

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: LEGITIMIDADE E (IN)SEGURANÇA JURÍDICA?

Luiza Ferreira Odorissi*, Mestranda, Unisc, RS
Civana Silveira Ribeiro**, Mestranda, Unisc, RS

Resumo

A Jurisdição Constitucional tem recebido cada vez mais destaque no contexto democrático. Com a evolução do Estado, a Constituição passou a servir como ordem normativa, resultante do desenvolvimento cultural e máxima expressão do contrato social. Os Direitos Fundamentais, vistos não somente como pretensões individuais (dimensão subjetiva) servem como ordem valorativa para todo o ordenamento jurídico (dimensão objetiva). Dessa forma, incorporados ao texto constitucional e assumindo um caráter principiológico, servem como fundamento material para a ordem democrática, de forma que somente é possível a sua concretização, mediante a interpretação e aplicação ao caso concreto. Inúmeras são as críticas ao papel desempenhado pela Jurisdição Constitucional, tendo em vista, necessitar da atividade criativa do Poder Judiciário na decisão do caso concreto.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Direitos Fundamentais. Constituição. Poder Judiciário. Atividade criativa.

1 PERSPECTIVAS TEÓRICAS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PAPEL DESEMPENHADO PELA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A jurisdição constitucional tem desempenhado desde a Revolução Francesa, em 1789, um papel cada vez mais destacado no contexto democrático. Objetivando resgatar e fortalecer a noção da dignidade da pessoa humana e da democracia propriamente dita, diversos movimentos passaram a ocupar lugar de destaque nas Constituições.

A Revolução Francesa, cuja deflagração ocorreu simbolicamente com a queda da Bastilha em 1789, foi o grande marco histórico do Estado Moderno. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão inaugurou a nova ideologia, fundada na Constituição, na separação dos poderes e nos direitos fundamentais (CAMBI, 2011).

A Declaração de 1789 inaugurou uma nova fase, para a qual os revolucionários franceses se preparavam desde o século XVIII, embasados em fontes filosóficas e ideológicas que os impulsionaram fortemente à feitura de um mundo novo, de uma nova era histórica que se

* Advogada; Mestranda do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul; Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (Unifra); Bolsista CAPES luodorissi@gmail.com

** Advogada; Mestranda do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul; Professora do Curso de Graduação em Direito da Universidade da Região da Campanha; civana@rosulonline.com.br

opunha ao regime antigo, marcado pela opressão aos direitos humanos e à soberania popular. Em pouco tempo, os brados de liberdade, igualdade e fraternidade fizeram desmoronar o universo de desigualdades que havia entre os indivíduos e grupos sociais (REIS; FONTANA, 2011).

A confiança na razão do Iluminismo abriu o caminho para o Século das Luzes. Inspirado no sistema político constitucional inglês, cujo regime tinha como objetivo principal a liberdade, Montesquieu desenvolveu a teoria da separação dos poderes (CASTRO JÚNIOR, 1998). A principal contribuição é dada através do princípio da limitação recíproca dos poderes, estabelecendo a separação das funções legislativas, executivas e judiciárias, cada uma com seus órgãos específicos e por cidadãos diferentes.

Muito embora existam indícios que levem a crer acerca da existência de uma Constituição já na Idade Antiga, é à Idade Moderna, contudo, que se atribui a verdadeira “invenção” da Constituição (LEAL, 2009).

Considerada um pacto civilizatório, especificamente no âmbito democrático, Leal (2009, p. 11) discorre que a Constituição assume a função de ser “[...] um projeto civilizatório fundamentando-se no princípio da dignidade da pessoa humana.”

Em idêntico sentido tem-se:

La Constitución no se limita solo a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino La expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un mérito de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos. (HÄBERLE, 2000, p. 34).

