado de Jurisdição Constitucional:

A jurisdição, desde a sua perspectiva entabulada pela teoria geral do processo, é uma das maiores manifestações da soberania estatal. Por seu intermédio o Estado, de forma neutra, conhece e dirime conflitos de interesses, ou não, existentes, declarando o direito aplicável ao caso concreto, e garante a sua concretização, caso necessário executar a decisão²⁵.

A *priori*, a jurisdição constitucional seria aquela que tem como matéria de incidência as normas constitucionais (materiais ou formais). Acontece, que existem outras acepções para este instituto, como a concepção formal, que leva em consideração a existência de órgão especializado para solução dos conflitos de natureza constitucional.

Buscando conciliar estes dois critérios, José Adércio Leite Sampaio, propõe a seguinte definição:

A conciliação de critérios formais e materiais, a nosso ver, pode ser conseguida com a identificação de jurisdição constitucional como uma garantia da Constituição, realizada por meio de um órgão jurisdicional de nível superior, integrante ou não da estrutura do Judiciário comum, e de processos jurisdicionais, orientados à adequação da atuação dos poderes públicos aos comandos constitucionais, de controle da “atividade do poder do ponto de vista da

²⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 21.

Constituição”, com destaque para a proteção e realização dos direitos fundamentais.²⁶

A partir da definição transcrita, deve-se observar em primeiro plano que, consoante o art., da Carta magna, a jurisdição constitucional brasileira é exercida por órgão da estrutura formal do Poder Judiciário, qual seja o Supremo Tribunal Federal – STF. Essa, todavia, não é questão fulcral, e sim a observação final da função de proteção e realização dos direitos fundamentais, que será desenvolvida especificamente no item 4.2.

Possui papel fundamental para o Estado Democrático de Direito a jurisdição constitucional nessa quadra da história, e, principalmente, se considerar a reaproximação entre direito e moral promovida pelo pós-positivismo, muito bem representado pelo neoconstitucionalismo²⁷. Passam os Tribunais Constitucionais, como guardiões dessa função, a ter a responsabilidade de definir esse (novo) espaço, reformulando a idéia central da tarefa que lhes era destinada.

Sintetizando, então, a complexidade da necessidade de delimitação da função da jurisdição constitucional, reproduz-se a seguinte lição de João Maurício Adeodato:

Com a sobrecarga do direito como principal ambiente ético comum, cresce a importância das normas jurídicas na esfera pública. E com a pulverização das demais ordens éticas e seu esvaziamento de significado social e público, crescem as divergências hermenêuticas e exacerbam-se as funções do poder judiciário, em detrimento do legislativo, o elaborador dos textos genéricos outrora mais

²⁶ Idem. Ibidem, p.23.

²⁷ Sob uma perspectiva teórica e seu significado paea Teoria do Direito, “El neoconstitucionalismo, como teoría del Derecho, aspira a describir los logros de La constitucionalización, es decir, de esse proceso que há comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existentes antes Del despliegue integral Del proceso mismo. El modelo de sistema jurídico que emerge de La reconstrucción Del neoconstitucionalismo está caracterizado, además de por una Constitución <invasora>, por La positivización de um catálogo de derechos fundamentales, por La omnipresencia em La Constitución de pncipios y reglas, y por algunas peculiaridades de La interpretación y a La aplicación de La ley.” (COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (Neo)Constitucionalismo: Um Análisis Metateórico**. In CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.83.). Ainda sobre a definição deste novel instituto, pode-se consignar que “(...) La expresión <neoconstitucionalismo> o <constitucionalismo avanzado> o <constitucionalismo de derechos> para designal el nuevo modelo jurídico que representa el Estado constitucional de Derecho que existe em algunos países europeos, como por ejemplo Italia, Alemania y Españã. (...) estas constituciones <representam el intento de recomponer La gran fractura entre democracia y constitucionalismo> (...)” (ARIZA, Santiago Sastre. **La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo**. In CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.239.)

importantes. Isso significa uma guinada no positivismo tradicional e faz sobressair a importância da jurisdição constitucional (...) ²⁸

Deve rechaçar-se a idéia reducionista de jurisdição constitucional, pelo menos em relação ao seu aspecto funcional, que estabelece a tarefa de tutela e atuação judicial dos preceitos da Constituição, atuando ao realizar o controle de constitucionalidade, principalmente abstrato, funcionando como legislador negativo ²⁹.

Sobre a mudança de função proporcionada pelo pós-positivismo (neoconstitucional) assevera Gustavo Binbenbojm ³⁰ que:

A missão do Tribunal Constitucional se projeta, assim, para além da mera função de *legislador negativo*, guardião da coerência sistêmica do ordenamento jurídico. Seu papel é o de articular o debate público em torno dos princípios constitucionais, constringendo os agentes políticos a levá-los em conta no desenrolar do processo democrático.

Dentro desta nova funcionalidade proporcionada pelo paradigma neoconstitucional destaca-se, como já foi citado anteriormente, a missão de concretização e efetivação dos direitos fundamentais, conforme aprofundamento no tópico seguinte.

