

# A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo

---

Luís Roberto Barroso

**Sumário:** 1 Generalidades - 2 Origem e evolução do fenômeno - 3 A constitucionalização do direito no Brasil - 3.1 O direito infraconstitucional na Constituição - 3.2 A constitucionalização do direito infraconstitucional - 3.3 A constitucionalização do direito e seus mecanismos de atuação prática - 4 A constitucionalização do Direito Administrativo - 5 Constitucionalização e judicialização das relações sociais - 6 Controlando os riscos da constitucionalização excessiva - 7 Conclusões

## 1 Generalidades

A locução *constitucionalização do direito* é de uso relativamente recente na terminologia jurídica e, além disso, comporta múltiplos sentidos. Por ela se poderia pretender caracterizar, por exemplo, qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia. Como este é um traço comum de grande número de sistemas jurídicos contemporâneos, faltaria especificidade à expressão. Não é, portanto, nesse sentido que está aqui empregada. Poderia ela servir para identificar, ademais, o fato de a Constituição formal incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos

ramos infraconstitucionais do direito.<sup>1</sup> Embora esta seja uma situação dotada de características próprias, não é dela, tampouco, que se estará cuidando.<sup>2</sup>

A idéia de constitucionalização do direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico.<sup>3</sup> Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares. Veja-se como este processo, combinado com outras noções tradicionais, interfere com as esferas anteriormente referidas.

Relativamente ao *Legislativo*, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à *Administração Pública*, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres

---

<sup>1</sup> Trata-se de fenômeno iniciado, de certa forma, com a Constituição portuguesa de 1976, continuado pela Constituição espanhola de 1978 e levado ao extremo pela Constituição brasileira de 1988. Sobre o tema, v. BON, Pierre. Table ronde: Le cas de Espagne. In: VERPEAUX, Michel (Org.). *Code Civil et Constitution(s)*, p. 95, 2005: “Como se sabe, a Constituição espanhola de 1978 é um perfeito exemplo do traço característico do constitucionalismo contemporâneo, no qual a Constituição não se limita mais, como no passado, a dispor sobre os princípios fundamentais do Estado, a elaborar um catálogo de direitos fundamentais, a definir as competências das instituições públicas mais importantes e a prever o modo de sua revisão. Ela vem reger praticamente todos os aspectos da vida jurídica, dando lugar ao sentimento de que não há fronteiras à extensão do seu domínio: tudo (ou quase) pode ser objeto de normas constitucionais; já não há um conteúdo material (e quase imutável) das Constituições” (tradução livre, texto ligeiramente editado).

<sup>2</sup> Não se pode negar, contudo, que a presença na Constituição de normas cujo conteúdo pertence a outros ramos do Direito (Civil, Administrativo, Penal) influencie a interpretação do Direito infraconstitucional correspondente. Votar-se-á ao ponto mais à frente.

<sup>3</sup> Alguns autores têm utilizado os termos *impregnar* e *impregnação*, que em português, no entanto, podem assumir uma conotação depreciativa. V. Louis Favoreu — notável divulgador do Direito Constitucional na França, falecido em 2004 —, *La constitutionnalisation du Droit*. In: MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. *La constitutionnalisation des branches du Droit*, p. 191, 1998: “Quer-se designar aqui, principalmente, a constitucionalização dos direitos e liberdades, que conduz a uma impregnação dos diferentes ramos do direito, ao mesmo tempo que levam à sua transformação”. E, também, GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONNEL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 49, 2003: “Por ‘constitucionalización del ordenamiento jurídico’ propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”.

de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao *Poder Judiciário*, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os *particulares*, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.

## 2 Origem e evolução do fenômeno

O atual estágio de constitucionalização do direito teve como antecedentes o movimento de aproximação entre constitucionalismo e democracia, a força normativa da Constituição e a difusão da jurisdição constitucional.<sup>4</sup> Esse percurso não se desenvolveu de maneira simultânea ou uniforme em todos os sistemas jurídicos, sem prejuízo de ser proveitoso tentar mapear suas origens. Antes disso, porém, vale fazer um breve comentário a respeito de três experiências constitucionais marcantes — sobretudo pela influência que exerceram ou exercem sobre o direito de inúmeros países —, mas que, por razões diversas não se alinham nesse movimento de constitucionalização. Cuida-se das experiências do Reino Unido, dos Estados Unidos e da França. O caso francês será analisado um pouco mais à frente. Um breve comentário é pertinente sobre os outros dois.

No tocante ao Reino Unido, os conceitos não se aplicam. Embora tenha sido o Estado precursor do modelo liberal, com limitação do poder absoluto e afirmação do *rule of the law*, falta-lhe uma Constituição escrita e rígida, que é um dos pressupostos, como o nome sugere, da constitucionalização do direito. Poder-se-ia argumentar, é certo, que há entre os britânicos uma Constituição histórica e que ela é, inclusive, mais rígida que boa parte das Cartas escritas do mundo. Ou reconhecer o fato de que o Parlamento inglês

<sup>4</sup> Alguns autores procuraram elaborar um catálogo de condições para a constitucionalização do Direito. É o caso de GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONNEL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 50 et seq., 2003, que inclui entre elas: (i) uma Constituição rígida; (ii) a garantia jurisdiccional da Constituição; (iii) a força vinculante da Constituição; (iv) a “sobreinterpretação” da Constituição (sua interpretação extensiva, com o reconhecimento de normas implícitas); (v) a aplicação direta das normas constitucionais; (vi) a interpretação das leis conforme a Constituição; (vii) a influência da Constituição sobre as relações políticas.

adotou, em 1998, o “Human Rights Act”, incorporando ao direito interno a Convenção Européia de Direitos Humanos.<sup>5</sup> Mas mesmo que se concedesse a esses argumentos, não seria possível superar um outro: a inexistência do controle de constitucionalidade e, mais propriamente, de uma jurisdição constitucional no sistema inglês.<sup>6</sup> No modelo britânico vigora a supremacia do Parlamento, e não da Constituição.