A partir da Revolução Francesa e diante da queda do modelo feudal, a forma concentrada de organização do poder político, fundado na vontade divina perde força. Após a excessiva opressão sofrida durante o Estado Absolutista, abre-se espaço para a teoria do contrato social, que, partindo do pressuposto de que o indivíduo está no centro da teoria política, coloca o Estado como sendo criado por um pacto firmado entre homens livres e iguais a que ele delegam a função de assegurar as suas liberdades e os seus direitos (LEAL, 2007).

Com a instauração do Estado Liberal, os franceses reivindicavam o direito a vida, liberdade, propriedade, igualdade e, na segunda metade do século XIX, os direitos políticos – relativos à participação política do cidadão (SARLET, 2001). Esta primeira dimensão de direitos é considerada de cunho negativo, uma vez que não se exige a participação do Estado, mas sim uma abstenção por parte deste.

A ideia de direis subjetivos desempenhou um papel central na compreensão liberal de direito, estabelecendo limites dentro dos quais o indivíduo poderia empregar, livremente, a sua vontade.

Neste contexto, o princípio da separação dos poderes procura enfeixar poderes típicos e distintos a cada um deles. O Poder Executivo, fruto da insatisfação popular, quando o Judiciário, por suas ligações explícitas com o soberano, cedem espaço a uma verdadeira predominância do Poder Legislativo.

O papel reservado ao Judiciário encontra-se vinculado ao Empirismo Exegético, movimento de interpretação silogística da norma:

O juiz aparece proibido de interpretar a lei, cabendo a ele, tão-somente, a tarefa de aplicar a norma (geral) ao caso concreto (subsunção). Trata-se, portanto, de um verdadeiro silogismo lógico, em que a primeira desempenha o papel de premissa maior, enquanto o fato consiste na premissa menor, podendo-se extrair, daí, uma conclusão de caráter dedutivo. (LEAL, 2007, p. 24).

Em idêntico sentido, Cambi (2011) afirma que neste período houve uma neutralização política da atividade judicial. O lugar privilegiado da lei como fonte do direito neutralizava o papel do juiz que, ao aplicar o direito, somente deveria fazer a subsunção do fato à norma. Os órgãos judiciais deveriam se mover em um quadro jurídico-político pré-constituído, não podendo julgar *contra legem*, valendo-se apenas da racionalidade formal, desprovida de referências sociais, éticas ou políticas. O importante é que a lei fosse aplicada, independentemente do seu conteúdo.

Posteriormente, sérias consequências conduziram a uma nova tensão social: O século XIX testemunha um período sem igual na exploração do homem pelo homem. Embora o reconhecido avanço tecnológico, a Revolução Industrial prosperou à custa do sacrifício da classe operária que sobrevivia em condições deploráveis. Desta forma, amplos movimentos reivindicatórios, no decorrer do século XIX, atribuíram ao Estado um comportamento ativo no reconhecimento dos direitos sociais, resultando em um novo modelo estatal, denominado Estado Social. Os direitos da segunda geração são os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades (BOBBIO, 2004).

Pode-se dizer que o desafio do Estado Social é garantir a justiça social efetiva aos seus cidadãos, no sentido do desenvolvimento da pessoa humana, ao mesmo tempo em que se respeite o ordenamento jurídico. Significa dizer que este Estado se encontra marcado por preocupações éticas voltadas aos direitos e prerrogativas humanas/fundamentais (LEAL, 2000).

O Estado Social alterou profundamente a relação entre Estado e sociedade, cabendo a ele não apenas impedir, mas, principalmente, empenhar-se em promover a justiça constitucional:

Enquanto o Estado Liberal apenas protegia as liberdades negativas, de cunho eminentemente individual, o que era coerente com a neutralização política do Judiciário, o Estado Social trabalha com as liberdades positivas. Com isso, passa-se a exigir do poder público, condutas positivas (obrigações de fazer), no sentido de prestar ações materiais voltadas à efetivação de direitos de proteção ou de prestação. (CAMBI, 2011, p. 195).