3.2 A proteção dos Direitos Fundamentais pela Jurisdição Constitucional:

Mais uma vez reitera-se a centralidade dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo, é o seu centro de gravidade. Durante o primado do positivismo jurídico, conforme leciona Cláudio Ari Mello, “os direitos fundamentais operavam como limites externos eventuais impostos à atividade essencialmente discricionária de criação legislativa do Direito” ³¹. Com o advento do neoconstitucionalismo, todavia, há uma profunda modificação paradigmática, vez que,

²⁸ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional: Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.9/10.

²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p.23-26.

³⁰ BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.82.

³¹ MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.125.

ainda conforme o mesmo autor, “a teoria constitucional pós-positivista nem de longe reduz o sistema de direitos a mero limite à liberdade do legislador”³².

A evolução desta preocupação e da proteção de direitos fundamentais como corolário central do Estado Democrático de Direito é lida com muita propriedade por José Adércio Leite Sampaio, ao afirmar que:

Desde a sua veia jusnaturalista e até em formulações positivistas, passou-se a considerar a proteção de certos direitos ditos “inalienáveis” ou “fundamentais” como índice de legitimidade do sistema constitucional, embora fosse denunciada sempre a imprecisão de seu conceito ou a manifestação de sua fundamentalidade. Na verdade as concepções teórico-práticas desses direitos se encontram marcadas pela ideologia ou corrente filosófica a que se filia o pensador (...).³³

Desta sorte, para conceber como função de proteção e garantia dos direitos fundamentais à jurisdição constitucional, é necessário estabelecer qual a ideologia ou corrente filosófica a que se filia neste artigo. A opção é pelo substancialismo.

Os substancialistas defendem que os limites constitucionais impostos à regra político-democrática da maioria contribuem para fortalecer a relação entre Constituição e democracia, ao que subjaz uma postura crítica em relação aos desvios da democracia representativa e uma valorização da igualdade material e da democracia social. Preconiza-se, então, um papel destacado ao Poder Judiciário na garantia e concretização dos direitos fundamentais, inclusive daqueles direitos prestacionais básicos.³⁴

Destaca-se, por óbvio, na transcrição acima a assertiva da importância do Judiciário, leia-se da jurisdição constitucional, na proteção dos direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito, ou seja, esta corrente do pensamento corrobora a tese defendida neste escrito.

Seguindo este diapasão defende Luís Roberto Barroso que em um “ambiente” substancialista, onde prevalece, inclusive, a democracia deliberativa, “a Constituição deve conter – e juízes e tribunais implementar – direitos fundamentais, princípios e fins públicos que realizem os grandes valores de uma sociedade democrática”³⁵.

³² Idem. Ibidem, p.125.

³³ SAMPAIO, op. cit., p. 79/80

³⁴ ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz. **Entre substancialismo e procedimentalismo: elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada**. Macéio: EDUFAL, 2009, p.74.

³⁵ BARROSO, op. cit., p. 91.

O modelo substancialista (...) trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social. É o constitucionalismo-dirigente que ingressa nos ordenamentos dos países após a segunda guerra. Consequentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional.³⁶

A defesa deste ideal encontra agasalho na teorização proposta por um dos principais expoentes do debate jurídico contemporâneo: Ronald Dworkin. Esse pensador, que têm influenciado sobremaneira o pensamento produzido acerca da temática no Brasil, filia-se a uma corrente que realiza a denominada “leitura moral da Constituição”. Estabelece definição, se não pioneira, mas de extremo destaque, dentro das teorias pós-positivistas acerca dos princípios.

Além dos pontos de destaque acima, entre outros existentes, salienta-se a possibilidade de estudar-se comparativamente os métodos hermenêuticos desenvolvidos em sistema diferente daquele adotado em território brasileiro, qual seja o *common Law*. Ademais, é de se registrar, ainda, o seu esforço doutrinário para “legitimar o papel político decisivo que o Supremo Tribunal dos Estados Unidos cumpriu, entre as décadas de cinquenta e setenta, na afirmação dos direitos individuais e na proteção das minorias”³⁷.

No intuito de apreender o pensamento de matriz substancialista de Ronald Dworkin é válido a abertura de um tópico específico para este mister.

4. Jurisdição constitucional e defesa dos direitos fundamentais na concepção de Ronald Dworkin

Para melhor compreender, inicialmente, a concepção de Ronald Dworkin, sobre o papel da jurisdição constitucional, é importante delimitar um conceito fundamental do pensamento deste autor: o de princípio.

³⁶ STRECK, op. cit., p.45/46.

³⁷ BINENBOJM, op. cit., p.53.

4.1“Uma questão de princípios” – o fundamento principiológico do pensamento de Dworkin

Para este pensador o princípio “é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.”³⁸.