Já quanto aos Estados Unidos, a situação é exatamente oposta. Berço do constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade, a Constituição americana — a mesma desde 1787 — teve, desde a primeira hora, o caráter de documento jurídico, passível de aplicação direta e imediata pelo Judiciário. De fato, a normatividade ampla e a judicialização das questões constitucionais têm base doutrinária em *O federalista* e precedente jurisprudencial firmado desde 1803, quando do julgamento do caso *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte. Por esta razão, a interpretação de todo o direito posto à luz da Constituição é característica histórica da experiência americana, e não singularidade contemporânea.<sup>7</sup> O grande debate doutrinário nos Estados Unidos é acerca da legitimidade e dos limites da atuação do Judiciário na aplicação

<sup>5</sup> A nova lei somente entrou em vigor em 2000. Com britânico exagero, tal evento foi saudado como “a remarkable new age of constitutionalism in the UK” (Bogdanor. *Devolution: The constitutional aspects*. In: *Constitutional reform in the United Kingdom: Practices and principles*, 1998) e como “a turning point in the UK’s legal history” (Lester. *The impact of the Human Rights Act on Public Law*. In: *Constitutional reform in the United Kingdom: Practices and principles*, 1998). Ambas as citações foram colhidas em Stephen Gardbaum, *The new commonwealth model of constitutionalism*, *American Journal of Comparative Law*, 49:707, p. 709, 732, 2001. O comentário sobre o exagero é meu.

<sup>6</sup> A propósito, e em desenvolvimento de certo modo surpreendente, deve ser registrada a aprovação do Constitutional Reform Act, de 2005, que previu a criação de uma Suprema Corte (In: <[www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/20050004.htm](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/20050004.htm)>. Acesso em: 8 ago. 2005). Assinale-se a curiosidade de, não existindo uma Constituição escrita, ter sido aprovado, não obstante, um ato que a reforma.

<sup>7</sup> Vejam, a este propósito, exemplificativamente, a jurisprudência que se produziu em matéria de Direito Processual Penal, pela submissão do *common law* dos Estados aos princípios constitucionais. Em *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961, considerou-se ilegítima a busca e apreensão feita sem mandado, como exigido pela 4ª Emenda. Em *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 1963, entendeu-se que a 6ª emenda assegurava a todos os acusados em processo criminal o direito a um advogado. Em *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966, impôs-se à autoridade policial, na abordagem de um suspeito, que comunique a ele que a) tem o direito de permanecer calado; b) tudo que disser poderá e será usado contra ele; c) tem direito a consultar-se com um advogado antes de depor e que este poderá estar presente ao interrogatório; d) caso não tenha condições financeiras para ter um advogado, um poderá ser-lhe designado. HALL, V. Kermit L. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*, 1999; BARTHOLOMEW, Paul C.; MENEZ, Joseph F. *Summaries of leading cases on the Constitution*, 1980; LOCKARD, Duane; MURPHY, Walter F. *Basic cases in constitutional law*, 1992. Para uma análise objetiva e informativa sobre este e outros aspectos, em língua portuguesa, v. BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, 2003.

de valores substantivos e no reconhecimento de direitos fundamentais que não se encontrem expressos na Constituição.

Vistos os modelos excepcionais, volte-se ao ponto. Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores.<sup>8</sup> O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais. O primeiro grande precedente na matéria foi o caso *Lüth*,<sup>9</sup> julgado em 15 de janeiro de 1958.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Sobre a questão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais na literatura em língua portuguesa, v. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 149, 2001: “A idéia de eficácia irradiante das normas constitucionais desenvolveu-se (...) sempre no sentido do alargamento das dimensões objetivas dos direitos fundamentais, isto é, da sua eficácia enquanto fins ou valores comunitários”; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 214, 1998: “É fácil ver que a idéia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos (*Austrahlungswirkung*) sobre toda a ordem jurídica (von MÜNCH, Ingo. *Grundgesetz-Kommentar, Kommentar zu Vorbemerkung Art 1-19*, N. 22)”; e, também, SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 371, 2004: “Os direitos fundamentais apresentam uma dimensão objetiva, que se liga à compreensão de que consagram os valores mais importantes de uma comunidade política. Esta dimensão objetiva potencializa a irradiação dos direitos fundamentais para todos os campos do Direito, e permite que eles influenciem uma miríade de relações jurídicas que não sofreriam sua incidência, se nós os visualizássemos apenas como direitos públicos subjetivos”.

<sup>9</sup> Os fatos subjacentes eram os seguintes. Erich Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, incitava ao boicote de um filme dirigido por Veit Harlan, cineasta que havia sido ligado ao regime nazista no passado. A produtora e a distribuidora do filme obtiveram, na jurisdição ordinária, decisão determinando a cessação de tal conduta, por considerá-la uma violação ao §826 do Código Civil (BGB) (“Quem, de forma atentatória aos bons costumes, infligir dano a outrem, está obrigado a reparar os danos causados”). O Tribunal Constitucional Federal reformou a decisão, em nome do direito fundamental à liberdade de expressão, que deveria pautar a interpretação do Código Civil.