Percebe-se que até a edição da declaração francesa, o indivíduo era considerado isoladamente, sem considerar a sua inclusão em grupos e comunidades, o que, na verdade, fez nascer apenas uma igualdade abstrata. Com o surgimento da Revolução Industrial, as necessidades não mais seriam individualizadas, como na primeira dimensão de direitos, passando a ser sociais, de tal maneira que as novas garantias haveriam de suprir as opressões – agora de cunho econômico (REIS; FONTANA, 2011). Assim, não mais bastava uma garantia formal das liberdades, visto que o poder econômico concentrado nas mãos de poucos tolhia a quase totalidade das liberdades de todos.

Nesta perspectiva, rompe-se com a noção de liberdade absoluta, tradicionalmente conferida ao Poder Legislativo pela teoria liberal moderna, que focalizava, no aspecto representativo, a legitimidade desse poder e fazia com que ele fosse, num certo sentido, superior aos demais. Assim, a crise desse modelo engendra, portanto, a necessidade de alterações no papel

do Estado de feição intervencionista, onde o polo de tensão do poder desloca-se, então, ao Poder Executivo (LEAL, 2007).

Assim, as reações a esta noção política de Constituição, representada pelos direitos sociais – de natureza positiva, que colocam em evidência a discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo, não tardaram a aparecer, surgindo, na teoria constitucional, discussões que reclamavam um resgate a uma revalorização da normatividade do texto constitucional (LEAL, 2007).

O princípio da separação de poderes é “reinventado”, eis que já não seria mais possível admitir-se uma divisão estanque de atribuições. Exige-se uma visão cooperativa dos poderes, especialmente do Legislativo, que delega enorme parcela de poderes ao Executivo, por meio de decretos-leis ou delegações legislativas que veiculem juridicamente as transformações sociais esperadas ansiosamente pela sociedade (SAMPAIO; CRUZ, 2001).

Diante desse quadro, há uma importante alteração acerca da atuação do Poder Judiciário. Se no Estado Liberal o Judiciário era caracterizado pela sua neutralidade política, no Estado Social, a explosão de litigiosidade, marcada pela busca de efetivação dos direitos fundamentais sociais, ampliou a visibilidade social e política da magistratura. Passou a ser cobrada pela concretização dos direitos constitucionais (CAMBI, 2011). O desempenho judicial adquiriu maior relevância social, mas também começou a ser mais questionado pelos meios de controle social (especialmente pela imprensa), tornando-se objeto de controvérsia pública e política.

No entanto, a partir do fim dos anos 1970, iniciou-se uma prolongada crise do Estado Social, uma vez que, o Estado não conseguiu responder, adequadamente, às demandas de participação efetiva e cotidiana da cidadania, na definição de políticas públicas e prioridades políticas emergentes, exigindo-se outras formas de viabilização e compromisso com a sociedade (LEAL, 2000).

Na passagem para o Estado Democrático de Direito, especialmente em face do recrudescimento da ideia dos direitos fundamentais e da noção de dignidade humana, a Constituição acaba, mais do que nunca, assumindo uma função principiológica, assentada em dispositivos de textura aberta, numa estrutura que permite uma aferição ampla de seus conteúdos na realidade cotidiana, isto é, em face da vida constitucional propriamente dita:

Dentro deste novo contexto, ao reacear deixar a Constituição a mercê da discricionariedade do legislador, a teoria da Constituição Dirigente acaba entregando a decisão sobre as questões constitucionais ao Judiciário, especialmente porque o ponto central e nuclear desta nova ordem jurídica reside na concretização desses direitos, fazendo com que o papel dos órgãos judiciais de controle de constitucionalidade passe a ser fundamental, ou seja, a Constituição passa a depender, essencialmente, de mecanismos que assegurem as condições de possibilidade para implementação de seu texto. (LEAL, 2007, p. 40).

