

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS (SOCIAIS) NO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Mônia Clarissa Hennig Leal*

Iuri Bolesina**

Resumo

Este artigo pretende analisar conceitos pertinentes da jurisdição constitucional, da atual ideia de democracia e dos direitos fundamentais – destacando-se os direitos fundamentais sociais – no Estado Democrático de Direito, a partir das disposições, valores e princípios da Constituição Federal Brasileira de 1988. Nesse contexto, busca-se trabalhar com os três elementos nas suas relações, a fim de que se conclua sobre a destacada relevância da Jurisdição Constitucional na promoção da democracia e dos direitos fundamentais. Com o auxílio do método dedutivo e do procedimento histórico-crítico, pretende-se abordar conceitos históricos e contemporâneos, função e importância da democracia, dos direitos fundamentais e da jurisdição constitucional. Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Democracia. Direitos Fundamentais (sociais). Estado Democrático de Direito.

1 INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito, ao trazer preocupação destacada com a dignidade da pessoa humana, ratificou e ampliou direitos de controle e acesso ao Poder, bem como criou instrumentos de nível e importância constitucional, a fim de que tal tarefa fosse realizada de modo adequado e eficaz. O mesmo se deu no Brasil, sendo que essa situação trouxe consigo uma nova atenção aos direitos fundamentais e à democracia, pilares que sustentam a nossa Constituição.

A relação entre democracia e direitos fundamentais, entretanto, não é simples ou pacífica e, não raras vezes, se torna objeto de questões conflituosas e contraditórias. Tem-se, assim, uma aparente antinomia que envolve duas essencialidades do Estado Democrático de Direito e

* Professora do Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul; leciona as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas; coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado e financiado pelo CNPq; bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq; pós-doutora em Direito pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemanha; doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com pesquisa realizada junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha. moniah@unisc.br;

** Advogado; Mestrando e Bolsista CAPES do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul; pós-graduando *lato sensu* em Direito Civil pelo Instituto Meridional de Educação; membro do Grupo de Pesquisa *Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos*, vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Doutora Mônia Clarissa Hennig Leal.; iuribolesina@gmail.com

da própria Constituição Federal, já que os dois pontos são amplamente defensáveis e justificáveis, notadamente se pensados isoladamente. Contudo, a questão se dá na missão de uni-los e fazê-los conviver, não apenas em abstrato, mas notadamente em concreto.

Essas tensões tendem a ganhar termo (ou justamente se iniciam nela?) no âmbito da jurisdição constitucional, espaço que acabou sendo eleito para a delicada, mas preciosa, função de guardião da ordem constitucional, incumbida de lidar com situações diversas em defesa dos valores e dos princípios, também no Estado brasileiro. Ocorre que os temas levados ao terreno da jurisdição constitucional, muitos dos quais eminentemente políticos fizeram com que ela também fosse objeto de indagações múltiplas, que questionam o seu agir.

Cientes disso pretende-se, para os fins do presente estudo, trabalhar, tecnicamente, a complexa relação entre direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional, a partir dos referências da Constituição Federal brasileira.

2 LENDO-SE A DEMOCRACIA CONTEMPORANEAMENTE

A democracia constitui um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil e, ao lado da cidadania, fundamentam o Poder do Estado brasileiro. Logo no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, já se tem a afirmação de que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Classicamente, democracia era entendida como um regime político que facultava a possibilidade dos cidadãos participar das decisões do seu Estado. No período clássico, a ideia de cidadão era restrita e não incluía determinados grupos, como mulheres e estrangeiros, à exemplo da Grécia (MACHADO SEGUNDO, 2009, p. 148). Igualmente, a ideia de direitos e deveres era menos articulada, de modo que havia uma distinção “entre a restrição decorrente de sua sujeição à arbitrariedade de outro homem, e a decorrente da lei, em cuja feitura ele participou, e cuja necessidade de respeito ele reconhece, podendo considerar, nesse sentido, autoimposta” (MACHADO SEGUNDO, 2009, p. 148). Via-se, pois, na participação política, no debate público e democrático, a forma de se construir a convivência em sociedade e resolver os problemas autonomamente, gozando das liberdades e das igualdades da época: tinha-se uma democracia direta.