<sup>10</sup> *BverfGE* 7, 198. Tradução livre e editada da versão da decisão publicada em SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, p. 132-137, 2003: “Os direitos fundamentais são antes de tudo direitos de defesa do cidadão contra o Estado; sem embargo, nas disposições de direitos fundamentais da Lei Fundamental se incorpora também uma ordem objetiva de valores, que como decisão constitucional fundamental é válida para todas as esferas do direito. (...) Esse sistema de valores — que encontra seu ponto central no seio da comunidade social, no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana... — oferece direção e impulso para o legislativo, a administração e o judiciário, projetando-se, também, sobre o direito civil. Nenhuma

A partir daí, baseando-se no catálogo de direitos fundamentais da Constituição alemã, o Tribunal Constitucional promoveu uma verdadeira “revolução de idéias”,<sup>11</sup> especialmente no Direito Civil. De fato, ao longo dos anos subseqüentes, a Corte invalidou dispositivos do BGB, impôs a interpretação de suas normas de acordo com a Constituição e determinou a elaboração de novas leis. Assim, por exemplo, para atender ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, foram introduzidas mudanças legislativas em matéria de regime matrimonial, direitos dos ex-cônjuges após o divórcio, poder familiar, nome de família e direito internacional privado. De igual sorte, o princípio da igualdade entre os filhos legítimos e naturais provocou reformas no direito de filiação.<sup>12</sup> De parte isso, foram proferidos julgamentos interessantes em temas como uniões homoafetivas<sup>13</sup> e direito dos contratos.<sup>14</sup>

---

disposição de direito civil pode estar em contradição com ele, devendo todas ser interpretadas de acordo com seu espírito. (...) A expressão de uma opinião, que contém um chamado para um boicote, não viola necessariamente os bons costumes, no sentido do § 826 do Código Civil. Pode estar justificada constitucionalmente pela liberdade de opinião, ponderadas todas as circunstâncias do caso”. Esta decisão é comentada por inúmeros autores nacionais, entre os quais: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 220-222, 1998, onde descreve brevemente outros dois casos: “Blinkfuer” e “Wallraff”; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 141 et seq., 2004; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Direitos fundamentais e interpretação constitucional: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, p. 416 et seq.; e STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 105 et seq., 2004.

<sup>11</sup> CORNELOUP, Sabine. Table ronde: Le cas de l’Allemagne. In: VERPEAUX, Michel. *Code Civil e Constitution(s)*, p. 85, 2005.

<sup>12</sup> CORNELOUP, Sabine. Table ronde: Le cas de l’Allemagne. In: VERPEAUX, Michel. *Code Civil e Constitution(s)*, p. 87-88, 2005, com identificação de cada uma das leis. A jurisprudência referida na seqüência do parágrafo foi localizada a partir de referências contidas nesse texto.

<sup>13</sup> Em um primeiro momento, em nome do princípio da igualdade, uma lei de 16 de fevereiro de 2001 disciplinou as uniões homossexuais, pondo fim à discriminação existente. Em um segundo momento, esta lei foi objeto de arguição de inconstitucionalidade, sob o fundamento de que afrontaria o art. 6º, I, da Lei Fundamental, pelo qual “o casamento e a família são colocados sob proteção particular do Estado”, ao legitimar um outro tipo de instituição de direito de família, paralelo ao casamento heterossexual. A Corte não acolheu o argumento, assentando que a nova lei nem impedia o casamento tradicional nem conferia à união homossexual qualquer privilégio em relação à união convencional (1 BvF 1/01, de 17 jul. 2002, com votos dissidentes dos juízes Papier e Hass, v. sítio: <www.bverfg.de>, acesso em: 4 ago. 2005).

<sup>14</sup> Um contrato de fiança prestada pela filha, em favor do pai, tendo por objeto quantia muitas vezes superior à sua capacidade financeira foi considerado nulo por ser contrário à moral (*BverfGE* t. 89, p. 214, Apud CORNELOUP, Sabine. Table ronde: Le cas de l’Allemagne. In: VERPEAUX, Michel. *Code civil e constitution(s)*, p. 90, 2005); um pacto nupcial no qual a mulher, grávida, renunciou a alimentos em nome próprio e em nome da criança foi considerado nulo, por não poder prevalecer a liberdade contratual quando há dominação de uma parte sobre a outra (1 BvR 12/92, de 6 fev 2001, unânime, v. sítio: <www.bverfg.de>, acesso em: 4 ago. 2005); um pacto sucessório que impunha ao filho mais velho do imperador Guilherme II o dever de se casar com uma mulher que preenchesse determinadas condições ali impostas foi considerado nulo por violar a liberdade de casamento (1 BvR 2248/01, de 22 mar 2004, unânime, v. sítio: <www.bverfg.de>, acesso em: 4 ago. 2005).

Na Itália, a Constituição entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948. O processo de constitucionalização do direito, todavia, iniciou-se apenas na década de 1960, consumando-se nos anos 70. Relembre-se que a Corte Constitucional italiana somente veio a se instalar em 1956. Antes disso, o controle de constitucionalidade foi exercido, por força da disposição constitucional transitória VII, pela jurisdição ordinária, que não lhe deu vitalidade. Pelo contrário, remonta a esse período a formulação, pela Corte de Cassação, da distinção entre normas *preceptivas*, de caráter vinculante e aplicáveis pelos tribunais, e normas de *princípio* ou *programáticas*, dirigidas apenas ao legislador e não aplicáveis diretamente pelo Judiciário. Assim, pelos nove primeiros anos de vigência, a Constituição e os direitos fundamentais nela previstos não repercutiram sobre a aplicação do direito ordinário.<sup>15</sup>

Somente com a instalação da Corte Constitucional — e, aliás, desde a sua primeira decisão — as normas constitucionais de direitos fundamentais passaram a ser diretamente aplicáveis, sem intermediação do legislador. A Corte desenvolveu um conjunto de técnicas de decisão,<sup>16</sup> tendo enfrentado, durante os primeiros anos de sua atuação, a arraigada resistência das instâncias ordinárias e, especialmente, da Corte de Cassação, dando lugar a uma disputa referida, em certa época, como “guerra das cortes”.<sup>17</sup> A exemplo do ocorrido na Alemanha, a influência da constitucionalização do direito e da própria Corte Constitucional se manifestou em decisões de inconstitucionalidade, em convocações à atuação do legislador e na reinterpretção das normas infraconstitucionais em vigor.