Comentando acerca da posição firmada por Dworkin, sobre o papel da jurisdição constitucional, a partir desta definição fundamental, acima exposta, Gustavo Binbenbojm considera que:

Todo o esforço de Dworkin será no sentido de justificar um papel ativo e engajado da jurisdição constitucional mediante construções teóricas que enfatizam a especificidade do seu objeto e o apartam do campo próprio das escolhas políticas. Pretende ele, com isso, demonstrar que uma comunidade verdadeiramente democrática não apenas admite como *pressupõe* a salvaguarda de posições contramajoritárias, cuja força obrigatória advém de *princípios* exigidos pela moralidade política.³⁹

Dworkin busca uma reaproximação entre o Direito e a Moral fundada na valorização promovida pela categoria dos princípios, em contraposição ao pensamento positivista. Esforça-se para estabelecer a distinção entre regras e princípios como corolário central de seu pensamento. Em função dessa afirmação principiológica da sua teoria, os direitos fundamentais, neste contexto, assumem o *status* de *direitos morais*, estabelecendo, por consequência, a idéia de Constituição como *integração*. A esse respeito comenta Gisele Cittadino que:

(...) é da concepção de Constituição como integração – enquanto garantia da indisponibilidade dos direitos e liberdades fundamentais – que decorre, por um lado, a justificação do instituto da revisão judicial (*judicial review*), que autoriza os juízes a não reconhecer como válidas as normas incompatíveis com os princípios morais inscritos na Constituição.⁴⁰

³⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.36.

³⁹ BINENBOJM, op. cit. p.83.

⁴⁰ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 156.

É importante registrar que o princípio não obtém sua validade pela recondução a uma norma fundamental, como no modelo positivista kelseniano, ou a uma norma de reconhecimento, como no pensamento hartiano, mas é retirado da práxis do tribunal, ou, ainda, de um conjunto de regras que possuem a sua validade declarada no caso concreto e somente nesta instância poderá ter o seu “peso” avaliado.⁴¹

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (...), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia.⁴²

Além dessa característica fundamental apontada por Dworkin, é importante registrar a sua concepção de que os princípios jurídicos não se originam de decisões políticas do legislativo ou da decisão particular de um tribunal, mas na “compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo”⁴³, e a continuidade do seu poder, depende da manutenção, portanto, do que é apropriado.

A partir destas premissas Dworkin defende que os juízes podem, principalmente diante dos denominados “casos difíceis” (*hard cases*) fundamentar suas decisões em princípios. Isto não é um convite à discricionariedade, como muitos imaginam, consoante explica Wálber Araujo Carneiro, ao asseverar que:

Para Dworkin, entretanto, “levar os direitos a sério” e julgar de modo não discricionário não se esgota na mera fundamentação da decisão neste ou naquele princípio, uma prática, aliás, muito comum no Brasil. A fundamentação em princípios como uma possibilidade contra a discricionariedade do direito judicial deve ser vista em Dworkin no contexto de sua tese sobre a *integridade*, que demanda uma tarefa hercúlea do julgador na busca da resposta correta.⁴⁴

⁴¹ SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e Democracia: Uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.71.

⁴² DWORKIN, op. cit., p.42.

⁴³ Idem. Ibidem, p.64.

⁴⁴ CARNEIRO, Wálber Araujo. **Heremênutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma teoria dialógica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.267.

Não resta outra alternativa senão aceitar o convite para *bailar* com a tese da integridade dworkiana, e compreender, assim, o papel do juiz na aplicação do direito, senão vejamos.

4.2. O Papel do Juiz na Aplicação do Direito: a importância da integridade.

Parte-se da afirmação de que Dworkin “elabora um processo complexo de interpretação judicial para fazer jus à exigência de que somente o fechamento operacional garante a abertura cognitiva”⁴⁵, a partir de uma leitura lumanniana. Assim, chega-se à conclusão de que “os argumentos do entorno podem ser reconstruídos internamente quando estiverem de acordo com o processo de argumentação jurídica. Na verdade é o próprio processo que estabelece as condições de abertura do sistema”⁴⁶.

Fundamental, então dividir este processo em fases: (1) pré-interpretativa; (2) interpretativa; e (3) pós-interpretativa – a decisão em si. Pode-se arriscar aqui que seria uma tentativa de “ontologização” da teoria sistêmica luhmanniana. Para o funcionamento deste modelo, todavia, é fundamental a noção de “integridade” dworkiana⁴⁷.

A idéia de integridade para Dworkin “serve como um veículo para a “transformação orgânica” do conjunto de normas públicas presentes no sistema a partir do reconhecimento da importância dos princípios”⁴⁸.

A busca pela *integridade* do direito em Dworkin não representa um espaço discricionário em que o julgador deverá encontrar uma justificativa pessoal para decidir um caso que não possui resposta no sistema, uma vez que o princípio que deve ser buscado para fundamentar uma decisão não está, como pensou Hart, à disposição do intérprete.⁴⁹

As teorias pós-positivistas, como o neoconstitucionalismo, que enaltecem a existência de normas principiológicas no sistema jurídico, promovendo a “reconciliação” entre a moral e o direito, em superação ao paradigma positivista, trouxe a falsa impressão de que se estava fazendo um convite para decisões metafísicas, desconectadas, portanto, do plano físico, permitindo uma postura discricionária, e reificando o ativismo judicial, ledo engano!