Por volta dos séculos XVII e XVIII, o conceito evolui e a democracia passa a ser dominada pela modalidade representativa, através de representantes do povo eleitos pela maioria popular. Mais modernamente, entretanto, o conceito de democracia está muito mais ligado às silhuetas de cidadania e de proteção e promoção de direitos e garantias mínimas para o exercício da própria democracia, como explica Jucá:

[...] se na acepção clássica, democracia era apenas um tipo de regime político ou um conjunto de normas que se fundamentava na interferência do povo, titular soberano do poder, em outra perspectiva, na qual é qualificada de participativa, a democracia é mais do que isso: consiste em um processo dialógico, em um modo de vida, em uma forma de se viver em sociedade. [...] Logo, a democracia própria do Estado Democrático de Direito traduz-se na participação ativa do povo nas tomadas de decisão, representa a efetivação de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos e, necessariamente, considera o pluralismo inerente às complexas sociedades abertas e ativas da modernidade. (JUCÁ, 2010, p. 25-26).

Pensando-se em democracia num sentido que a atrela à defesa e à promoção de direitos – notadamente os fundamentais –, chega-se ao ponto de confluência da democracia com base nos valores maiores da Constituição (BARROSO, 2010, p. 5).¹ Assim, o espaço democrático também deve ser pensado como lugar onde a pluralidade de entendimentos se expressa, a partir do direito de liberdade, e onde as minorias ganham sobrevoz, valendo-se do direito de igualdade (MACHADO SEGUNDO, 2009, p. 145-146). Por certo que a real democracia somente se apresenta se correspondida pelo exercício da cidadania – participação consciente de direitos e deveres – elementos que, hoje mais do que nunca, andam de mãos dadas (JUCÁ, 2010, p. 35).

Nesta perspectiva, é pertinente que se tenha em conta que democracia e cidadania não se guardam nos limites dos clássicos conceitos cunhados, pois modernamente abrangem uma compreensão muito mais substancial e inclusiva. A democracia salienta Habermas, “não é mais determinada pelo conteúdo de uma forma de vida, que leva em conta os interesses generalizados de todos os indivíduos” (HABERMAS, 1980, p. 35), pois vai além, e de um lado, se vincula à ação política de opção, liberdade e contribuição efetiva (HABERMAS, 1980, p. 156), e de outro lado, se atrela a ideia de integral exercício da cidadania que, por seu turno, passa a ser visto como um direito fundamental, gerador de direitos e deveres ligados à participação nos assuntos públicos, à solidariedade, à justiça e à tolerância (GORCZEWSKI, 2010, p. 3019).

Ciudadanía y democracia son dos términos que van irremediabilmente unidos. La democracia es el único sistema político donde los ciudadanos juegan un papel determinante en la creación y mantenimiento de sus instituciones y formas de gobierno. No hay verdadera democracia sin suficiente participación de los ciudadanos, ni los individuos son considerados ciudadanos si no es un régimen democrático. [...] Ser ciudadano significa poder ejercer con garantías jurídica y política una serie de derechos humanos básicos y fundamentales y tener ciertos deberes políticos y jurídicos (PECES-BARBA, 2007, p. 123).

De outro lado, cabe ao Estado estar aberto para receber os impulsos sociais de participação na política, máxime quando tocar temas ligados aos direitos humanos e fundamentais. A partir disso, transparência, ética e canais de acesso aos assuntos públicos e ao Poder são chaves elementares. Aliás, modernamente, participação política é tida como o meio para que a comunidade possa alterar o presente e construir o seu futuro (GORCZEWSKI, 2011, p. 11). Todavia, tal investida somente terá sucesso se os canais de representação e de acesso popular ao Estado e ao Poder estiverem adequados e institucionalmente amparados (PÉCES-BARBA, 2007, p. 123), bem como se questões nefastas advindas da democracia neoliberal (LEAL, 2006, p. 31-33) forem objeto de imediata revisão.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS (SOCIAIS) COMO MIRADAS PRECÍPUAS DA DIGNIDADE HUMANA

Os direitos fundamentais são direitos que representam, protegem e promovem a essência do ser humano, a sua dignidade humana. São tão peremptórios, em relação a outros direitos ordinários, que se chega a dizer que independem de qualquer legislação estatal para que sejam defendidos (GORCZEWSKI, 2009, p. 28),² ainda que de forma autotutelar. Porém,

somente são plenamente exercidos em uma comunidade pacífica e organizada, a qual somente subsiste se protegida por direitos fundamentais, surgindo, assim, uma relação de reciprocidade e corresponsabilidade pela manutenção das estruturas (HESSE, 2009, p. 33-34).

