

## A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL INTERVENTIVA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: aspectos relevantes

*Candisse Schirmer<sup>1</sup>*

*Janaina Machado Sturza<sup>2</sup>*

*Rodrigo Cristiano Diehl<sup>3</sup>*

**Resumo:** O presente estudo aborda os impactos da jurisdição constitucional interventiva, considerando o Estado Democrático de Direito. São pontuados e discutidos os principais aspectos que permeiam uma sociedade democrática de Direito, onde se tem a noção de soberania e participação popular. Cortejado esses aspectos, apresenta-se o tratamento jurídico do tema no Brasil a partir da Constituição da República de 1988 e os deveres do Estado perante o cidadão. Ao constatar as insuficiências na atuação por parte do Estado, apresenta-se o novo modelo de Estado Democrático de Direito, onde, através da jurisdição constitucional interventiva, a atuação do Poder Judiciário exige provimentos concretizadores dos objetivos, finalidade e princípios definidos pela sociedade. Para tanto, utilizou-se o método hermenêutico, baseado em levantamento bibliográfico.

**Palavras-Chave:** Constituição da República; Direito Fundamentais; Estado Democrático de Direito; Jurisdição Constitucional Interventiva.

**Abstract:** This study addresses the impact of interventional constitutional jurisdiction, considering the democratic rule of law. Are pointed and discussed the main aspects that underlie a democratic society of law, where there is the notion of sovereignty and popular participation. Courted these aspects, presents the legal

---

<sup>1</sup> Professora da FADISMA nas áreas de Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional. Vice-Coordenadora da Graduação do Curso de Direito da FADISMA. Coordenadora do Núcleo de Estudos de Direito Internacional da FADISMA. Colaboradora do Núcleo Experimental de Webcidadania da FADISMA. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, área de concentração em Demandas Sociais e Políticas Públicas. Linha de pesquisa: Políticas Públicas de Inclusão Social. Especialista em Direito Tributário e em Direito do Estado pela REDE LFG. Integrante do grupo de pesquisa “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNISC, coordenado pela Pós-Dra. Marli Marlene Moraes da Costa. (candisse@fadisma.com.br).

<sup>2</sup> Advogada, Especialista em demandas Sociais e Políticas Públicas, Mestre em Direito pela UNISC e Doutora em Direito pela UNIROMA III. Professora no programa de pós graduação em direito - mestrado e na graduação em direito na UNIJUI e professora na graduação em direito na Faculdade Dom Alberto.

<sup>3</sup> Acadêmico do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Integrante dos grupos de pesquisa “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, coordenado pela Pós-Dra. Marli Marlene Moraes da Costa; “Direitos Humanos”, coordenado pelo Pós-Dr. Clovis Gorczewski; e “Teorias do Direito”, coordenado pela Dra. Caroline Muller Bitencourt, ambos do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNISC e certificados pelo CNPq. Atualmente é bolsista de Iniciação Científica da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - FAPERGS (Edital 2013-2014), tendo como projeto de pesquisa “O (Re)estabelecimento da Comunicação entre os Atores Sociais da Comunidade Local a partir do Capital Social: Transpondo a Alienação Social para a Implementação da Justiça Restaurativa”, coordenado pela Pós-Dra. Marli Marlene Moraes da Costa. (rodrigocristianodiehl@live.com).

treatment of the theme in Brazil from the Constitution of 1988 and the state's duties to the citizen. Noting the shortcomings in the performance by the State, has become the new model of democratic rule of law, where, through the intervening constitutional jurisdiction, the action of the Judiciary requires constructors provisions the objectives, purpose and principles set by society. For this, we used the hermeneutic method based on bibliographic.

**Key-words:** Constitution of the Republic; Fundamental Right; Interventional Constitutional Jurisdiction; Rule of Law.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Desde os primórdios das sociedades organizadas surgiram também os primeiros indícios do que hoje conhecemos como Estado e ligado com este nascimento floresceu também as diversas formas de governos, sejam elas puras (monarquia, aristocracia e democracia) ou impuras (tirania, oligarquia e demagogia).

Após períodos democráticos e outros não tão democráticos na história brasileira como nos instituídos pelas Constituições de 1937 e de 1967, a Carta da República de 1988 adveio como inovadora, ao elencar inúmeros direitos que antes eram simplesmente denegados e, com isso adota o regime de Estado Democrático de Direito, que tem por base a legitimidade do povo, ou seja, nenhum indivíduo, governante ou cidadão comum está acima da lei.