<sup>15</sup> Sobre o tema, v. CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizione di principio*, 1952; SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1968; GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONNEL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003; e DI MANNO, Thierry. Code Civil e Constitution en Italie. In: VERPEAUX, Michel (Org.). *Code Civil e Constitution(s)*, 2005.

<sup>16</sup> Além das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, a Corte utiliza diferentes técnicas, que incluem: 1) *decisões interpretativas*, que correspondem à interpretação conforme a Constituição, podendo ser (a) com *recusa* da arguição de inconstitucionalidade, mas afirmação da interpretação compatível ou (b) com *aceitação* da arguição de inconstitucionalidade, com declaração de inconstitucionalidade da interpretação que vinha sendo praticada pela jurisdição ordinária, em ambos os casos permanecendo em vigor a disposição atacada; 2) *decisões manipuladoras*, nas quais se dá a aceitação da arguição de inconstitucionalidade e, além da declaração de invalidade do dispositivo, a Corte vai além, proferindo (a) *sentença aditiva*, estendendo a norma à situação nela não contemplada, quando a omissão importar em violação ao princípio da igualdade; e b) *sentença substitutiva*, pela qual a Corte não apenas declara a inconstitucionalidade de determinada norma, como também introduz no sistema, mediante declaração própria, uma norma nova. Sobre o tema, v. GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONNEL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 63-67, 2003.

<sup>17</sup> DI MANNO, Thierry. Table ronde: Le cas de l’Italie. In: VERPEAUX, Michel. *Code Civil e Constitution(s)*, p. 107, 2005.

De 1956 a 2003, a Corte Constitucional proferiu 349 decisões em questões constitucionais envolvendo o Código Civil, das quais 54 declararam a inconstitucionalidade de dispositivos seus, em decisões da seguinte natureza: 8 de invalidação, 12 interpretativas e 34 aditivas<sup>18</sup> (sobre as características de cada uma delas, ver nota ao parágrafo anterior). Foram proferidos julgados em temas que incluíam adultério,<sup>19</sup> uso do nome do marido<sup>20</sup> e direitos sucessórios de filhos ilegítimos,<sup>21</sup> em meio a outros. No plano legislativo, sob influência da Corte Constitucional, foram aprovadas, ao longo dos anos, modificações profundas no Direito do Trabalho e no Direito de Família, inclusive em relação ao divórcio e ao regime da adoção. Estas alterações, levadas a efeito por leis especiais, provocaram a denominada “descodificação” do Direito Civil.<sup>22</sup>

Na França, o processo de constitucionalização do direito teve início muito mais tarde e ainda vive uma fase de afirmação. A Constituição de 1958, como se sabe, não previu o controle de constitucionalidade, quer no modelo europeu, quer no americano, tendo optado por uma fórmula diferenciada: a do controle prévio, exercido pelo Conselho Constitucional em relação a algumas leis, antes de entrarem em vigor.<sup>23</sup> De modo que não há

<sup>18</sup> DI MANNO, Thierry. Table ronde: Le cas de l'Italie. In: VERPEAUX, Michel. *Code Civil e Constitution(s)*, p. 103, 2005.

<sup>19</sup> Sentença nº 127/1968, j. 16 dez 1968, Relator: Bonifácio, v. sítio: <www.cortecostituzionale.it>, acesso em: 4 ago. 2005. A Corte invalidou o artigo do Código Civil (art. 151, 2) que tratava de maneira diferente o adultério do marido e o da mulher. O da mulher sempre seria causa para separação, ao passo que o do homem somente em caso de “injúria grave à mulher”.

<sup>20</sup> Sentença nº 128/1970, j. 24 jun 1970, Rel. Mortati, v. sítio: <www.cortecostituzionale.it>, acesso em: 4 ago. 2005. A Corte proferiu sentença aditiva para permitir à mulher retirar o nome do marido após a separação (ocorrida por culpa do marido), o que não era previsto pelo art. 156 do Código Civil.

<sup>21</sup> Sentença nº 55/1979, j. 15 jun 1979, Rel. Amadei, v. sítio: <www.cortecostituzionale.it>, acesso em: 4 ago. 2005. A Corte declarou a inconstitucionalidade do art. 565 do Código Civil, na parte em que excluía do benefício da sucessão legítima os filhos naturais reconhecidos.

<sup>22</sup> IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*, 1989. V., tb., PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, p. 5, 1997.

<sup>23</sup> Na sua concepção original, o Conselho Constitucional destinava-se, sobretudo, a preservar as competências de um Executivo forte contra as invasões do Parlamento. Suas funções principais eram três: a) o controle dos regimentos de cada uma das câmaras (Assembléia Nacional e Senado), para impedir que se investissem de poderes que a Constituição não lhes atribuiu, como ocorrido na III e na IV Repúblicas; b) o papel de “justiça eleitoral”, relativamente às eleições presidenciais, parlamentares e aos referendos; c) a delimitação do domínio da lei, velando pela adequada repartição entre as competências legislativas e regulamentares. Esta última função se exercia em três situações: a do art. 41, relacionada à invasão pela lei parlamentar de competência própria do governo; a do art. 61, alínea 2, que permitia ao primeiro-ministro provocar o controle acerca da inconstitucionalidade de uma lei, após sua aprovação, mas antes de sua promulgação; e a do art. 37, alínea 2, relativamente à modificabilidade, por via de decreto, de leis que possuísem caráter regulamentar. Com a reforma constitucional de 1974, o controle de



no sistema francês, a rigor técnico, uma verdadeira jurisdição constitucional. Não obstante, alguns avanços significativos e constantes vêm ocorrendo, a começar pela decisão de 16 de julho de 1971.<sup>24</sup> A ela seguiu-se a Reforma de 29 de outubro de 1974, ampliando a legitimidade para se suscitar a atuação do Conselho Constitucional.<sup>25</sup> Aos poucos, começam a ser incorporados ao debate constitucional francês temas como a *impregnação* da ordem jurídica pela Constituição, o reconhecimento de força normativa às normas constitucionais e o uso da técnica da interpretação conforme a Constituição.<sup>26</sup> Tal processo de constitucionalização do direito, cabe advertir, enfrenta a vigorosa resistência da doutrina mais tradicional, que nele vê ameaças diversas, bem como a usurpação dos poderes do Conselho de Estado e da Corte de Cassação.<sup>27</sup>

---

constitucionalidade das leis passou a ser a atividade principal do Conselho, aproximando-o de uma corte constitucional. V. Louis Favoreu, *La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958*. In: <[www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)>, acesso em: 26 jul. 2005; LUCHAIRE, François. *Le Conseil Constitutionnel*, 3 vs., 1997; BELL, John French *Constitutional law*, 1992.