⁴⁵ SAAVEDRA, op. cit., p.75.

⁴⁶ Idem. Ibidem, p.75.

⁴⁷ Idem. Ibidem, p.75.

⁴⁸ CARNEIRO, op. cit., p.267.

⁴⁹ Idem. Ibidem, p.267.

Dworkin apresenta a sua teoria, e a crítica imanente, de que é necessário buscar a integridade no processo de interpretação, notadamente defendendo que o processo não é subjetivo, portanto, individual do juiz, mas há necessidade de uma interação intersubjetiva, vez que a decisão é da sociedade. Nas palavras do próprio Dworkin, “uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma, desse modo, em uma forma especial de comunidade, especial num sentido que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio da força coercitiva”⁵⁰.

A integridade (...) insiste em que cada cidadão deve aceitar as exigências aos outros, que compartilham e ampliam a dimensão moral de quaisquer decisões políticas explícitas. A integridade, portanto, promove a união da vida moral e política dos cidadãos: pede ao bom cidadão, ao decidir como tratar seu vizinho quando os interesses de ambos entram em conflito, que interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em virtude da cidadania.⁵¹

Conclui-se, dessa forma, que a integridade exige que o conteúdo moral de um princípio não seja considerado a partir de uma concepção individualizada, mas considerada a partir do fato de que vivemos com o outro.⁵² A partir dessa compreensão se alcança a força normativa dos princípios em Dworkin.

Para a superação do *voluntarismo hermenêutico* que caracteriza o normativismo, será necessário conceber o Direito como um sistema de *regras e princípios*, dotado de *integridade*, e não como um mero sistema de normas, inapto a abarcar toda a variada e complexa realidade social. Seu esforço será o de defender um ativismo judicial construtivo, pautado por argumentos racionais e controláveis, que não descambe para uma versão autoritária do *governo de juízes*.⁵³

Estabelecida a preocupação de Dworkin com o aspecto democrático da decisão, resta, por último, estabelecer a relação entre jurisdição e democracia na concepção deste autor, para compreender o papel atribuído por ele à jurisdição constitucional.

4.3. A Jurisdição Constitucional na Concepção de Ronald Dworkin

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.228.

⁵¹ Idem. Ibidem, p.230.

⁵² CARNEIRO, op. cit., p.268.

⁵³ BINENBOJM, op. cit., p.75.

A centralidade dos princípios nas constituições contemporâneas, situadas em um paradigma neoconstitucional (pós-positivista), irá justificar, na concepção dworkiana, a própria jurisdição constitucional. “Somente ao se considerar que os princípios constitucionais possuem dignidade normativa se pode justificar (...) o poder das cortes constitucionais anularem normas produzidas por legislativos eleitos”⁵⁴. Ronald Dworkin enfatiza, assim, a importância dos princípios na legitimação da jurisdição constitucional.

No tocante à jurisdição constitucional, Dworkin irá legitimá-la da seguinte maneira. Se, em um caso difícil, o magistrado, não podendo aplicar uma regra, aplica um princípio, não está criando direito novo, mas aplicando o direito preexistente. Por conta disso, a inclusão dos princípios no sistema jurídico resolve os problemas de legitimação dos tribunais constitucionais criados pela concepção volitiva da jurisdição presente no modelo normativista.⁵⁵

Ainda em análise da relação entre legitimação democrática e a jurisdição, Dworkin sustenta argumentos de que é possível defender a existência de um maior preparo por parte dos magistrados para conferirem “respostas corretas”⁵⁶ do que os legisladores ou a massa de cidadãos que elegeram os legisladores⁵⁷.

Acrescente-se, também, que dificilmente o legislativo “tomará uma decisão contrária a um setor influente politicamente, já o Judiciário não tem essa pressão direta, tendo em vista que os setores da sociedade não podem “se vingar” do juiz, não votando nele”⁵⁸.

Assume assim papel fundamental na concretização constitucional, e particularmente dos direitos fundamentais, a jurisdição constitucional pela teoria de Ronald Dworkin. Registre-se, inclusive, que para Dworkin os direitos fundamentais são “reconhecidos no seio de uma comunidade política (comunidade de princípios) cujos integrantes são tratados com igual respeito e consideração”⁵⁹.

Assim, a Constituição e seu sistema de direitos fundamentais incorporam princípios morais, com os quais a legislação infraconstitucional e as decisões

⁵⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.218.

⁵⁵ Idem. Ibidem, p.247.

⁵⁶ Este é um ponto central do pensamento dworkiano a busca pelas “respostas corretas”, possuidor, porém, de alto grau de complexidade, e principalmente sem correlação com o objeto deste artigo, motivo pelo qual não será aqui desenvolvido.

⁵⁷ SAAVEDRA, op. cit., p.92.

⁵⁸ Idem. Ibidem, p.92/93.