Ao lado da constitucionalização dos valores ligados à dignidade da pessoa humana, que ocasionou o surgimento dos direitos fundamentais, tem havido, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, um forte movimento em favor da internacionalização desses valores, com base na crença de que eles seriam universais. É neste contexto que surgem os direitos de terceira dimensão, fruto do sentimento de solidariedade mundial que brotou como reação aos abusos praticados durante o regime nazista. Conforme Leal (2007), o ser humano passa a ser visto não apenas como

uti singulus, mas principalmente no aspecto *uti socius*, pois prevalece uma noção de sociedade solidária, constituída justamente a partir das relações sociais, onde os valores não são dirigidos ao desenvolvimento do homem enquanto ser isolado, mas enquanto integrante do meio coletivo.

Ainda no que tange às diversas dimensões de direitos fundamentais, é de se destacar a existência de uma quarta geração. Esta geração é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, correspondendo à derradeira fase de institucionalização do Estado Social. Tais direitos corresponderiam ao direito ao pluralismo, à democracia, à informação, dentre outros (BONAVIDES, 2007).

Essa sucessão geracional implica mudanças quantitativas e qualitativas na noção de direitos fundamentais que conduziram tanto ao seu alargamento quanto à sua transformação:

Assim, por um lado dá-se a “descoberta” de novos direitos fundamentais, seja em todas aquelas novas situações em que a dignidade da pessoa humana se defronta com graves e distintas ameaças exigindo uma proteção jurídica ao nível constitucional, seja como resultado da “decomposição” ou “recomposição” de “clássicos” direitos fundamentais que vão dando origem a outros, seja ainda em virtude de densificação e de mutação em proteção subjetiva de regras, até aí, simplesmente destinadas a uma tutela (ou garantia) objetiva. Por outro lado, verifica-se a modificação da própria noção dos direitos fundamentais, pois, na actualidade (ao fim de três gerações – e, sabe-se lá, quantas mais virão?) estes já não se limitam apenas às tradicionais liberdades, mas passaram a incluir também direitos de prestação e direitos de participação (procedimentais e processuais). (SILVA, 2001, p. 28).

O que se vislumbra, é uma severa crise calcada na constatação de que a Constituição, nos moldes em que está sendo talhada pelos conceitos neoliberais e globalizantes, não pode mais ser tido como a “ordem jurídica fundamental da sociedade”, eis que não é representativa dessa mesma sociedade: se os códigos forma outrora, a expressão da legalidade, as Constituições são, agora, a essência da legitimidade. Sem legitimidade, não há democracia e, sem democracia, não prevalece o Estado Democrático de Direito (LEAL, 2009).

A Constituição passa a ser entendida não mais como mero instrumento de garantia contra o poder absoluto do Estado (como foi no período liberal clássico), ou como simples mecanismo de direção política (como no constitucionalismo social), mas sim como expressão máxima dos valores eleitos pela comunidade que a adota, isto é, como materialização do contrato social de ma ordem democrática, caracterizadora do modelo de Estado Democrático de Direito (LEAL, 2007).

Nesse contexto, já não há mais uma clara separação entre Estado e sociedade, uma vez que seus canais de comunicação mesclam-se de forma intensa. Em uma sociedade aberta, a democracia se desenvolve por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante da realização dos direitos fundamentais (HÄBERLE, 1997).

Essa realidade acaba por atribuir às Constituições uma natureza aberta, carente de concretização em face da realidade, o que demanda, por sua vez, uma atividade criativa por parte dos Tribunais, de natureza notadamente hermenêutica e dependente de decisões que definam a extensão de cada um desses direitos, especialmente quando em conflito com outros direitos

também fundamentais, caso em que não há uma resposta pronta e acabada, ficando a solução dependente da argumentação e dos elementos que se conectam com a situação (LEAL, 2007).