Neste sentido, é o império da lei que se impõe, devendo significar que mesmo o legislador deve se vincular a própria lei que cria, tendo sempre presente que a função legislativa não pode se tornar instrumento para a efetivação do poder arbitrário. Esta vinculação do legislador à lei só é possível quando a mesma é dotada de propriedades/pressupostos como moralidade, razoabilidade e justiça, por exemplo. As legislações destes Estados devem expressar a vontade da população, não aos caprichos de reis, ditadores ou militares e, por conta disso a sociedade estará disposta a obedecer às suas próprias leis.

Em linhas gerais, o presente ensaio possui a precípua finalidade de analisar o poder político, que passa a ser entendido como oriundo de um processo histórico e cotidiano de constituição da sociedade, mediado pela gestão dos interesses sociais e privados, sendo localizado num tempo e num espaço, o que significa dizer que tanto o poder político quanto as leis que regem a civilização são

um somatório de tradições, usos, costumes, etc., exprimindo uma síntese valorativa de cada sociedade em cada lugar e em cada tempo.

## 1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: CONCEITOS GERAIS

O Estado Democrático de Direito tem como uma de suas características principais a legitimidade, entendida em sua forma mais ampla, abrangendo desde a origem do seu poder, passando pelo seu exercício e desembocando na sua finalidade enquanto Estado. Devido a isto, tem suas bases edificadas a partir da Revolução Francesa, mais precisamente no Estado de Direito.

Com as transformações ocorridas na América com a Revolução Americana e, na Europa com a Revolução Francesa, o Estado de Direito já era possuidor de uma forma de Estado Constitucional, onde todo o ordenamento jurídico estava subordinado a uma lei maior, neste caso, a Constituição. Ao descreverem a Constituição como um código formal e rígido, e nele conter a separação dos poderes e declarações de direitos, acreditou-se que isso seria suficiente para que fosse garantia aos cidadãos da limitação do poder do Estado, através da relativização da soberania. (BARROS, s/d).

A conduta do Estado é modificada, ao ponto de não ser mais considerado um Estado Liberal neutro, longe dos conflitos da sociedade, mas sim, um Estado que se autodenomina como agente transformador na realidade social, buscando inclusive “estabelecer formas de vida concretas, impondo pautas públicas de vida boa”. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p. 59).

Neste contexto, esse Estado Social foi utilizado de fundamento para o novo paradigma do Estado Democrático de Direito, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, onde a herança deixada pelo holocausto e as consequências das bombas atômicas, auxiliaram no surgimento e massificação dos movimentos sociais dos anos 60 e 70, como o movimento *hippie*, os movimentos estudantis e o movimento feminista.

Diante dessa constatação, Marcelo Cattoni (2002, p. 62) ressalta que os novos movimentos sociais, como o movimento estudantil de 1968, a luta por direitos das minorias e os movimentos contraculturais, foram considerados como a nova esquerda, ou ainda, a esquerda não-estalinista que criticava duramente o

Estado de Bem-Estar - “denunciando os limites e o alcance das políticas públicas, as contradições entre capitalismo e democracia”, bem como ao Estado de Socialismo Real – “a formação de uma burocracia autoritária, desligada das aspirações populares, cunha a expressão”.

Explica, ainda, José Baracho (2000, p. 167) que a superação do Estado Social se deu em razão da incapacidade de observar o caráter privado, fundamental à própria dimensão pública, “enquanto *locus* privilegiado da construção e reconstrução das estruturas de personalidade, das identidades sociais e das formas de vida”. Nesse cenário que a dimensão pública deve resguardar o pluralismo social e político, construindo “condição *sino qua non* de uma cidadania ativa e efetiva, que se reconstrói quotidianamente na ampliação dos direitos fundamentais à luz da Constituição, vista como um processo permanente”. Justamente a diminuição do público ao estatal conduziu aos excessos praticados pelo Estado Social e sua doutrina.