<sup>24</sup> Objetivamente, a Decisão nº 71-44 DC, de 16 jul. 1971 (In: <[www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm)>, acesso em 26 jul. 2005), considerou que a exigência de autorização prévia, administrativa ou judicial, para a constituição de uma associação violava a liberdade de associação. Sua importância, todavia, foi o reconhecimento de que os direitos fundamentais previstos na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e no preâmbulo da Constituição de 1946, incorporavam-se à Constituição de 1958, por força de referência constante do preâmbulo desta, figurando, portanto, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis. Esta decisão reforçou o prestígio do Conselho Constitucional, que passou a desempenhar o papel de protetor dos direitos e liberdades fundamentais. Além disso, consagrou o “valor positivo e constitucional” do preâmbulo da Constituição e firmou a idéia de “bloco de constitucionalidade”. Essa expressão significa que a Constituição não se limita às normas que integram ou se extraem do seu texto, mas inclui outros diplomas normativos, que no caso eram a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 e o Preâmbulo da Constituição de 1946, bem como os princípios fundamentais das leis da República, aos quais o referido preâmbulo fazia referência. Sobre a importância dessa decisão, v. HAMON, Léo. *Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels*, p. 83-90, 1974; HAIMBOWGH, G. Was it France’s Marbury v. Madison?, *Ohio State Law Journal*, 35:910, 1974; BEARDSLEY, J. E. The Constitutional Council and constitutional liberties in France, *American Journal of Comparative Law*, p. 431-52, 1972. Para um comentário detalhado da decisão, v. FAVOREU, L.; PHILIP, L. *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 2003. Especificamente sobre bloco de constitucionalidade, v. VILLIERS, Michel de. *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 2001; e DUHAMEL, Olivier; MÉNY, Yves. *Dictionnaire constitutionnel*, 1992.

<sup>25</sup> A partir daí, o direito de provocar a atuação do Conselho Constitucional, que antes era atribuído apenas ao Presidente da República, ao Primeiro-Ministro, ao Presidente da Assembléia Nacional e ao Presidente do Senado estendeu-se, também, a sessenta Deputados ou a sessenta Senadores. O controle de constitucionalidade tornou-se importante instrumento de atuação da oposição parlamentar. Entre 1959 e 1974, foram proferidas apenas 9 (nove) decisões acerca de leis ordinárias (por iniciativa do Primeiro-Ministro e do Presidente do Senado) e 20 (vinte) acerca de leis orgânicas (pronunciamento obrigatório). De 1974 até 1998 houve 328 provocações (*saisine*) ao Conselho Constitucional. Os dados constam de FAVOREU, Louis. *La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958*. In: <[www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)>, acesso em: 26 jul.2005.

<sup>26</sup> V. FAVOREU, Louis. *La constitutionnalisation du Droit*. In: MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. *La constitutionnalisation des branches du Droit*, p. 190-192, 1998.

<sup>27</sup> Vejam a discussão do tema em DRAGO, Guillaume; FRANÇOIS, Bastien; MOLFESSIS, Nicolas (Org.). *La légitimité de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, 1999. Na conclusão do livro, que documenta

## 3 A constitucionalização do direito no Brasil

### 3.1 O direito infraconstitucional na Constituição

A Carta de 1988, como já consignado, tem a virtude suprema de simbolizar a travessia democrática brasileira e de ter contribuído decisivamente para a consolidação do mais longo período de estabilidade política da história do país. Não é pouco. Mas não se trata da Constituição da nossa maturidade institucional. É a Constituição das nossas circunstâncias. Por vício e por virtude, seu texto final expressa uma heterogênea mistura de interesses legítimos de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais, cumulados com paternalismos, reservas de mercado e privilégios. A euforia constituinte — saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil — levou a uma Carta que, mais do que analítica, é prolixa e corporativa.<sup>28</sup>

Quanto ao ponto aqui relevante, é bem de ver que todos os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos seus, de maior ou menor relevância, tratados na Constituição. A catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas, levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o Direito Administrativo,<sup>29</sup> Civil,<sup>30</sup> Penal,<sup>31</sup> do Trabalho,<sup>32</sup> Processual

---

o Colóquio de Rennes, de setembro de 1996, François Terré, ao apresentar o que corresponderia à conclusão do evento, formulou crítica áspera à ascensão da influência do Conselho Constitucional: “Les perpétuelles incantations que suscitent l’État de droit, la soumission de l’État à des juges, sous l’influence conjuguée du kelsenisme, de la mauvaise conscience de l’Allemagne Fédérale et de l’américanisme planétaire sont lassantes. Des contrepoids s’imposent. Puisque le Conseil Constitutionnel est une juridiction, puisque la règle du double degré de juridiction et le droit d’appel sont devenus paroles d’évangile, il est naturel et urgent de faciliter le recours au referendum afin de permettre plus facilement au peuple souverain de mettre, lê cãs échéant, un terme aux errances du Conseil constitutionnel” (p. 409).

<sup>28</sup> Sobre o tema, v. BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002.