Acerca da modificação do papel da Constituição tem-se:

La Constitución, em este sentido, encarna um proyecto político bien articulado, y, portanto, no se limita a fijar las reglas del juego, sino que participa directamente em el mismo, condicionando futuras decisiones, mediante la incorporación de um denso contenido normativo, compuesto de valores, principios, derechos fundamentales y directrices a los poderes públicos. (CRUZ, 2006, p. 22).

A democracia como algo que significa mais que a atribuição ao povo da titularidade do poder constituinte. Conforme Böckenförde (2000, p. 52), significa dizer que “[...] o povo não é somente a origem e o portador último de poder que exerce o domínio político, mas sim, que ele mesmo exerce este poder que possui e possuirá em todo momento.” O povo não somente domina, como também governa.

A Constituição democrática se compõe de elementos reais e ideais, estatais e sociais. Conforme Häberle (2000) pode-se citar a *dignidade humana*, como premissa que deriva da cultura de todo um povo; a *soberania popular*, como uma fórmula identificadora de uma colaboração que se renova cada vez mais aberta e responsável; a *Constituição vista como um pacto*, no qual se formulam objetivos educacionais e valores possíveis e necessários; o *princípio da separação dos poderes*, tanto em sua concepção estatal mais estrita, quanto no sentido plural mais amplo; e o *Estado de Direito e o Estado Social de Direito* como princípio de abertura da cultura estatal e demais garantias dos direitos fundamentais, a independência do Poder Judiciário, etc.

Acerca do novo papel da Constituição, Häberle (1998, p. 46) sugere que deve ser vista como obra de todos os intérpretes, denominando-a de Constituição viva:

Las Constituciones vivas, como obra de todos los intérpretes de la Constitución em una sociedad abierta, son más bien, de acuerdo com su forma y su contenido, expresión y mediación de cultura, marcos para la recepción y (re)producción cultural, así como archivo cultural para las informaciones, las experiencias, las vivencias y el saber popular recibidos.

Após a Segunda Guerra Mundial, os países europeus, que vivenciaram a falha da proteção de seus direitos, optaram por Cortes Constitucionais centralizadas, diretamente responsáveis pela garantia dos direitos constitucionalmente assegurados.

Conforme alguns autores, este processo deve-se, em especial, à (re)democratização em sentido amplo, ocorrida no segundo pós-guerra, cujo reflexo foi a incorporação e positivação, pelos textos constitucionais, dos direitos fundamentais, acompanhada de desconfiança com relação ao critério da maioria, utilizado como legitimação do nazifascismo, fazendo com que a tarefa de preservação dessa vontade fosse confiada à justiça constitucional (HÄBERLE, 1998).

O Tribunal Constitucional e o Poder Judiciário, conforme Cruz (2006) são compatíveis não apenas com o princípio da democracia, como também, com o da separação dos poderes. A tarefa do juiz consiste em decidir metodicamente, de maneira correta e segundo o Direito vigente os diferentes casos que se apresentam e, fundamentar suas decisões de tal maneira que sejam aceitáveis tanto para as partes como para o público interessado.

Acerca das atribuições do Tribunal Constitucional, tem-se:

Tiene como misión concretizar los derechos fundamentales, es decir, optimizarlos em todas las direcciones, de tal manera que la Constitución permanece continuamente abierta. Por outro lado, em esa relación creativa, el legislador tiene la preferència, pero el Tribunal, em tanto que ejerce um control último sobre aquél, tiene la supremacia. De este modo, el juez constitucional se convierte em el 'señor de la Constitución'. (CRUZ, 2006, p. 26).

Assim, as Cortes aparecem como a maneira mais eficaz de proteger a normatividade da Constituição, eis que o governo e o parlamento tenderiam sempre a interpretá-la de forma parcial e consentânea com seus interesses. Somente um órgão isento da disputa política, composto por membros independentes, poderia exercer essa função, mantendo o equilíbrio entre os poderes (LEAL, 2007).