No entanto, esta imposição da limitação do poder do soberano logo se mostrou como sendo uma utopia na era liberal, devido ao fato de se verificar que a lei, mesmo sendo criada por agentes do poder legislativo em nome do povo e na busca pelo interesse comum, não fossem raros os casos em que agredia a constituição e, por decorrência violava direitos e garantias fundamentais.

A partir disso, criou-se a necessidade de instituir um instrumento capaz de garantir a liberdade individual contra o arbítrio político mediante a carta constitucional escrita, isto é, a concretização das garantias de direitos e liberdades através do controle de constitucionalidade das leis. Bem como, advinda da garantia da liberdade pela Constituição, sobreveio também, a garantia da própria Constituição através da inconstitucionalidade de leis que a agrediam. (BARROS, s/d).

Nesta linha, James e Alexander (1993, p. 478) asseveram que

procedendo a um exame da repartição judiciária do governo proposto e analisando a utilidade e a necessidade de uma judicatura federal – já havia afirmado que a interpretação das leis é uma província própria e peculiar das cortes e que uma constituição é, de fato, e deve ser considerada pelos juízes uma lei fundamental e que, portanto, cabe a estes verificar o significado dela, assim como o significado de qualquer ato particular procedente da corporação legislativa, de tal modo que, se suceder que exista uma discordância irreconciliável entre ambos, aquele que tiver validade e obrigatoriedade superiores deve, certamente, ser preferido; ou, em outras palavras, a Constituição deve ser preferida à lei: a intenção do povo, à intenção dos seus agentes.

Sendo assim, este processo de descaracterização da soberania estatal se viu concretizada com a evolução do Estado Liberal para o Estado Social de Direito, mais precisamente, no auge da plenitude jurídica onde se encontra o Estado Democrático de Direito, sendo alcançado pela terceira dimensão dos direitos humanos, aqueles denominados de direitos de solidariedade (Etiene-R Mbaya) ou direito de fraternidade (Karel Vasak), definidos como o direito de todos, e por consequência, dever não mais só do Estado, mas sim de toda a comunidade.

Portanto, tem como pressuposto a proteção de toda a humanidade, no âmbito internacional através do direito à paz, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, da autodeterminação dos povos, e no âmbito interno por meio do “direito ambiental, direito do consumidor, dos idosos, bem como a proteção dos bens que integram o patrimônio artístico, histórico, cultural, paisagístico, estético e turístico.” (SARMENTO, 200\_).

A respeito desta dimensão de direitos humanos, Sarlet (2007, p. 50) destaca que

trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. [...] Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. Cuida-se na verdade do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.

Embora exista na doutrina argumentos que refutam esta dimensão, um deles é de que o mesmo carece de proteção jurídica, no entanto, esta visão somente pode ser aceita para aquele indivíduo que só reconhece o positivado, aquele que pode ser reclamado perante um juiz, indicando o dispositivo legal. Afirmando esta ideia, Gorczewski (2009, p. 77) disciplina que “todos começaram com uma clamação por justiça, tornaram-se bandeiras de reivindicações políticas, para então, terminarem positivados”. Argumentando que o fato que esses direitos “não estarem no momento da positivação, não significa não serem direitos, estão cumprindo seu caminho histórico”. A partir disto, pode-se observar uma mudança

na postura e visão do Estado, quando passa de ser somente a figura representante do poder, para o ser capaz de garantir o equilíbrio econômico-social.

Ainda, significa isso o entendimento de um direito de participação, em que toda a sociedade organizada exerça importante função de controle e conformador do Estado, pluralista, respeitando os preceitos das matizes sociais, na busca pela aplicação de todas as dimensões de direitos e garantias fundamentais. Sendo assim, “não importa ter direitos sociais ou, mesmo, proteção aos direitos difusos se não há garantias mínimas de que a atuação estatal, principalmente no âmbito jurisdicional, não atingirá os indivíduos em seus direitos fundamentais”. (PELLEGRINI, 2004, p. 8).

Conseqüentemente, segundo Pellegrini (2004), quando o Estado Democrático de Direito passa por uma análise, a sua estrutura pode ser entendida como “aberta a revisão”, pois não se encontra em um modelo fechado, padrão estanque. Neste ponto, Soares (2001, p. 306) revela que

O Estado Democrático de Direito distribui igualmente o poder e racionaliza-o, domesticando a violência, convertendo-se em império das leis no qual se organiza autonomamente a sociedade. Este tipo de Estado não é uma estrutura acabada, mas uma assunção instável, recalcitrante e, sobretudo, falível e revisável, cuja finalidade é realizar novamente o sistema de direitos nas circunstâncias mutáveis, ou seja, melhor interpretar o sistema de direito, para institucionalizá-lo mais adequadamente e para configurar o seu conteúdo mais radicalmente.