No início de seu reconhecimento em Constituições, ou seja, durante os séculos XVIII e XIX, tratavam, em exclusivo, da defesa das liberdades básicas do cidadão,³ evitando interferências desmedidas ou ilegais do Estado na vida particular. São chamados de direitos de primeira dimensão (SARLET, 2010, p. 47-48). No início do século XX, além de manter a função de defesa, passaram a criar obrigações positivas à prestação de determinados direitos por parte do Estado.⁴ Esses ficam reconhecidos como direitos fundamentais de segunda dimensão (SARLET, 2010, p. 47-48). A partir da metade do século XX, os direitos fundamentais ganharam notável destaque e passaram a ser tidos como o ápice do ordenamento jurídico do Estado, razão de ser do Estado que, a partir deles, buscaria a dignidade da pessoa humana. No mesmo período, verifica-se o interesse por direitos difusos que abrangem toda a coletividade.⁵ Aparecem, assim, os direitos de terceira dimensão (SARLET, 2010, p. 48-50).

Contemporaneamente, a partir da ideia de constitucionalismo que se analisou, reconhece-se que os direitos fundamentais vertem da dignidade da pessoa humana e, é a partir deles, que se concretiza a dignidade humanam (SARLET, 2010, p. 95). Daí, já se pode extrair a sua singular importância e o porquê de serem positivados no documento jurídico de maior importância para o Estado.

Nessa mesma esteira podem-se inserir os direitos fundamentais sociais⁶ - expressão dos direitos fundamentais de segunda dimensão -, reconhecidos juridicamente no final do século XIX e início do século XX, com o advento do Estado Social e do engajamento na busca do Bem-Estar Social (*Welfare State*).⁷ Nesse âmbito, passou-se a buscar justiça social e igualdade material, máxime diante do fato de que os problemas verificáveis estavam além das forças dos particulares,⁸ demandando, por conseguinte, uma maior intervenção do Estado (LEAL, 1999, p.12), no sentido de se garantir, promovendo e regulamentando, o acesso às necessidades básicas materiais e imateriais, como alimentos, saúde, trabalho, educação, entre outros.⁹

No Brasil, palpavelmente desde a Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais sociais foram reconhecidos como direitos subjetivos de aplicabilidade imediata, passando e, assim, hodiernamente – e para fins de conceituação neste trabalho –:

Los derechos económicos, sociales y culturales conforman junto con los derechos individuales y políticos los soportes básicos del sistema de derechos fundamentales como asimismo, todos ellos constituyen derivaciones de la dignidad intrínseca de la persona humana y se fundamentan en ellos. [...] Los derechos económicos, sociales y culturales en cuanto derechos sociales fundamentales explicitan las exigencias de los valores de dignidad, igualdad y solidaridad humana, buscando superar las desigualdades sociales, generando el derecho de participar en los beneficios de la vida social, o al menos a un mínimo vital compatible con la dignidad humana a través de derechos y prestaciones brindadas directa o indirectamente por los poderes públicos (ALCALÁ, 2009, p.18/19).

Não obstante, se tem verificado que essa supremacia dos direitos fundamentais conduz a problemas que não seriam verificados se anuladas algumas das significantes máximas destes direitos. Nesse sentido, esclarece-se que os direitos fundamentais estão providos de qua-

tro significantes extremos. Primeiro, possuem grau de hierarquia extremo perante as outras normas. Segundo, têm valor jurídico impositivo extremo, vinculando a todos e sendo plenamente justiciáveis. Terceiro, regulam objetos de extrema importância perante o Estado e a Comunidade. E, por fim, quarto, carecem de extrema interpretação, pois são direitos de conteúdo principiológico e aberto. Ponderando esses quatro extremos, Alexy sustenta que:

O primeiro extremo é o *grau de hierarquia extremo* na ordem graduada do direito intrastatal. Isso resulta do mero fato que direitos fundamentais são direitos com hierarquia constitucional. O grau de hierarquia extremo seria de pouco interesse se não acrescesse o segundo, a *força de imposição extrema*. Dela dispõem direitos fundamentais quando eles, primeiro, vinculam todos os três poderes, portanto, também o dador de leis, e quando essa vinculação é controlada judicialmente, portanto, é justiciável. [...] Também a união entre grau de hierarquia extrema e força de imposição extrema iriam significar pouco se os direitos fundamentais regulassem questões especiais insignificantes. Rigorosamente o contrário é, porém, o caso. [...] Convertem-se em um problema real os três extremos tratados até agora, o grau de hierarquia extremo, a força de imposição extrema e os objetos extremamente importantes, primeiro, pelo enlace com um quarto problema, a medida máxima de necessidade de interpretação. [...] Tudo isso explica porque em todos os estados, dotados com catálogo de direitos fundamentais e jurisdição constitucional, sobre a interpretação dos direitos fundamentais, não só é refletido com calma, mas também litigado na arena política. Pode falar-se de uma luta pela interpretação dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p.49/50/51).