2 A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Um dos aspectos marcantes na atuação do Tribunal Constitucional alemão (Bundesverfassungsgericht) é a sua capacidade construtiva no sentido de fortificação e de consolidação dos direitos fundamentais (LEAL, 2007). Isso se deve em parte, à constatação, baseada nas experiências ditatoriais, de que o mero Estado de Direito formal não é suficiente para assegurar os direitos, pelo menos enquanto reconhecidos como meras cláusulas gerais.

Neste contexto, para evitar que a Constituição seja vazia, torna-se preciso recorrer a uma teoria de valores, que pressupõe uma vinculação também material das leis. Conforme Leal (2007), em outras palavras, as normas constitucionais passam a ser vistas, também, como referenciais de valor e como diretivas, o que acaba por conferir ao controle de constitucionalidade, uma nova dimensão.

Sarlet (2001) discorre ser a partir da decisão Lüth-Urteil, de 1958, que o Tribunal Constitucional, considerou que os direitos fundamentais passam a ser, para além da sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo ordenamento jurídico.

Dessa forma, os direitos fundamentais passam a ser concebidos segunda uma dupla estrutura:

Junto a su concepción tradicional como derechos subjetivos frente al poder público, aparecen como normas objetivas de principio o decisiones valorativas que expresan um contenido axiológico de validez universal y que, tomadas em conjunto, dan origen a um sistema de valores. Dicho sistema de valores afecta no solo al ordenamiento constitucional, sino también al ordenamiento jurídico em su conjunto. (CRUZ, 2006, p. 7).

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à característica desses direitos de, em maior ou em menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou então essa dimensão de expressa no poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas. Nesta perspectiva, os direitos fundamentais correspondem á

exigência de uma ação negativa (em especial, de respeito ao espaço de liberdade do indivíduo) ou positiva de outrem, e, ainda, correspondem a competências – em que não se cogita de exigir comportamento ativo ou omissivo de outrem, mas do poder de modificar-lhes as posições jurídicas (MENDES, 2009).

Nesse sentido, pode-se citar:

A visão subjetiva considera que os direitos são pretensões de vontade, sendo instrumentos para a realização de interesses individuais, que integram a autonomia pessoal, o que permite que cada um decida se pretende exercitar ou renunciar aos seus direitos. (CAMBI, 2011, p. 103).

Por outro lado, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional.

A dimensão objetiva dos direitos nada mais é do que a capacidade que esses direitos possuem de se irradiar pelos diversos ramos do ordenamento jurídico, como manifestação da “ordem de valores” que eles representam (MARMELSTEIN, 2011). Ela é fruto de um dever específico de proteção que obriga que os direitos fundamentais sejam levados em conta na hora da tomada de decisões pelos agentes públicos.

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As Constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos (MENDES, 2009).

Dessa forma, todas as leis devem ser interpretadas e limitadas pelos direitos fundamentais, cujo conteúdo de valor deve ser protegido. Conforme Leal (2007), tal posição acaba por provocar, por conseguinte, o que se poderia denominar como uma “mudança de efeito” na relação entre direitos e legislação, pois dado o seu caráter impositivo, aqueles passam a ter predomínio sobre esta última. Tal efeito é chamado de eficácia de irradiação, na medida em que esses direitos, em sua condição de direito objetivo, fornecem diretrizes para a aplicação e para a interpretação de todo o direito infraconstitucional.

3 CRÍTICAS À ATIVIDADE CRIATIVA DO PODER JUDICIÁRIO

A postura ativa do Poder Judiciário tem sido alvo de inúmeras críticas, que afirmam que ao se valer, o Tribunal Constitucional, desses recursos, acaba por incorporar e desempenhar funções de caráter tipicamente legislativo, violando, dessa forma, o princípio de separação dos poderes tradicionalmente estabelecido.

Conforme Castro Júnior (1998), a composição democrática da função judiciária já era defendida por Montesquieu, quando leciona que o poder de julgar não deve ser outorgado a um

senado permanente, mas exercido por pessoas extraídas do corpo do povo num certo período do ano, de modo prescrito pela lei, para formar um tribunal que dure apenas o tempo necessário.