⁵⁹ BINENBOJM, op. cit., p.84.

judiciais devem ser compatíveis. Daí advogar Dworkin uma *leitura moral da constituição*, que coloque a moralidade política no coração do direito constitucional. Tal concepção pressupõe que o aplicador do Direito assumira uma postura ativa e construtiva, caracterizada pelo esforço de interpretar o sistema de princípios como um todo coerente e harmônico dotado de *integridade*.⁶⁰

A jurisdição constitucional, portanto, pode-se concluir, tem como funções o fortalecimento da democracia, e principalmente a defesa dos direitos fundamentais, a partir da “leitura moral da constituição”, proporcionada pela incorporação de normas morais (princípios) ao sistema jurídico, proporcionando-lhe, através de um processo hermenêutico adequado para busca de “respostas corretas”, *integridade*.

4.4 A Oposição Procedimental ao Modelo Substancial

Em pólo oposto ao modelo substancial, a corrente procedimental “critica tanto o fato do intervencionismo constitucional na regulamentação dos diversos âmbitos da vida comunitária como a atuação jurisdicional interventiva”⁶¹, sob a justificativa de que este comportamento distancia a sociedade, e por óbvio o Estado, do campo adequado para a tomadas destas decisões, qual seja o espaço político.

Diante desta assertiva, entende-se, pela perspectiva procedimental, que a “tarefa da jurisdição constitucional não pode ir tão longe de forma a ameaçar a própria legitimidade democrática do direito, devendo seu controle estar restrito à garantia dos procedimentos democráticos e dos direitos fundamentais a eles diretamente relacionados”⁶².

Não existe apenas um modelo procedimental, mas sim correntes procedimentalistas assentadas na idéia central acima descrita, todavia constituídas em premissas metodológicas e epistemológicas diversas. Para este trabalho o modelo escolhido foi o da teoria da argumentação jurídica como forma de legitimação procedimental do direito, proposto por Robert Alexy.

⁶⁰ BINENBOJM, op. cit., p.85.

⁶¹ ESPINOZA, op. Cit., p.74.

⁶² ESPINOZA, op. cit., p.74.

A escolha de Alexy foi “em função de que esse autor escreve a partir de um sistema jurídico parecido com o sistema brasileiro (alguns autores chegam a sustentar que o sistema jurídico alemão e aquele brasileiro pertencem à mesma família jurídica)”⁶³.

Feitas estas considerações, a partir do próximo tópico será analisada a teoria procedimental de Robert Alexy, para compreender o significado da relação entre jurisdição constitucional e direitos fundamentais.

5. Por um Direito Ponderado: O pensamento de Robert Alexy:

O pensamento de Robert Alexy, por sua vez, parte inicialmente de uma definição de Direito que leva em consideração a relação entre direito e moral, analisando a postura dos positivistas, que desconsideram essa relação, e os não-positivistas, que estabelecem essa vinculação. Para esse autor há uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral. Conclui-se, então, preliminarmente, que Alexy enquadra-se entre os autores não-positivistas, ou, melhor, pós-positivistas.

A sua empreitada na definição dos direitos fundamentais esbarra na necessidade essencial de distinguir regras de princípios, considerando que esta distinção “é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”⁶⁴.

Como fundamento essencial para compreensão da análise proposta por este trabalho, passa-se, então, à análise da distinção entre regras e princípios.

5.1 Distinção entre regras e princípios no pensamento alexyano:

Assim como Ronald Dworkin, Robert Alexy insere os princípios em seu modelo de sistema jurídico. Deve-se registrar inicialmente que para este autor a “diferença entre regras e princípios não é meramente quantitativa, como pode insinuar a noção de generalidade, mas antes qualitativa”⁶⁵.

⁶³ SAAVEDRA, op. cit., p.95.

⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.85.

⁶⁵ SOUZA NETO, op. cit., p.249.

Parte, Robert Alexy⁶⁶, então, para definir o conceito fulcral neste contexto, o de princípio, ao defender que:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

O pensamento de Alexy diferencia-se de Dworkin, notadamente quando este defende o modelo do “tudo ou nada”, pois para aquele as regras constituem razões *definitivas* “desde que presentes as condições fáticas e jurídicas para a sua aplicação, caso contrário, Alexy admitirá a introdução de uma cláusula de exceção que se sustenta em princípios e que suspenderá algumas determinações contidas na regra”⁶⁷.

Partindo, então, de uma distinção qualitativa, como já asseverado, a proposta de Alexy impede o conflito entre estes tipos de normas (regras e princípios), pois para ele caso entrem em conflito uma regra e um princípio, em verdade o que se tem é o conflito entre o princípio *P* e um segundo *P'* decorrente daquela regra⁶⁸, sendo então necessário um sopesamento entre estes princípios. Sobre o tema esclarece Wálber Carneiro⁶⁹ que:

(...) tendo em vista a possibilidade de excepcionar regras por força do resultado de um sopesamento entre princípios, a precedência hierárquica da regra em relação aos princípios ficaria restrita ao seu âmbito *prima facie*. Essa estratificação entre os âmbitos *prima facie* e concreto de normas é fundamental para o correto entendimento do modelo proposto por Alexy.