Destarte, até os dias atuais a legalidade dos atos da administração e a independência dos próprios tribunais integram o núcleo central do princípio do Estado Democrático de Direito. Contudo, diante da tendência da política em alcançar suas finalidades da forma mais livre possível, permanece uma aquisição ameaçada que justamente por isso, fica subordinada ao amparo constitucional. (GRIMM, 2006).

Assim, com a nova ordem constitucional instituída com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo primeiro, estabelece que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Sendo assim, para que se tenha um Estado Democrático de Direito efetivamente constituído nos princípios acima referidos é indispensável que todo o poder emane do povo, e que este poder seja centrado na proteção e concretização dos direitos e garantias fundamentais.

Igualmente, segundo Elias Diaz (1978, p. 45), a democracia é um dos modos de exercício do poder com a finalidade de proteger direitos e garantias, deste modo

significa que a técnica pela qual o poder, advindo da vontade popular, é exercido, deve coadunar-se aos procedimentos preestabelecidos mediante leis elaboradas por representantes eleitos, isto é, deve obedecer ao princípio da legalidade na execução do poder, pelo que o ato de autoridade tem validade segundo sua conformação legal, o que liga toda a execução da lei à origem, que é a vontade popular. (...) Enfim, é o **Estado Democrático de Direito** que se apresenta como organização político-estatal possibilitadora de uma legalidade legítima, que se funda nos direitos fundamentais criados soberanamente pelo próprio povo, destinatário e coautor da ordem jurídica. É nesse Estado que a autonomia política atua contra a arbitrariedade de um poder mediante sua domesticação pelo jurídico.

Neste contexto, pode-se afirmar que a tarefa primordial do Estado Democrático de Direito incide na superação das desigualdades sociais através da criação de políticas públicas eficientes que favoreçam a instauração de um regime democrático, tendo como base a justiça social. (SILVA, 1994).

A partir desta concepção de superação das desigualdades sociais, vale referir-se ao princípio aristotélico de - tratar os iguais de forma igual, e os desiguais de forma desigual, proporcional a sua desigualdade. Fazendo com que surja, na ciência jurídica, a distinção entre igualdade formal e a igualdade material. A primeira se classifica como sendo aquela igualdade perante a lei, como disciplina o artigo 5º da CF/88 quando veta qualquer tipo de discriminação. Já a igualdade material, por sua vez, pode ser entendida como aquela proteção jurídica especial às parcelas da sociedade que costumam figurar em posição de desvantagem.

Portanto, a Carta da República além de instituir um Estado Democrático de Direito, baseado na instauração de uma sociedade justa e solidária que protege e promove os Direitos e Garantias Fundamentais, entre eles a ter uma vida privada, a não intervenção, em regra, do Estado na vida particular, ao direito a intimidade, ao acesso à educação e tratamentos de saúde de qualidade.

Diante de tal cenário, quando se compreende o texto das Constituições como elemento material da realização de uma sociedade socialmente justa, a ideia de auto legislação, segundo a qual os destinatários das leis devem ser entendidos, ao mesmo tempo, como seus autores, ganha a dimensão política de uma sociedade que atua sobre si mesma. (LEAL, 2006).

Neste ínterim, existe uma relação muito próxima entre o processo de democratização da sociedade e o processo de transformação da mesma, privilegiando a produção de relações e de possibilidades conceituais e operacionais de poder. Tal ponto de partida “implica reconhecer que o processo de democratização do poder e da sociedade é permanente e longo”. (LEAL, 2006, p. 74).

Reconhece-se que a ideia de um Estado Democrático de Direito está assentada na ideia de uma sociedade democrática de direito, que por sua vez está ligada à noção de soberania e participação popular, que pode se dar tanto na forma direta, quanto na forma indireta. (LEAL, 2006).