<sup>29</sup> No âmbito do Direito Administrativo há, no capítulo sobre direitos individuais e coletivos, normas sobre desapropriação e requisição de bens particulares. Há, também, um imenso capítulo sobre a Administração Pública, que cuida de temas como concurso público, licitação, regime jurídico dos servidores, aposentadoria, responsabilidade civil do Estado etc., além de outras normas ao longo do texto.

<sup>30</sup> Em tema de Direito Civil, no capítulo sobre direitos individuais e coletivos, existem normas sobre propriedade e sua função social, propriedade industrial e intelectual, direito de sucessões e defesa do consumidor. Ao longo do texto são encontradas normas diversas sobre a caracterização da função social da propriedade, sobre Direito de Família, aí incluídos temas como filiação, adoção, união estável e divórcio, sobre proteção da criança e do adolescente, entre outros.

<sup>31</sup> Quanto ao Direito Penal a Constituição consagra, no capítulo sobre direitos individuais e coletivos, normas sobre princípio da legalidade penal, não-retroação das normas penais, criminalização do racismo, crimes inafiançáveis. No final da Carta (art. 228), há uma norma sobre a inimputabilidade dos menores de 18 anos.

<sup>32</sup> Em matéria trabalhista a Constituição prevê um capítulo inteiro, no título dedicado aos direitos e garantias fundamentais, para os temas mais diversos, aí incluídos salário mínimo, jornada de trabalho, direito de repouso, direito de férias, aviso prévio, licenças (paternidade e às gestantes), prazo prescricional para o ajuizamento de reclamações trabalhistas, bem como greve e relações sindicais.

Civil e Penal,<sup>33</sup> Financeiro e Orçamentário,<sup>34</sup> Tributário,<sup>35</sup> Internacional,<sup>36</sup> e mais além. Há, igualmente, um título dedicado à ordem econômica, no qual se incluem normas sobre política urbana, agrícola e sistema financeiro. E outro dedicado à ordem social, dividido em numerosos capítulos e seções, que vão da saúde até os índios.

Embora o fenômeno da constitucionalização do direito, como aqui analisado, não se confunda com a presença de normas de direito infraconstitucional na Constituição, há um natural espaço de superposição entre os dois temas. Com efeito, na medida em que princípios e regras específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante. Trata-se da constitucionalização das fontes do direito naquela matéria. Tal circunstância, nem sempre desejável,<sup>37</sup> interfere com os limites de atuação do legislador ordinário e com a leitura constitucional a ser empreendida pelo Judiciário em relação ao tema que foi constitucionalizado.

### 3.2 A constitucionalização do direito infraconstitucional

Nos Estados de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e, sobretudo, o Brasil, a constitucionalização do direito é um processo mais recente, embora muito intenso. Verificou-se, entre nós, o mesmo movimento

<sup>33</sup> Relativamente ao Direito Processual, a Constituição enuncia, no capítulo sobre direitos individuais e coletivos, regras comuns ao processo penal e civil, como devido processo legal, publicidade e motivação dos atos processuais, assistência judiciária, ações constitucionais, duração razoável dos processos. Especificamente no tocante ao Direito Processual Penal, há normas sobre juiz natural, presunção de inocência, individualização da pena, prisão, direitos dos presos etc.

<sup>34</sup> Também para o Direito Financeiro e Orçamentário foi criada uma longa seção dedicada à fiscalização contábil, financeira e orçamentária e sobre a atuação dos Tribunais de Contas, além de normas voltadas para as finanças públicas e orçamento, em título específico sobre tributação e orçamento.

<sup>35</sup> Ao Direito Tributário a Constituição dedica um capítulo longo e detalhado, com a definição das competências impositivas de cada ente estatal, da repartição de receitas tributárias e o estabelecimento das limitações ao poder de tributar. Trata-se de um dos mais longos capítulos do texto, que, nada obstante, tem se mostrado incapaz de conter a voracidade tributária e fiscal do Estado brasileiro.

<sup>36</sup> A propósito do Direito Internacional público, o título dedicado aos princípios fundamentais contém um longo elenco de princípios a serem observados pelo Brasil nas suas relações internacionais. Ao longo do texto há inúmeras normas sobre tratados internacionais, com referências a seu conteúdo — tratados de direitos humanos, tratado sobre jurisdição penal internacional — e ao mecanismo para sua aprovação pelo Congresso. No plano do Direito Internacional privado, há regras sobre homologação de sentença estrangeira e efeitos de decisões estrangeiras no Brasil, bem como sucessão de bens de estrangeiro aqui situados.

<sup>37</sup> Tanto a doutrina como a jurisprudência, no plano do Direito Penal, têm condenado, por exemplo, a constitucionalização da figura dos “crimes hediondos” (art. 5º, XLIII). V., por todos, LEAL, João José. *Crimes hediondos* – A Lei 8.072 como expressão do direito penal da severidade, 2003.

translativo ocorrido inicialmente na Alemanha e em seguida na Itália: a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico. A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos.

Do centro do sistema jurídico foi deslocado o velho Código Civil. Veja-se que o Direito Civil desempenhou no Brasil — como alhures — o papel de um direito geral, que precedeu muitas áreas de especialização, e que conferia certa unidade dogmática ao ordenamento. A própria Teoria Geral do Direito era estudada dentro do Direito Civil, e só mais recentemente adquiriu autonomia didática. No caso brasileiro, deve-se registrar, o Código Civil já vinha perdendo influência no âmbito do próprio direito privado. É que, ao longo do tempo, na medida em que o Código envelhecia, inúmeras leis específicas foram editadas, passando a formar microssistemas autônomos em relação a ele, em temas como alimentos, filiação, divórcio, locação, consumidor, criança e adolescente, sociedades empresariais. A exemplo do que se passou na Itália, também entre nós deu-se a “descodificação” do Direito Civil,<sup>38</sup> fenômeno que não foi afetado substancialmente pela promulgação de um novo Código Civil em 2002, com vigência a partir de 2003.<sup>39</sup>

<sup>38</sup> Sobre o caso italiano, v. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, p. 6, 1997: “O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”. Sobre o caso brasileiro, vejam-se, entre outros: TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, 65:21, 1993; e TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*, 2001.