A desneutralização do Judiciário, pela admissibilidade de ponderação de princípios, concretização de direitos fundamentais e controle de políticas públicas indispensáveis a sua realização, permite que os juízes passem a ser cobrados não apenas pelas decisões (jurídicas/políticas) tomadas, segundo a hermenêutica constitucional que adotarem, mas também que suas decisões encontrem amparo na vontade popular (CAMBI, 2011).

No entendimento de Maus (2000), a transformação da Constituição em uma “ordem de valores” confere às determinações constitucionais individuais (através da abertura de suas formulações) uma imprecisão tal, capaz de suprir e ampliar voluntaristicamente os princípios constitucionais positivados. No sopesamento de valores do Tribunal Constitucional manifestam-se vários critérios óbvios de eficiência que não encontram no texto constitucional o menor ponto de apoio. As garantias constitucionais escritas são contrapostas desse modo, à reserva de idiosincrasias não escritas dos aparatos econômicos e políticos.

Não se trata simplesmente do crescimento na ampliação objetiva das funções do Judiciário através do aumento do poder da interpretação, da crescente disposição de litigar ou, de modo especial, da consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, sobretudo, no continente europeu após as duas guerras mundiais. Essa evolução é acompanhada por uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa. (MAUS, 2000, p. 126).

O Poder Judiciário é chamado para exercer uma função socioterapêutica, corrigindo desvios na consecução das finalidades a serem atingidas para a proteção dos direitos fundamentais, além de assumir a gestão da tensão entre a igualdade formal e a justiça social. O exercício da jurisdição contemporânea depende da sensível pré-compreensão social das questões envolvendo a efetivação dos direitos fundamentais (CAMBI, 2011).

Maus (2000) ainda refere que a Constituição passa a ser não mais compreendida – tal qual nos tempos da fundamentação racional – jusnaturalista da democracia – como documento da institucionalização de processos e de garantias fundamentais das esferas de liberdades capazes de garantir todos esses processos políticos e sociais, mas como um texto fundamental do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos. O Tribunal Federal Constitucional realizada em muitos de seus votos de maioria “teologia constitucional”.

Diante do processo de construção das decisões, o Estado Democrático estar-se-ia transmutando, assim, em um “Estado Jurisdicional”, uma vez que os novos textos constitucionais, ao incorporarem princípios típicos do Estado Democrático de Direito, asseguram o espaço necessário para interpretações construtivistas por parte da jurisdição constitucional, que resultam numa tendência de agigantamento do papel desempenhado pela jurisdição dentro dessa nova ordem (LEAL, 2011).

4 CONCLUSÃO

Desde a Segunda Guerra Mundial a jurisdição constitucional passou a assumir um papel de destaque no sentido de garantia e efetivação dos direitos fundamentais. Da sua neutralidade no período liberal à sua posição ativista, no Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário possui a função de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com a constatação de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, estes deixam de ser apenas uma pretensão individual (dimensão subjetiva) para também significar uma ordem impositiva, valorativa, que confere um caráter vinculante ao irradiar-se por todo ordenamento jurídico.

Outrossim, a Constituição acaba assumindo uma função principiológica, exigindo para sua concretização, uma complexa atividade interpretativa, tendo em vista, que somente se faz possível em face da realidade. A Carta Constitucional deve ser vista como expressão máxima dos valores culturais eleitos pelos cidadãos, como materialização do contrato social de uma ordem caracterizadora do Estado Democrático de Direito.

Diante desse contexto, a jurisdição constitucional é chamada para não somente exercer um silogismo lógico do fato a norma (Estado Liberal), mas sim, de acordo com princípios e direitos consagrados constitucionalmente, alterar e/ou construir interpretações ao fato concreto.