Neste novo modelo experimental de estado e Sociedade Civil, a função do primeiro não é só garantir a igualdade de oportunidades aos diferentes projetos de institucionalidade democrática, mas também garantir padrões mínimos de inclusão que tornem possível à cidadania ativa criar, monitorar, acompanhar e avaliar o desempenho dos projetos de governo e proteção da comunidade. Esses padrões mínimos de inclusão são indispensáveis para transformar a instabilidade institucional em campo de deliberação democrática. (LEAL, 2006, p. 153).

Neste sentido, ser cidadão está intimamente ligado às práticas sociais e culturais que dão sentido de pertencimento desta cidadania com seu espaço e tempo e fazem com que se sintam diferentes aqueles que possuem uma mesma língua, formas semelhantes de organização e de satisfação das necessidades. Tal cidadania apresenta-se como constituidora de ações fortes e emancipadoras. (LEAL, 2006).

Assim sendo, conectando interesses multifacetados e muitas vezes antagônicos é que o Estado Democrático de Direito vai surgir, como espaço político e jurídico de gestão comunicacional e, através de seu corpo administrativo, desenvolver ações políticas de gestão a fim de fazer prevalecer a vontade geral. (LEAL, 2006).

## 2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL INTERVENTIVA<sup>4</sup>

Modernamente, as relações políticas são marcadas pela prevalência do princípio da soberania popular, pressupondo-se um uso público da razão por todos os cidadãos e entre eles e suas representações. As ações políticas, que são aquelas voltadas para o direito dos outros, devem estar em concordância com o direito e com a moral, devendo ser públicas e ao mesmo tempo exigidas de todos. A sociedade moderna está assentada na ideia de democracia.

Para ser democrático, pois, deve-se contar, a partir das relações de poder estendidas a todos os indivíduos, com um espaço político demarcado por regras e procedimentos claros, que efetivamente assegurem, de um lado, espaços de participação e interlocução com todos os interessados e alcançados pelas ações governamentais e, de outro lado, o atendimento às demandas públicas da maior parte possível da população. (LEAL, 2007, p. 37)

Em seu começo, o modelo de estado tripartite foi extremamente radicalizado, estabelecendo-se uma separação de poderes e atribuições que chegavam a ser incomunicáveis. Neste cenário, enquanto instâncias meramente operativas de atribuições pré-determinadas pelo sistema normativo, sem qualquer interação com a sociedade, houve o afastamento dos poderes da sociedade em geral.

A separação dos poderes, conforme previsto na Constituição, nada mais é do que uma forma de as instituições se apresentarem democráticas à sociedade. Todavia, as competências e atribuições conferidas pela Constituição são, muitas vezes violadas, como é o caso da excessiva produção legislativa pelo Executivo, por meio de medidas provisórias e a intervenção do Poder Judiciário em temas de atribuição de outros poderes.

Neste processo de mutação social, o judiciário deu respostas às demandas que lhe eram impostas: ora se mostrou neutro e distanciado dos problemas reais do mundo, acreditando que poderia resolver todos os problemas somente com o sistema lógico-normativo. Ora se mostrou ativista e voluntarioso, passando a crer que tudo poderia resolver com os comandos sentenciais decorrentes do *ius imperium* que detinha.

---

<sup>4</sup> Capítulo baseado na obra: LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na democracia contemporânea** – uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

É certo que isto tem ocorrido, em certa medida em face do algum grau de complexidade das demandas e mesmo da exclusão social gerada pelo atual modelo de crescimento econômico nacional, divorciado de um programa de desenvolvimento social consuetâneo, fazendo com que os Poderes Estatais sejam tensionados a estabelecer mediações à manutenção de níveis de civilidade suportáveis junto à barbárie, evitando/minimizando a guerra ou a desobediência civil já instalada em diversos microterritórios urbanos e rurais, seja com projetos de lei que tentam retificar os erros cometidos ao longo de nossa história, ampliando a responsabilidade comunitária/solidária para com os mais necessitados, seja com medidas judiciais compensatórias – quase nunca satisfativas – à pacificação parcial daqueles conflitos, seja com ações administrativas mais curativas que preventivas para gestar o caos em que a cidadania se encontra. (LEAL, 2007, p. 38)

Entre os juristas, modernamente, há uma tendência de reduzir os deveres do Estado ao controle do ordenamento jurídico vigente, negando o ideologismo e a política que permeia o processo legiferante e de aplicação da lei e do direito.