<sup>39</sup> O novo Código Civil, com início de vigência em 2003, foi duramente criticado por setores importantes da doutrina civilista. Gustavo Tepedino referiu-se a ele como “retrógrado e demagógico” acrescentando: “Do Presidente da República, espera-se o veto; do Judiciário que tempere o desastre” (*Revista Trimestral de Direito Civil*, Editorial, 7, 2001). Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk consideraram inconstitucional o projeto de Código Civil, em parecer publicado sob o título “Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição”, *Revista Trimestral de Direito Civil*, 4:243, 2000, por não traduzir a supremacia da dignidade humana sobre os aspectos patrimoniais e por violar o princípio da vedação do retrocesso. Em sentido contrário, v. COSTA, Judith Martins. O direito privado como um “sistema em construção”. In: <www.jus.com.br>, acesso em: 4 ago. 2005; e REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. In: <www.jus.com.br>, acesso em: 4 ago. 2005 e O novo Código Civil e seus críticos. In: <www.jus.com.br>, acesso em: 4 ago. 2005.

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si — com a sua ordem, unidade e harmonia —, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.<sup>40</sup>

À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior. Aplica-se a Constituição:

- a) *Diretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional. Por exemplo: o pedido de reconhecimento de uma imunidade tributária (CF, art. 150, VI) ou o pedido de nulidade de uma prova obtida por meio ilícito (CF, art. 5º, LVI);
- b) *Indiretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões:
  - (i) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não deverá fazê-la incidir. Esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do direito, ainda que não seja por ele explicitada;
  - (ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

Em suma: a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.

<sup>40</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, p. 45, 1991: “A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo”. V. também, Paulo Ricardo Schier, *Filtragem constitucional*, 1999.

### 3.3 A constitucionalização do direito e seus mecanismos de atuação prática

A constitucionalização do direito, como já antecipado, repercute sobre os diferentes Poderes estatais. Ao legislador e ao administrador, impõe deveres negativos e positivos de atuação, para que observem os limites e promovam os fins ditados pela Constituição. A constitucionalização, no entanto, é obra precípua da jurisdição constitucional, que no Brasil pode ser exercida, difusamente, por todos os juízes e tribunais, e concentradamente pelo Supremo Tribunal Federal. Esta realização concreta da supremacia formal e axiológica da Constituição envolve diferentes técnicas e possibilidades interpretativas, que incluem:

- a) o reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição (ou à emenda constitucional), quando com ela incompatíveis;
- b) a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis;
- c) a declaração da inconstitucionalidade por omissão, com a conseqüente convocação à atuação do legislador ou do administrador;<sup>41</sup>
- d) a interpretação conforme a Constituição, que pode significar:
  - (i) a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes;
  - (ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma — geralmente a mais óbvia — e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição.<sup>42</sup>

<sup>41</sup> Isso quando não prefira o Supremo Tribunal produzir uma decisão integrativa, a exemplo da sentença aditiva do Direito italiano. Esta atuação envolve a sempre controvertida questão da atuação como legislador positivo (v. *infra*).

<sup>42</sup> Relativamente a esta segunda possibilidade, v. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 189, 2004: “É possível e conveniente decompor didaticamente o processo de interpretação conforme a Constituição nos elementos seguintes: 1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou a outras possibilidades interpretativas que o preceito admita. 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto. 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziram a resultado contrastante com a Constituição. 4) Por via de conseqüência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal”.

Aprofunde-se um pouco mais o argumento, especialmente em relação à interpretação conforme a Constituição. O controle de constitucionalidade é uma modalidade de interpretação e aplicação da Constituição. Independentemente de outras especulações, há consenso de que cabe ao Judiciário pronunciar a invalidade dos enunciados normativos incompatíveis com o texto constitucional, paralisando-lhes a eficácia. De outra parte, na linha do conhecimento convencional, a ele não caberia inovar na ordem jurídica, criando comando até então inexistente. Em outras palavras: o Judiciário estaria autorizado a invalidar um ato do Legislativo, mas não a substituí-lo por um ato de vontade própria.<sup>43</sup>

Pois bem. As modernas técnicas de interpretação constitucional — como é o caso da interpretação conforme a Constituição — continuam vinculadas a esse pressuposto, ao qual agregam um elemento inexorável. A interpretação jurídica dificilmente é unívoca, seja porque um mesmo enunciado, ao incidir sobre diferentes circunstâncias de fato, pode produzir normas diversas,<sup>44</sup> seja porque, mesmo em tese, um enunciado pode admitir várias interpretações, em razão da polissemia de seus termos. A interpretação conforme a Constituição, portanto, pode envolver (i) uma singela determinação de sentido da norma, (ii) sua não incidência a uma determinada situação de fato ou (iii) a exclusão, por inconstitucional, de uma das normas que podem ser extraídas do texto. Em qualquer dos casos, não há declaração de inconstitucionalidade do enunciado normativo, que permanece no ordenamento. Por esse mecanismo se

<sup>43</sup> Nesse sentido, v. STF. Rp 1.417/DF. Relator: Min. Moreira Alves. *DJU*, 15 abr. 1988: “Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF — em sua função de Corte Constitucional — atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo”. Passa-se ao largo, nesta instância, da discussão mais minuciosa do tema, que abriga inúmeras complexidades, inclusive e notadamente em razão do reconhecimento de que juízes e tribunais, em múltiplas situações, desempenham uma atividade de participação na criação da norma.