Diante da atuação evidenciada, o Poder Judiciário passa a colecionar inúmeras críticas à ao papel desempenhado, quer seja por significar uma invasão nas esferas de atribuições classicamente atribuídas aos poderes Legislativo e Executivo – sendo chamados de “Senhores da Constituição” – quer seja pela (in)segurança jurídica das suas decisões.

Entendemos, no entanto, que a Jurisdição Constitucional deve ser vista como um local em que seja possível pôr em prática o efetivo exercício da cidadania, praticando os atos próprios de uma democracia, com a real participação dos cidadãos na função decisória.

A crítica da invasão nas esferas dos demais poderes não merece prosperar, tendo em vista que, após incansavelmente desejarmos e lutarmos por uma sociedade igualitária e democrática e atualmente, poder vivê-la, ao mesmo tempo em que cada poder deve ser autônomo e independente, todos devem atuar em prol da garantia dos direitos constitucionalmente consagrados.

Da mesma forma merece descrédito a crítica a (in)seguranças das decisões proferidas pelo Judiciário. De acordo com nosso entendimento, mostra-se indispensável a intensa e permanente integração entre a norma e a realidade, para que, a partir da interpretação, a Constituição se renove a cada dia, a fim de cumprir a sua missão de ordem jurídica fundamental da comunidade.

Desse modo, a interpretação passa a ser uma decorrência natural da condição de abertura e indeterminação do texto constitucional, demandando a intensa e crescente atividade criativa por parte dos Tribunais Constitucionais.

Constitutional jurisdiction as assurance of effective of Fundamental Rights: legitimate and legal security/unsecurity?

Abstract

Constitutional Jurisdiction has received ever more prominent in the democratic context. With the evolution of the state, the Constitution went on to serve as a normative order, resulting in maximum expression and cultural development of the social contract. The fundamental rights, seen not only as individual claims (subjective dimension) serve as an order of values for the entire legal system (objective dimension). Thus, built into the constitutional text and taking a principled character, serve as a foundation material for a democratic order, so that only you can achieve them through interpretation an application to individual cases. There are numerous criticisms of the role played by the Constitutional Jurisdiction, in order, require the creative activity of the judiciary in the deciding the case.

Keywords: Constitutional Jurisdiction. Fundamental Rights. Constitution. Judiciary. Creative activity.

REFERÊNCIAS

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

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **A Democratização do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CRUZ, Luis Mario. **Estudios sobre el Neoconstitucionalismo**. México: Editorial Porrúa, 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. **Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

_____. **Teoría de la Constitución como ciência de la cultura**. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Amicus Curiae: Instrumento de Abertura e de Democratização da Jurisdição Constitucional ou Mecanismo Judicial de Legitimação das Decisões? Uma análise da sua função justificadora no Recurso Extraordinário n. 597.165/DF. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. **Direitos Sociais & Políticas Públicas – Desafios Contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

_____. Constituição, Trabalho e Cidadania em Tempos de Neoliberalismo: Força Normativa da Constituição x Realidade na Garantia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: LEAL, Mônia Clarissa Hennig; CECATO, Maria Aurea Baroni; RÜDIGER, Dorothee Susanne. **Trabalho, Constituição e Cidadania**: Reflexões acerca do papel do Constitucionalismo na ordem Democrática. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

_____. **Jurisdição Constitucional Aberta**: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – Uma abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como Superego da Sociedade – Sobre o papel da atividade jurisprudencial da “sociedade órfã”. Tradução Martonio Mon’t Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. **Novos Estudos**, São Paulo: CEBRAP, n. 58, nov. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REIS, Jorge Renato dos; FONTANA, Eliane. Direitos Fundamentais Sociais e a Solidariedade: notas introdutórias. In: **Direitos Sociais e Políticas Públicas – Desafios Contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Vasco Pereira da. “Todos diferentes, todos iguais” – Breves considerações acerca da natureza jurídica dos Direitos Fundamentais. In: **Direitos Fundamentais & Justiça**, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 5, n. 16, jul./set. 2001.