No entanto, o novo modelo Estado Democrático de Direito exige, enquanto gestor público (em todas as esferas de poderes), provimentos concretizadores dos objetivos, finalidades e princípios definidos pela Constituição Federal. Isso porque nossa democracia está baseada na ideia de representação/participação social através de vínculos institucionais e não-institucionais, que demarcam o que se quer em termos de sociedade e país.

A cultura da legalidade extremada limita as ações do Estado aos termos permissivos (ou negativos) do sistema jurídico posto tem como finalidade regular o Poder, trazendo a concepção de que todos os bens e interesses, desde que não violadores da ordem jurídica, são permitidos e disponíveis.

O conceito de cidadania envolve a concepção de direito de representação política, definindo o cidadão como indivíduo nacional que é titular dos direitos eleitorais de votar e ser votado e de exercer cargos públicos. Os poderes estatais, por sua vez dividem-se para que não arquem com poderes e responsabilidades em excesso e para que se comprometam, uns em relação aos outros, mantendo a ordem, a segurança e a paz coletivas.

As instituições, a cidadania e Poderes do Estado estão estabelecidos na Constituição, que também traz em seu bojo normas para aquisição e uso do poder e os fins a atingir na República, o que implica na problematização das razões fundamentais da obrigatoriedade do poder político, justificando a autoridade do Estado, os limites e os direitos por todos assumidos.

A partir da primeira metade do século XX, o crescimento econômico dissociado do desenvolvimento social marca o início de um processo de exclusão social e marginalização que leva à revisão da Democracia representativa e suas instituições (públicas e privadas), o que atinge, também, os Poderes do Estado, porque são eles os depositários da vontade e soberania popular.

Advém disso um dos principais fatores de ampliação e concentração de força por parte do Poder Executivo nos Estados Ocidentais, que chamou pra si a responsabilidade de atendimento das demandas sociais emergentes em detrimento do Poder Legislativo, que se ocupou de questões mais fisiológicas.

Da mesma forma, pode-se perceber uma ampliação de perspectiva funcional do Poder Judiciário, consequência do aumento dos níveis de tensão e confronto das camadas sociais. Surge, então, um Estado – Juiz mais comprometido com a manutenção e a pacificação das relações sociais.

Em primeiro plano, um Judiciário que vai se ocupar mais do tema que envolve a independência dos Poderes entre si e das formas de controles do exercício destes poderes pelos diferentes órgãos da administração Pública e do Legislativo. Em segundo lugar, um Judiciário que vai operar mais no âmbito preventivo das violações dos direitos individuais e coletivos, dando maior efetividade à jurisdição como espaço de garantia e concretização das regras formais estabelecidas pelo sistema jurídico como um todo. (LEAL, 2007, p.47)

Não se trata, portanto, de um judiciário ligado necessariamente à concepção axiológica de Constituição como fundamento de validade de todo o sistema jurídico, mas com certeza, um Estado que se pode chamar de Constitucional.

Sob tal perspectiva, o Estado Constitucional traz um certo deslocamento da primazia da lei à primazia da constituição, um certo deslocamento da reserva da lei à reserva da constituição e outro deslocamento do controle jurisdicional de legalidade ao de constitucionalidade.

Na mesma senda, ampliando o significado de Norma Constitucional, que significa a ordem fundamental de uma sociedade, os direitos fundamentais deixaram de ser percebidos, fundamentalmente, numa relação meramente vertical Estado/Cidadão, para se conceberem a partir de mecanismos horizontais de garantia e proteção das relações sociais e intersubjetivas.

Assim, a Constituição deve desenvolver força jurídica, e não deve fazê-lo somente por meio da ciência jurídica, mas também pela sociedade como um todo, que deve passar a conhecer e a usufruir das normas constitucionais.

Conforme os cenários sociais vão se desenhando, também o Poder Judiciário vai mudando sua postura, porque o aumento das demandas gera déficits de direitos fundamentais, pressionando todos os poderes a darem respostas às novas demandas.