A partir desta construção, extrai-se como conclusão preliminar de que os princípios enquanto mandamentos de otimização na sua aplicação ao ensejarem conflitos necessitarão da realização de sopesamento, ou seja, “a aplicação de princípios acarretará em colisões que devem ser solucionadas mediante a verificação do peso dessas normas em um determinada situação concreta”⁷⁰.

⁶⁶ ALEXY, 2008, p.90.

⁶⁷ CARNEIRO, op. cit., p.207.

⁶⁸ ALEXY, 2008, p.90 (nota n.24).

⁶⁹ Idem. Ibidem, p.207.

⁷⁰ CARNEIRO, op. cit., p.207.

5.2 Direitos fundamentais: conceito a partir de uma teoria estrutural:

Preliminarmente, faz-se o registro de Alexy não se propôs a estabelecer definições e padrões universais nos seus estudos de direitos fundamentais, mas sim “uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã”⁷¹, utilizando-se, como recurso metodológico, das decisões do tribunal Constitucional Federal alemão, vez que a ciência dos direitos fundamentais “tornou-se, em considerável medida, uma ciência da jurisprudência constitucional”⁷².

Sobre o tema é valiosa a contribuição de Wálber Carneiro⁷³ analisando a questão, ao afirmar que:

Já se referindo às teorias sobre os direitos fundamentais – problema em torno do qual podemos identificar a sua visão sobre o direito – constata que concepções unidimensionais ou, até mesmo, combinadas sem o elemento integrativo, são insuficientes para a correta colocação do problema, razão pela qual propõe uma teoria integrativa. Trata-se de uma teoria estrutural que dá ênfase à dimensão analítica, embora esteja preocupada com a dimensão empírica, na medida em que o principal material seja a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, e com a dimensão normativa, já que essa análise seria movida pela busca de uma decisão correta e racionalmente fundamentada.

Desta sorte, a ênfase dada pela teoria alexyana dirige-se à argumentação jurídica e não à interpretação. Assim, ele não se preocupa com o momento de eleição das premissas normativas a serem utilizadas na decisão, mas com o processo de justificação das valorações interpretativas e proposições normativas utilizadas no discurso jurídico.

Mas, continuando a busca conceitual proposta, é fundamental analisar a proposta dogmática de Alexy⁷⁴ sobre a teoria dos direitos fundamentais, ao defender que:

A dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa, em última instância, a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais. A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser seja acessível, na maior medida possível, a controles intersubjetivos. Isso, no entanto, pressupõe clareza tanto acerca da estrutura das normas de

⁷¹ ALEXY, 2008, p.31.

⁷² Idem. Ibidem, p.27.

⁷³ Idem. Ibidem, p.204.

⁷⁴ ALEXY, 2008, p.43.

direitos fundamentais quanto acerca de todos os conceitos e formas argumentativas relevantes para a fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais.

É importante ressaltar que Alexy não se ilude quanto à complexidade da tarefa de definição dos direitos fundamentais, pois tem plena consciência da distinção entre enunciado normativo e norma⁷⁵.

Ainda sobre a importância da fundamentação e do discurso para delimitação dos direitos fundamentais, ou seja, a construção destes direitos por intermédio da utilização da teoria da argumentação⁷⁶, ou melhor, da sua essencialidade enquanto condição para a concretização do direito, Alexy⁷⁷ afirma que:

Para a teoria do discurso, a liberdade e a igualdade são constitutivas no discurso. As regras do discurso expressam isso claramente. Isso sugere concluir da liberdade e igualdade no discurso pela liberdade e igualdade em todos os âmbitos da atuação. Uma tal conclusão imediata de regras do falar sobre regras jurídicas, contudo, não é possível. Para isso, são necessárias, outras premissas. Para fundamentar a liberdade jurídica precisa-se da premissa, que aquele, que faz discursos com o interesse de solucionar problemas políticos por consensos criados e controlados discursivamente, deve reconhecer a liberdade dos outros também fora do discurso.

A citação expressa à liberdade e igualdade para referir-se aos direitos fundamentais, feita por Alexy, deve-se ao fato dele considerar que com estes direitos está “fundamentado o núcleo dos direitos fundamentais”⁷⁸. Assim, “todos os outros direitos fundamentais são ou casos especiais de ambos esses direitos ou meios necessários para a produção e assecuramento de uma medida suficiente de liberdade e igualdade fática.

5.3 A relação entre direitos fundamentais e democracia na concepção de Alexy:

Dentre as opções existentes para trabalhar a idéia de democracia Alexy adota, a partir de uma perspectiva discursiva, como já foi visto no tópico anterior, a *democracia*

⁷⁵ Idem. Ibidem, p.53 e segs.

⁷⁶ Robert Alexy desenvolveu acerca do tema estudo extremamente aprofundado, traduzido para português (Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2005), todavia foge ao escopo do trabalho uma imersão nesta seara, reafirmando tratar este artigo da relação entre jurisdição constitucional e direitos fundamentais.

⁷⁷ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.33.