Tais extremos conduzem à contradição de que ao mesmo tempo em que direitos fundamentais são altamente democráticos eles são altamente não democráticos (ALEXY, 2008, p. 53). São democráticos porque protegem e promovem direitos elementares, como a vida, a liberdade, a saúde, os direitos civis, os quais são essenciais para manter o processo democrático em vigor. De outra banda, não são democráticos ao tempo que sempre colocam em dúvida o processo democrático, já que limitam à vontade da maioria e o uso do Poder pelos órgãos máximos do Estado.

Para autores como Dworkin (DWORKIN, 2010, p. 15) e Novais (NOVAIS, 2006, p. 28-29) essa situação ocorre porque direitos fundamentais são trunfos contra a maioria (NOVAIS, 2006, p.17), já que, por serem decorrentes da dignidade da pessoa humana e colocados no seio de um Estado Democrático de Direito que assume a pluralidade como um de seus elementos, acabam sendo barreiras contra o Estado, contra o Governo e contra as maiorias intolerantes. Assim, a decisão da maioria, ainda que legitimamente democrática, cede ao direito fundamental individual que é provido de especial resistência, notadamente pela dignidade humana (NOVAIS, 2006, p. 31). Isso não significa dizer, entretanto, que os direitos fundamentais são absolutos diante de tudo, pois existem casos em que, mesmo eles, precisam ceder, mormente diante de outros direitos fundamentais ou situações extremas (DWORKIN, 2010, p. 560).

Por assim seguir, pode-se perceber que direitos fundamentais representam normas abertas de direito, as quais necessitam de preenchimento semântico por parte de quem os analisa. Nesse aspecto, terá o Judiciário singular missão e, portanto, como defende Streck, além de “revelar a obviedade do óbvio” (STRECK, 2011, p. 10), carece estar verdadeiramente comprometido com uma hermenêutica constitucional que corresponda aos valores e princípios vigentes. Surge então, em plano destacado, a importância da jurisdição constitucional.

4 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A GUARDIÃ DOS VALORES CONSTITUCIONAIS

A jurisdição constitucional (BARROSO, 2011, p. 359) é o espaço no qual ocorre a atividade de controle dos atos praticados por Estado e Sociedade, e que tenham relevância jurídica constitucional, diante da Constituição, através do Poder Judiciário. No Brasil, seu exercício pode ocorrer por todos os tribunais ordinários – controle difuso de constitucionalidade – e mais agudamente por meio do Supremo Tribunal Federal – controle concentrado de constitucionalidade –, já que representa o topo da hierarquia da jurisdição constitucional (BARROSO, 2011, p. 359).

Por certo que a existência de normas de caráter eminentemente principiológico, como o são os direitos fundamentais, demandam preenchimento semântico em cada aplicação (HABERLE, 2002, p.4 2)¹⁰ e, no que tange ao Judiciário, isso não passou imune de críticas que apontam para fatores como a insegurança jurídica, paternalismo, interpretação inadequada da Constituição, repetição acrítica das jurisprudências construídas no passado, governo dos juízes,¹¹ politização da justiça, judicialização da política e ativismo judicial (BARROSO, 2011, p.360-366), até mesmo para a existência de um Direito Judicial em detrimento ao Direito Legal (CITTADINO, 2002, p.18).¹²

A questão aí está em reconhecer algumas balizas que, no Brasil, mormente a partir de 1988, com a Constituição Federal, foram fixadas. Primeiro há de se reconhecer que a atuação da jurisdição constitucional será sempre política, porém calcada em argumentos jurídicos (BARROSO, 2010, p. 385).¹³ Ainda, deve-se perfilhar que, uma vez colocada a Constituição como elemento superior da comunidade que se escora em direitos fundamentais e democracia – em seu consórcio, mormente –, sua proteção deve ser buscada sempre, o que pode se dar de forma parcial, ou seja, em seu favor. Logo, a própria jurisdição constitucional assim o fará (CITTADINO, 2009, p. 63-64). Em terceiro momento, não se deve olvidar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais que vincula e obriga todos a sua observação e cumprimento (LEAL, 2003, p.109-113).¹⁴

Assim, percebe-se que as críticas à jurisdição constitucional ocorrem, nem tanto no que toca a sua legitimidade para atuar em defesa da Constituição, mas sim na forma de como, quando e quanto atuar (LEAL, 2007, p.203),¹⁵ principalmente nos casos que envolvam questões de iminente caráter político ou de decisão majoritária, onde o eixo central estará entre democracia e direitos fundamentais. Atualmente, já se pensa num Poder Judiciário que consiga defender essas duas essencialidades – democracia e direitos fundamentais – o que, em outros termos, é assegurar as bases da Constituição, partindo da ideia de que a defesa dos interesses majoritários vai até os limites autorizados pelos direitos fundamentais.