Cada uma dessas instituições, a sua maneira, relaciona-se de formas diferentes com a sociedade: o Executivo, pela via dos serviços e políticas públicas, com investimentos compensatórios, preventivos e curativos em face dos problemas que lhe ocorrem; o legislativo com menos atividade legiferante de iniciativa própria e mas comportamentos de controle e aferição política do Executivo; o Judiciário, avançando na direção de garantidor das prerrogativas constitucionais e infraconstitucionais de toda a comunidade, bem como desenvolvendo algumas ações de concretização de direitos que, a despeito de previstos no sistema normativo, não têm recebido a devida atenção dos demais Poderes estatais. (LEAL, 2007, p. 52)

Se a postura do Estado Democrático de Direito deve vir ao encontro das medidas urgentes voltadas às garantias da dignidade da pessoa humana, no sentido de minimizar os efeitos do crescimento, este estado de que falamos está sendo cooptado por interesses outros, muito mais privados do que públicos, o que torna avassalador o seu afastamento em face da sociedade civil.

Assim, o perfil do Estado tem sido o de interventor, realizando ajustes não estruturais e meramente conjunturais, que apenas tem o condão de estancar ou diminuir os níveis de mazelas provocadas.

Por isso que, em grande parte dos países emergentes, como é o caso do Brasil, pode-se visualizar um judiciário promovedor de medidas judiciais compensatórias e, em alguns casos, satisfativas para determinadas demandas, como são exemplos as decisões judiciais que determinam o fornecimento de medicamentos.

Na verdade, o que se discute é o correto dimensionamento das diferenças constitutivas das atividades/funções legislativas, executivas e judicantes numa ordem democrática e os significados disto em uma Democracia Representativa.

Numa sociedade em que a comunicação política se dá de forma autônoma, os institutos da Democracia Representativa devem ganhar força e relevo, no seguinte sentido: o Legislativo resgata a sua função de formulador de ações

voltadas ao atendimento dos interesses comunitários; o executivo mantém-se adstrito às suas funções concretizadoras do projeto de vida eleito pela sociedade e; o judiciário opera sua condição republicana, no sentido de dar guarida às regras do jogo das ações e tensões vigentes no espaço público.

Estas ideias se sustentam numa perspectiva de normas jurídicas que funcionam como uma correia de transmissão de valores e princípios que consolidam estruturas sociais e culturais de mútuo reconhecimento e interação entre os sujeitos de direito.

Neste sentido, o sistema jurídico tem como uma de suas principais funções estabilizar as expectativas sociais e, ao mesmo tempo, assegurar simetricamente as relações de reconhecimento recíproco entre sujeitos de direito portadores de direitos individuais.

O modelo de discurso/ação deliberativo na democracia refunda a noção de contrato social, no sentido de conceber a comunidade regulada normativamente como constituída não pela forma do contrato jurídico avençado entre os seus pares e criador do Estado, mas constituída pelo processo discursivo/ativo da construção de consensos fundada em valores conscientemente compartilhados.

Os espaços públicos e privados voltados para o entendimento e o consenso possuem várias faces, passando pela via institucional do Estado e também pela representação da soberania popular e pelas organizações sociais e de mercado não-estatais. Portanto, não se pode negar a matriz representativa no processo de formação do sistema jurídico e do próprio Estado.

A norma jurídica libera e, ao mesmo tempo, obriga ações individuais em razão de determinados valores e interesses individuais e coletivos, bem como incorpora objetivos coletivos tão específicos e pontuais que não podem ser simplesmente justificados por argumentos ou normas morais isoladamente concebidas. (LEAL, 2007, p. 67)

As leis, por se assentarem na representação da soberania popular, sempre tiveram altos graus de legitimidade, conseguindo retirar dos indivíduos o fardo subjetivo das normas morais e transferindo-o às leis, que sempre representaram promessa de garantia e equilíbrio das liberdades.

A legitimidade do direito está vinculada aos princípios morais de justiça, da solidariedade universal e de princípios éticos de uma conduta de vida autorresponsável, sendo que tudo isso deriva da soberania do povo.

A soberania do povo não se encarna mais numa reunião de cidadãos autônomos facilmente identificáveis. Ela se retira para os círculos de comunicação de foros e corporações, de certa forma destituídos de sujeito. Somente nesta forma anônima, o seu poder comunicativamente diluído pode ligar o poder administrativo do aparelho estatal à vontade dos cidadãos.