⁷⁸ Idem. Ibidem, p.34.

deliberativa. Afirma, ainda, que “a democracia deliberativa é mais do que um procedimento para produção de uma compensação de interesses ótima abaixo do limite de ditadura e guerra civil”⁷⁹. Isso deve-se ao fato de que neste modelo democrático “o plano dos interesse e do poder é coberto por um plano dos argumentos, no qual todos os participantes lutam por uma solução política correta”⁸⁰.

A condição de existência desse modelo democrático deliberativo, segundo o próprio Robert Alexy⁸¹, somente se dá:

(...) quando existe algo como discursos práticos racionais, é somente um lado da matéria. O outro, é que a idéia do discurso somente pode ser realizada pela institucionalização da democracia deliberativa até o ponto onde ela é realizável. Quem quer correção, deve querer discursos; quem quer discursos, deve querer democracia.

A democracia pode-se concluir, nessa linha, é reflexiva, pressupondo a racionalidade discursiva. Questiona-se, todavia, qual a relação que se pode estabelecer entre a democracia e os direitos fundamentais? Responde o próprio Robert Alexy⁸²:

Direitos fundamentais são democráticos porque eles, com a garantia dos direitos de liberdade e de igualdade asseguram o desenvolvimento e a existência de pessoas que, no fundo, são capazes de manter o processo democrático com vida e porque eles, com a garantia da liberdade de opinião, imprensa, radiofusão, reunião e associação, assim como com o direito eleitoral e as outras liberdades políticas asseguram as condições funcionais do processo democrático.

Surge então, mais uma vez, o problema central deste artigo, quem garantirá esses direitos fundamentais, e como consequência a própria democracia, e com isso sedimentando e fortalecendo o Estado democrático de Direito? Repete-se a resposta: a jurisdição constitucional.

5.4 Jurisdição constitucional e defesa dos direitos fundamentais:

⁷⁹ Idem. Ibidem, p.35.

⁸⁰ Idem. Ibidem, p.35.

⁸¹ Idem. Ibidem, p.35.

⁸² Idem. Ibidem, p.53.

Também Robert Alexy vislumbra essa importante função da jurisdição constitucional: a concretização dos direitos fundamentais; numa perspectiva diversa da substancialista dworkiana, afirma ele, todavia, que:

Se o processo de formação da vontade política dá bom resultado, a maioria parlamentar irá regar as exigências da democracia deliberativa (...) em forma de leis. As leis irão, então, também respeitar e concretizar os direitos fundamentais. Mas o que é, quando leis são aprovadas, que violam direitos fundamentais ou destroem a democracia deliberativa? Pode-se, então, ou confiar na força de cura espontânea da democracia ou então receitar o medicamento da jurisdição constitucional.

A questão que se coloca agora é saber se as Cortes ou Tribunais Constitucionais podem ser considerados como espaços públicos, aberto à participação de todos os interessados, na busca solidária e cooperativa de garantia dos direitos fundamentais, assim representada por uma hermenêutica do texto constitucional que seja efetivamente resultado de uma práxis argumentativa democrática⁸³.

A chave para a solução é a distinção entre a representação política e argumentativa do cidadão. A proposição fundamental: “Todo o poder estatal provém do povo” exige conceber não só o parlamento como, ainda, o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, certamente, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional, argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento.⁸⁴

Demonstra, assim, a legitimação democrática da jurisdição constitucional, com a superação do “problema”, sedimentando, assim como Dworkin, a função de garantia dos direitos fundamentais por esse “mecanismo”. Ambas as teorias nos fornecem elementos para compreendermos como um “sistema que se centra em procedimentos acaba assumindo uma forma estratégica em função de decisões”⁸⁵.

Analisando as duas matrizes teóricas Giovani Saavedra⁸⁶ pondera que:

As teorias de Dworkin e Alexy esclarecem a forma como o sistema jurídico organiza sua memória. Os princípios, os procedimentos, os cânones de

⁸³ BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.190.

⁸⁴ ALEXY, 2007, p.54.

⁸⁵ SAAVEDRA, op. cit., p.117.

⁸⁶ Idem. Ibidem, p.118.

interpretação, os precedentes e os outros elementos citados fazem com que o sistema se transforme em uma rede ordenada de comunicações ligadas através de decisões e textos jurídicos. A redundância atua no âmbito da consistência nas decisões e determina que as informações subseqüentes devem estar sempre ligadas de forma coerente às informações anteriores. Por um lado limita, e, por outro, é condição de possibilidade da argumentação jurídica.

Há, contudo, uma distância, e, portanto, divergências entre estes pensadores, talvez pelo fato de que o “lugar de fala” de Dworkin é o sistema da *common Law*, enquanto Alexy, num sistema, em tese, mais próximo do brasileiro. No cerne da questão, porém, ambos defendem a posição privilegiada da jurisdição constitucional para a defesa e concretização de direitos fundamentais.

6. À Guisa de Conclusão:

O objetivo central deste artigo, conforme restou esclarecido logo na introdução, era buscar teoricamente comprovar ser a jurisdição constitucional “mecanismo adequado” para garantia e concretização dos direitos fundamentais, tendo como obstáculo a superação do “problema” da legitimação democrática. A busca teórica encontrou na tese substancialista de Ronald Dworkin e na procedimentalista de Robert Alexy amparo e sustentação.