Por isso, o Poder Judiciário de uma constituição republicana deve adotar duas espécies de posturas respeitadas em relação aos órgãos e processos de representação da soberania popular: uma postura de *deferência judicial* às decisões dos órgãos de direção política do Estado; e uma postura de *garantia e fortalecimento judicial do regime democrático*. [...] É verdade que deferência e respeito não podem significar, por um constitucionalismo republicano, reverência e muito menos subserviência. O poder judiciário é o guardião da constituição e do equilíbrio entre os direitos fundamentais e a soberania popular (MELLO, 2004, p. 178).

Exposto isso, é importante que se diga que muitas das críticas apresentadas dizem respeito ao Supremo Tribunal Federal como órgão que tem o Poder de dar a última palavra em matéria de controle de constitucionalidade, e não à jurisdição constitucional. Ou seja, o problema – se é que há problema – não está na jurisdição constitucional em si, mas em quem a conduz e, pior, a desvirtua, eventualmente.

A censura, nesse sentido, diz respeito às decisões – palpavelmente as de forte essência política – que são juridicamente insuficiente em sua argumentação, não possibilitando um controle posterior de sua conformação e/ou legitimidade constitucional. O uso do discurso bem articulado para ser juridicamente vazio ou para miopemente esquivar-se dos verdadeiros valores constitucionais tende a denegrir a imagem da jurisdição constitucional e deixa margens para dúvidas quanto à integridade do julgador e quanto o real comprometimento com a Constituição e com o Estado Democrático de Direito.

[...] infere-se que a crise do Judiciário brasileiro tem sido assim em grande parte a crise do Supremo, como instituição que é a cabeça desse Poder; crise, portanto de, um Tribunal não raro contraposto ao espírito da Constituição e de suas fórmulas principiológicas, das quais ele, por escrúpulo de envolvimento em questões políticas, às vezes se mantém reservado e arredo desertando não raro a causa constitucional e se dobrando involuntariamente a interesses que privilegiam o Poder mais forte, ou seja, o Executivo, o mais infrator dos Poderes no que tange ao princípio da separação de Poderes (BONAVIDES, 2011, p. 12).

Não obstante isso, por se tratar de uma linha tênue e sensível, não só a atuação do Judiciário, mas igualmente a consideração popular quanto a tarefa da jurisdição constitucional deve ser (re)pensada com vistas a uma ideia moderna de democracia, que reúna direitos e deveres que vão além dos clássicos votar e ser votado, realizando uma (re)leitura contemporânea dos contextos de representação, participação e deliberação, bem como com vistas ao constitucionalismo democrático que preenche a pauta jurídica-política atualmente (ALEXY, 2008, p. 163).

Como se vê, a relação entre direitos fundamentais e democracia se dá em um terreno conturbado que gera constantes tensões que os colocam a prova. Se está diante do problema que Rousseau há muito formulou: como “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedeça, contudo, a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes?” (ROUSSEAU, 1996, p. 20-21)

A formatação e os interesses perseguidos nesta quadra evolutiva do Estado Democrático de Direito exigem e dependem da existência integrada de direitos fundamentais e democracia, reconhecendo-se que se tratam de essencialidades distintas, mas que, sem um o outro resta prejudicado e vice-versa (HABERMAS, 2002, p. 285-295).

O Estado de direito (direitos fundamentais) exige a democracia, como consequência imposta pelo reconhecimento do princípio da igual dignidade de todas as pessoas que estrutura o edifício do moderno Estado de Direito. Por sua vez, do princípio da dignidade da pessoa humana decorrem *cooriginariamente* exigências de igualdade e liberdade individual que conduzem, de forma directa e necessária, à adopção da regra da maioria como princípio elementar de funcionamento do sistema político, pelo que, à luz dessa

construção, se não houver democracia não há verdadeiro Estado de Direito. [...] a referida integração resulta ainda, num movimento de sentido inverso, do facto de também a democracia exigir o Estado de Direito (direitos fundamentais). Sem um ambiente e uma cultura de direitos fundamentais não há verdadeira democracia: os direitos fundamentais são condição do regular funcionamento da democracia (NOVAIS, 2006, p. 19-20).