É exatamente nos círculos de comunicação de foros e corporações que toma corpo a soberania popular e a fonte matricial de todo o poder político (...), constituído-se em um verdadeiro espaço público de interlocução social, forjado por pessoas físicas e jurídicas permanentemente em confronto democrático. (LEAL, 2007, p. 74)

Nessa senda, é importante ressaltar que o direito não está adstrito às leis escritas, pois, em certas circunstâncias pode haver mais que um direito positivado no poder do Estado, mas também encontrado na ordem jurídica constitucional, da qual se origina todo o ordenamento jurídico e que pode servir de corretivo/complemento para a lei escrita, sendo tarefa do poder judiciário encontrar e realizar tal direito.

Daí a importância não só da separação dos poderes, mas também do cumprimento da função social de cada um desses poderes no processo de formação e desenvolvimento das sociedades complexas, criando e assegurando um universo de direitos e prerrogativas ao cidadão.

Numa perspectiva integrada do sistema jurídico, quando da resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deve-se dar prioridade às interpretações que favoreçam a integração política e social e possibilitem o reforço da unidade política que visa o sistema como um todo, pois são estas as finalidades da Norma fundamental.

Deve-se realizar um juízo de ponderação de bens, valores e interesses para que se possa chegar a uma resposta jurisdicional adequada á jurisdição constitucional e infraconstitucional. Tal ponderação pode se desdobrar em três aspectos fundamentais: a) adequação; b) necessidade; c) proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação significa que o intérprete/aplicador do sistema jurídico deve identificar o meio adequado para a consecução dos objetivos pretendidos à sua intervenção. A necessidade (ou exigibilidade) significa que o meio escolhido não deve exceder os limites indispensáveis à conservação dos limites indispensáveis à conservação dos fins desejados tanto pelo sistema jurídico como um todo, como pela singularidade de cada caso concreto. A proporcionalidade em sentido estrito significa que o meio escolhido, no caso específico, deve-se mostrar como mais vantajoso para

a promoção do conjunto de valores, bens e interesses em jogo. (LEAL, 2007, p. 96).

Portanto, os juízes terão de proceder de novo a uma escolha, que não é nem por isso arbitrária nem mecânica, mas conforme o sistema judicial, utilizando suas virtudes/prerrogativas/princípio que são a imparcialidade e a neutralidade na apreciação das demandas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Para alguns teóricos, o Estado pode ser concebido como uma extensão da natureza humana, como manifestação espontânea dos indivíduos que compõem a sociedade. Para outros, o Estado surge como manifestação de uma cultura de produção calcada na exploração de mão-de-obra diferenciada e marginalizante. A evolução das relações sociais é marcada pela crescente complexidade e tensionalidade, o que requer das instituições respostas e intervenções capazes de representar o pensamento político e democrático.

Com o número crescente de demandas e com a ausência de respostas ou recompensas adequadas, surge a crise de legitimação da instituição, o que, por sua vez, gera, no mínimo, outras duas crises: a de identidade e a de eficácia, passando a haver confusão no que tange às suas funções originárias e efetivamente públicas – por terem perdido sua legitimidade e sua identidade, não conseguem e sequer priorizam, atender as demandas efetivas e operacionais da comunidade que representam.

Diante disto, atores políticos, públicos e privados, vem sofrendo transformações importantes, passando-se a questionar acerca das funções/ações/limites do mercado, das organizações sociais e do Estado na formação do perfil de cidadania. Neste sentido, tem-se que a cidadania atual traz uma concepção inclusiva da formação discursiva da vontade coletiva, não se restringindo mais meramente às formas oficiais de poder.

## REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARROS, Sergio Rezende de. **Noções sobre Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <[www.srbarros.com.br](http://www.srbarros.com.br)>. Acesso em 16 abril 2014.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DIAZ, Elias. **Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático**. España : Civitas, 1978.

GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2006,

\_\_\_\_\_. **O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander. **Os Artigos Federalistas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

PELLEGRINI, Flaviane de Maqalhães Barros. O paradigma do Estado democrático de Direito e as teorias do processo. **Virtuajus**: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da PUC – Minas, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007.

SARMENTO, George. **As gerações de direitos humanos e os desafios da efetividade**. 201\_. Disponível em: <[www.georgesarmento.com.br](http://www.georgesarmento.com.br)> Acesso em 12 abril 2014.

SILVA, José A. da. **Curso Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: O substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.