A função de garantia dos direitos fundamentais, que devem estar, inclusive, principiologicamente definidos na Constituição, considerando-se o paradigma pós-positivista construído, fundamentalmente no pós-segunda-guerra, com o constitucionalismo social, é missão basilar do Estado Democrático de Direito.

É importante refletir sob a condição de recepção destas teorias diante da condição político-histórica brasileira, que sedimenta a vigência de um modelo neoliberal antagônico ao modelo “ideológico” de bem-estar social que conduziu a formatação do texto constitucional de 1988.

O impacto disso é a dificuldade de concretização de direitos fundamentais, notadamente aqueles que dispõem sobre a ordem social. A dificuldade, por exemplo, de efetivação de políticas públicas para garantia do meio-ambiente equilibrado e saudável, tutelado como direito fundamental social na Carta Política de 1988. Os problemas

envolvendo questões de saúde, educação, etc. As questões envolvendo a escassez, o mínimo existencial, a reserva do possível, entre outros.

A adoção do regime jurídico-político do Estado Democrático de Direito evidencia a tentativa de instaurar um “Estado de justiça material”, em que a democracia se realiza como um processo de convivência social, livre, justo e fraterno, de forma participativa, multicultural e pluralista, que possui como escopo central liberar o ser humano das inúmeras formas de opressão social, como ocorre na realidade brasileira, ante o não cumprimento das promessas da modernidade.

A Constituição de 1988 possui tanto uma dimensão substancialista (material), caracterizada tanto pela legitimidade material (proposta em seus preceitos), quanto pela sua estrutura aberta; quanto uma dimensão procedimental, consubstanciada de um lado pelas exigências do princípio da democracia participativa e pluralista, e de outro na implementação de procedimentos para a tomada de decisões públicas e políticas, com a finalidade de permitir uma convivência social pacífica, tendo como grande desafio o antagonismo de interesses próprio de qualquer convivência social, acentuados dentro de um Estado que se filia ao sistema capitalista de produção.

Parece ser possível coordenar essas duas “dimensões” da Constituição Federal de 1988, havendo, em que pese os pontos de divergência, coexistência factível entre o substancialismo e procedimentalismo (enquanto proposições teóricas), sendo a busca do ponto de equilíbrio entre elas uma condição imposta pela práxis constitucional, e, ainda, pela busca de concretização e efetivação dos direitos fundamentais. Propõe-se, assim, não a opção por uma ou pela outra, mas a proposta de construção teórica no Brasil que coordene-as e permita a extração do que há de melhor na Carta Política brasileira, com o seu rol extenso e complexo de direitos fundamentais (Constituição Cidadã).

Faz-se necessário, portanto, esclarecer e sedimentar ser papel da jurisdição constitucional a defesa, efetivação e concretização dos direitos sociais, dentro de um paradigma democrático, ante a “imunização” possível da jurisdição, em relação a interesses políticos e econômicos, que afetam, por exemplo, os nossos legisladores, que vêm impedindo uma maximização dos efeitos da Carta Magna brasileira, quando defendem interesses particulares ou particularizados em desalinho com a tutela da Carta Política.

A existência da jurisdição constitucional, então, também, como instituição política que é, possui entre as suas funções primordiais (e que é simultaneamente sua fonte de legitimação) fazer com que os problemas mais fundamentais, os conflitos mais profundos entre o indivíduo e a sociedade sejam expostos e debatidos como questões de princípio, e não definitivamente resolvidos na arena das disputas de poder.

Estabelecido quem faz a proteção dos direitos fundamentais, porém, torna-se necessário novo estudo para delimitar como, ou seja, a construção de uma teoria da decisão adequada à realidade brasileira, que equilibre as dimensões procedimental e substancial.

Referências Bibliográficas

- ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional: Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALEXY, Robert. **Derechos Fundamentales Y Estado Constitucional Democrático**. In CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- _____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy, 2005.
- _____. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ARIZA, Santiago Sastre. **La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo**. In CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BELLO, Enzo. **Cidadania, Alienação e Fetichismo Constitucional**. p.7-33 In LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto Lima e BELLO, Enzo (orgs.). **Direito e Marxismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2004.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma teoria dialógica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CARVALHO, Lucas Borges. **Jurisdição Constitucional e Democracia**. Curitiba: Juruá, 2007.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (Neo)Constitucionalismo: Um Análisis Metateórico**. In CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2010.

DIP, Ricardo. **Los Derechos Humanos y El Derecho Natural**. Madrid: Marcial Pons, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz. **Entre substancialismo e procedimentalismo: elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada**. Macéio: EDUFAL, 2009.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

NAVARRO, Vicenç. **Neoliberalismo y Estado del bienestar**. Barcelona: Editora Ariel, 2000.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Brasília: Editora Unb, 1997.

SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e Democracia: Uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da Construção do Direito**. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.