É importante que se reconheça, de outra banda, que eventuais controvérsias surgidas nesse contexto, nem sempre serão uma verdadeira tensão entre democracia e direitos fundamentais, mas, sim, em verdade, apenas debates que ocorrem na esfera dos interesses constitucionais (POST, 2007, p. 374), notadamente os de interesse político. Nesse sentido, é importante que se esteja atento as propostas de revisão constitucional (HESSE, 2009, p. 135) e as formas de interpretação constitucional (POST, 2007, p. 381), com fito a salvaguardar os verdadeiros valores e princípios da Constituição, mantendo-se um equilíbrio das relações democráticas e fundamentais, que advém da defesa da democracia e dos direitos fundamentais. Quiçá, esse seja o maior desafio da jurisdição constitucional e não, realmente, o mero controle de legalidade ordinário.

Neste ponto já se pode afirmar que no Estado Democrático de Direito não há como separar os direitos fundamentais da democracia, ambos se completam, se protegem e se necessitam. Aliás, tal lembrança é bem ponderada quando se considera que cabe ao Poder Judiciário à missão de zelar, em última instância, pelos princípios e valores eleitos pela comunidade, protegendo-os de violações, não importando se advindas da parcela majoritária ou da parcela contramajoritária.

5 CONCLUSÃO

A jurisdição constitucional deve partir da premissa de que está predestinada a vagar sobre o liame da justiça e da injustiça ao defender direitos fundamentais e democracia. Necessita, entretanto, lembrar e irromper reflexão em seus operadores que, tal qual a Justiça, é dita cega para manter-se equidistante e não para vendar-se a realidade e a suas feridas. Os direitos fundamentais sociais são bom exemplo desses traumas que precisam ser tratados mirando-se a plena dignidade da pessoa humana.

Sabe-se que questões desse cunho somente poderão ser adequadamente trabalhadas se contarem, de um lado, com a pluralidade que a democracia propicia e, de outro lado, com o verdadeiro respeito aos direitos fundamentais do ser humano, limites que são para a vontade de outros. Daí porque a defesa concomitante da democracia e dos direitos fundamentais trata-se de uma questão de importância singular quando se mira a dignidade humana em um Estado Democrático de Direito. Não há como pensar as essencialidades em apartado, já que entre elas existe uma próxima relação de reciprocidade necessária.

Tal qual a Constituição, a jurisdição constitucional, tem seu real poder no simbólico, advindo da crença das pessoas nela e em suas disposições como justas. Logo, necessita de apoio e dedicação daqueles que sob sua proteção estão, agindo de uma lado democraticamente e, de outro, antidemocraticamente, quando da defesa de direitos fundamentais sociais, máxime quando ameaçados por questões desalinhadas ao texto e objetivos constitucionais.

Constitutional jurisdiction, democracy and (social) fundamental rights in the constitutional and democratic state

Abstract

This article seeks to analyze relevant concepts of constitutional jurisdiction, the current idea of democracy and fundamental rights - highlighting fundamental social rights - in a democratic State, starting from the knowledge of the rules, values and principles of the Brazilian Constitution of 1988. In this context, seeks to work with these three elements in their relations, seeking to understand the relevance of Constitutional Jurisdiction in the promotion of democracy and fundamental rights. Intended, therefore, with the support of the deductive method and critical-historical procedure, to approach the historic and contemporary concepts, the function and the importance of democracy, fundamental rights and Constitutional Jurisdiction.

Keywords: Constitutional jurisdiction. Democracy. (social) Fundamental Rights. Constitutional and Democratic State.

Notas explicativas:

¹Constitucionalismo e democracia são conceitos que se aproximam, frequentemente se superpõem, mas que não se confundem. Eventualmente, pode haver até mesmo tensão entre eles. Constitucionalismo traduz, como visto, limitação do poder e Estado de direito. Democracia identifica, de modo simplista, soberania popular e governo da maioria. Pois bem: a Constituição se impõe, muitas vezes, como instrumento de preservação de determinados valores e de proteção das minorias, inclusive, e, sobretudo, em face das majorias e de seu poder de manipulação do processo político (BARROSO, 2010, p. 5).

² [...] *hay principios que determinan la equidad de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos organismos o personas, (ii) que un sistema de regulación, aun cuando en realidad es reconocida por los organismos que tienen acceso a los aparatos coercitivo del Estado, no puede considerarse como un derecho, sino para satisfacer a los principios que se alude en el párrafo anterior* (NINO, 1989, p. 16).

³ Como exemplos liberdade de locomoção, a propriedade, a vida, o direito de contratar.

⁴ Como a assistência social, a alimentação, o trabalho.

⁵ Como exemplo cita-se o direito ao meio ambiente saudável, direitos de comunicação, direitos de relações de consumo equilibradas.

⁶ Leia-se para este artigo direitos fundamentais sociais como os direitos fundamentais sociais, culturais e econômicos.

⁷ Vale a advertência de Garcia-pelayo (1996, p.14): *El concepto de Welfare State se refiere capitalmente a una dimensión de la política estatal, es decir, a las finalidades de bienestar social; es un concepto mensurable en función de la distribución de las cifras del presupuesto destinadas a los servicios sociales y de otros índices, y los problemas que plantea, tales como sus costos, sus posibles contradicciones y su capacidad de reproducción, pueden también ser medidos cuantitativamente. En cambio, la denominación y el concepto de Estado social incluyen no sólo los aspectos del bienestar, aunque estos sean uno de sus componentes capitales, sino también los problemas generales del sistema estatal de nuestro tiempo, que en parte pueden ser medidos y en parte simplemente entendidos. En una palabra, el Welfare State se refiere a un aspecto de la acción del Estado, no exclusiva de nuestro tiempo - puesto que el Estado de la época del absolutismo tardío fue también calificado como Estado de bienestar -, mientras que el Estado social se refiere a los aspectos totales de una configuración estatal típica de nuestra época.*

⁸ A sucessão de períodos de recessão econômica, acompanhada de altas taxas de desemprego, a necessidade dos pobres e desamparados (viúvas, órfãos, e todos aqueles que, por vários motivos, não têm o suficiente para viver), trouxe a exigência de um envolvimento direto do Estado no sentido de propiciar a superação destas dificuldades, a fim de manter a estabilidade social (MOREIRA, 2002, p. 73).

⁹ Ana Paula Barcellos (2007, p. 101) acertadamente coloca a situação da época: Com efeito, a partir do fim do século XIX e início do XX, verificou-se de forma clara que o homem idealizado pelo liberalismo - cuja única necessidade era sua própria liberdade, suficiente para assegurar uma vida digna para si próprio e sua família - não existia mais. A garantia dos direitos individuais clássicos tornou-se insuficiente, na medida em que o Estado deixou de

ser o único opressor. A lógica aleatória e impessoal do mercado capitalista livre era capaz de negar aos indivíduos bens absolutamente fundamentais, a despeito da liberdade garantida e do empenho destes em obtê-los. Sem essas condições materiais mínimas, e.g., de educação, saúde, alimentação, informação, etc., os direitos individuais e políticos eram pouco mais do que papel e tinta.

¹⁰ Tal preenchimento não ocorre apenas pelo Poder Judiciário, mas por todos que buscam a interpretação das disposições de caráter aberto da Constituição. Assim, salienta Häberle: “Muitos problemas e diversas questões referentes à Constituição material não chegam à Corte Constitucional, seja por falta de competência específica da própria Corte, seja pela falta de iniciativa de eventuais interessados. Assim, a Constituição material “subsiste” sem interpretação constitucional por parte do juiz. Considerem-se as disposições dos regimentos parlamentares! Os participantes do processo de interpretação constitucional em sentido amplo e os intérpretes da Constituição desenvolvem, autonomamente, direito constitucional material. Vê-se, pois, que o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional” (HÄBERLE, 2002, p. 42).

¹¹ Das críticas até este momento indicadas, ver Maus: O judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Cebrap (2000, p. 135-139). De qualquer forma destaca-se o seguinte trecho: “Esses dois conceitos emancipatórios são postos radicalmente em questão por meio da ascensão da Justiça à qualidade de administradora da moral pública. A mencionada introdução de pontos de vista morais e de “valores” na jurisprudência não só a arma com maior grau de legitimação, imunizando assim suas decisões contra qualquer crítica, mas também conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular. Toda menção a um dos princípios “superiores” ao direito escrito leva - quando a Justiça os invoca - à suspensão das disposições normativas individuais e a decidir o caso concreto de forma inusitada” (MAUS, 2000, p. 314).

¹² “[...] os novos textos constitucionais, ao incorporarem princípios, configurarem Estados Democráticos de Direito, estabelecerem objetivos e fundamentos do Estado, asseguram o espaço necessário para interpretações construtivistas por parte da jurisdição constitucional, já sendo possível falarem um ‘direito judicial’ em contraposição a um ‘direito legal’” (CITTADINO, 2002, p.18).

¹³ “Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são, como se sabe, *jurídico*, mas a natureza de sua função é inegavelmente *política*, aspecto que é reforçado pela exemplificação acima. Sem embargo de desempenhar um poder político, o Judiciário tem características diversas das dos outros Poderes. É que seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários. E é bom que seja assim. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder para que seja desempenhado por agentes públicos selecionados com base no mérito e no conhecimento específico. Idealmente preservado das paixões políticas ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas Leis. Mas o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado Democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade” (BARROSO, 2010, p. 385).

¹⁴ Todas esses fundamentos, foram melhor sintetizados, com alguma paixão, é verdade, pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, quando asseverou em: “Nenhum dos Poderes da República, Senhor Presidente, pode submeter a Constituição a seus próprios desígnios ou a manipulações hermenêuticas ou, ainda, a avaliações discricionárias fundadas em razões de conveniência política ou de pragmatismo institucional, eis que a relação de qualquer dos Três Poderes com a Constituição há de ser, necessariamente, uma relação de respeito incondicional, sob pena de juízes, legisladores e administradores converterem o alto significado do Estado Democrático de Direito em uma palavra vã e em um sonho frustrado pela prática autoritária do poder. [...] Constitui função do Poder Judiciário preservar e fazer respeitar os valores consagrados em nosso sistema jurídico, especialmente aqueles proclamados em nossa Constituição, em ordem a viabilizar os direitos reconhecidos aos cidadãos [...] É preciso, pois, reafirmar a soberania da Constituição, proclamando-lhe a superioridade sobre todos os atos do Poder Público e sobre todas as instituições do Estado, o que permite reconhecer, no contexto do Estado Democrático de Direito, a plena legitimidade da atuação do Poder Judiciário na restauração da ordem jurídica lesada e, em particular, a intervenção do Supremo Tribunal Federal, que detém, em tema de interpretação constitucional, e por força de expressa delegação que lhe foi atribuída pela própria Assembleia Nacional Constituinte, *o monopólio da última palavra*” (MELLO, 2008, p. 10-17).

¹⁵ Bonavides (2011, p. 2): “Há que distinguir, portanto, entre legitimidade da jurisdição constitucional e legitimidade no exercício dessa jurisdição. A primeira é pacífica, conforme o entendimento da doutrina; a segunda, controversa”.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. **Derechos fundamentales y garantías constitucionales: derechos sociales fundamentales**. Tomo 3. Santiago: Librotecnia, 2009.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851>>. Acesso em: 3 dez. 2011.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

_____. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GARCIA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. 2. ed. Madrid: Alianza, 1996.

GORCZEWSKI, Clóvis. Apresentação. In: **Direitos humanos e participação política: vol. II**. _____. (Org.). Porto Alegre: Imprensa Livre, 2011.

_____. **Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

_____. Participação política como exigência intrínseca para o reconhecimento da cidadania. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. (Coord.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A Crise de Legitimação no Capitalismo Tardio**. Tradução Vamireh Chacon. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1980.

_____. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUCÁ, Roberta Laena Costa. **O direito fundamental à participação popular e a consolidação da democracia deliberativa na esfera pública municipal**. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Disponível em: <uol01.unifor.br/oul/conteudosite/?cdConteudo=1135570>. Acesso em: 22 Ago. 2010.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como princípio**: os limites da jurisdição constitucional brasileira. Barueri: Manole, 2003.

_____. **Jurisdição Constitucional Aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição na ordem democrática. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. Considerações hermenêuticas sobre os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito. In: GORCZEWSKI, Clóvis (Org.). **Direitos humanos e participação política**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2011.

_____. **Estado, administração pública e sociedade**: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Fundamentos jurídicos do mínimo existencial enquanto categoria operativa de direito fundamental social. **Rivista della cooperazione giuridica internazionale**. Milano: Edizioni Nagard, 1999.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do ordenamento jurídico**: liberdade, igualdade e democracia como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível. 2009. Tese (Doutorado em Direito Constitucional), 2009.

MAUS, Ingborg, O judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. In: **Novos Estudos**, n. 58. São Paulo: CEBRAP, novembro, 2000.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MOREIRA, Alexandre Mussoi. **A transformação do Estado**: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

NINO, Carlos Santiago. **Ética e derechos humanos**: un ensayo de fundamentación. Barcelona: Editorial Ariel, 1989.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra editora, 2006.

PÉCES-BARBA, Gregório. **Educación para la ciudadanía y derechos humanos**. Madrid: Editorial Espasa, 2007.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**. v. 42, n. 2, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Constituição ou barbárie?**: a lei como possibilidade emancipatória a partir do estado democrático de direito, Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=12&Itemid=29>. Acesso em: 3/6/2011.