<sup>44</sup> A doutrina mais moderna tem traçado uma distinção entre enunciado normativo e norma, baseada na premissa de que não há interpretação em abstrato. *Enunciado normativo* é o texto, o relato contido no dispositivo constitucional ou legal. *Norma*, por sua vez, é o produto da aplicação do enunciado a uma determinada situação, isto é, a concretização do enunciado. De um mesmo enunciado é possível extrair diversas normas. Por exemplo: do enunciado do art. 5º, LXIII da Constituição — o preso tem direito de permanecer calado — extraem-se normas diversas, inclusive as que asseguram o direito à não auto-incriminação ao *interrogado* em geral (STF. HC 80.949/RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *DJU*, 14 dez. 2001.) e até ao *depoente em CPI* (STF. HC 79.812/SP. Relator: Min. Celso de Mello. *DJU*, 16 fev. 2001). Sobre o tema, v. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*, p. 270 et seq., 1969; MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Edição especial comemorativa dos 50 anos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, p. 45 et seq., 1999; GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del Diritto*, p. 82-83, 1996.; e ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 13, 2003.

reconciliam o princípio da supremacia da Constituição e o princípio da presunção de constitucionalidade, uma vez que o Judiciário preserva a ordem constitucional prestando máxima deferência às manifestações dos demais Poderes. Naturalmente, o limite de tal interpretação está nas possibilidades semânticas do texto normativo.<sup>45</sup>

Após essa caracterização geral do fenômeno da constitucionalização do direito, já é possível abordar alguns aspectos específicos do tema e as suas repercussões sobre o Direito Administrativo.

#### 4 A constitucionalização do Direito Administrativo<sup>46</sup>

O Direito Constitucional e o Direito Administrativo têm origem e objetivos comuns: o advento do liberalismo e a necessidade de limitação do

<sup>45</sup> Na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão: “Ao juiz não é permitido mediante ‘interpretação conforme a Constituição’ dar um significado diferente a uma lei cujo teor e sentido resulta evidente” (1 BvL 149/52-33, 11 jun. 1958); na do Supremo Tribunal Federal brasileiro: “se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo” (STF. Rp 1.417-7/DF. Relator: Min. Moreira Alves. *DJU*, 15 abr. 1988).

<sup>46</sup> Sobre as transformações do Direito Administrativo na quadra atual, v. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Sociedade, Estado e administração pública*, 1996; *Mutações do direito administrativo*, 2000; e *Direito regulatório*, 2003; TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, 202:1, 1995; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 1990; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, 1998; DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na Administração Pública*. Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas, 1999; SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*, 2003; BATISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, 2003; JURUENA, Marcos. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*, 2000; MODESTO, Paulo. A reforma da previdência e a definição de limites de remuneração e subsídio dos agentes públicos no Brasil. In: *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*, 2004; ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: *O direito público em tempos de crise — Estudos em homenagem a Ruy Rubem Ruschel*, 1999; ARAGÃO, Alexandre. *Agências Reguladoras*, 2002; BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, 2006. V. tb. BARROSO, Luís Roberto. Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002; A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003; Regime constitucional do serviço postal. Legitimidade da atuação da iniciativa privada. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003; Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003. Para a formação da doutrina administrativista no Brasil, preste-se a homenagem devida e merecida a FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 1. ed. de 1957, e MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de direito administrativo brasileiro*, 1. ed. de 1964. Caio Tácito, além de escritos e inúmeros pareceres, dirigiu desde 1993 e até o seu falecimento em 2005, a *Revista de Direito Administrativo*, a mais antiga e prestigiosa publicação na matéria. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*, 1. ed. de 1980, e, depois, *Curso de direito administrativo*, teve influência decisiva no desenvolvimento de um direito administrativo na perspectiva da cidadania e não da Administração.



poder do Estado. Nada obstante, percorreram ambos trajetórias bem diversas, sob influência do paradigma francês. De fato, o Direito Constitucional passou o século XIX e a primeira metade do século XX associado às categorias da política, destituído de força normativa e aplicabilidade direta e imediata. O Direito Administrativo, por sua vez, desenvolveu-se como ramo jurídico autônomo e arrebatou a disciplina da Administração Pública. Na França, onde esse domínio do direito recebeu grande impulso, a existência de uma jurisdição administrativa dissociada da atuação judicial e o prestígio do Conselho de Estado deram ao Direito Administrativo uma posição destacada no âmbito do direito público,<sup>47</sup> associando-o à continuidade e à estabilidade das instituições.<sup>48</sup> Somente após a Segunda Guerra Mundial, com o movimento de constitucionalização, esta situação de preeminência iria se modificar.

Não se vai reconstituir o histórico da relação entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, que é feito pelos administrativistas em geral<sup>49</sup> e desviaria o foco da análise que aqui se quer empreender. Na quadra presente, três conjuntos de circunstâncias devem ser considerados no âmbito da constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: a) a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública; b) a seqüência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos; c) a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias desse ramo do direito. Todas elas se somam para a configuração do modelo atual, no qual diversos paradigmas estão sendo repensados ou superados.

A presença de dispositivos sobre a Administração Pública nas constituições modernas tem início com as Cartas italiana e alemã, em precedentes que foram ampliados pelos Textos português e espanhol. A Constituição brasileira de 1988 discorre amplamente sobre a Administração Pública, com censurável grau de detalhamento e contendo um verdadeiro estatuto dos servidores públicos. Nada obstante, contém algumas virtudes, como a

<sup>47</sup> Sobre o tema, v. BATISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, p. 36-37, 2003.

<sup>48</sup> A propósito, v. o célebre artigo de VEDEL, Georges. *Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif*. In: *Mélanges Waline*, 1974. Sobre o tema, v. também FAVOREU, Louis. *La constitutionnalisation du Droit*. In: MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. *La constitutionnalisation des branches du Droit*, 1998, p. 182.

<sup>49</sup> V. por todos, MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 31, 1993. Para uma visão severamente crítica da origem e evolução do direito administrativo, v. BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. *Revista de Direito Administrativo*, 239:1, 2005.

dissociação da função administrativa da atividade de governo<sup>50</sup> e a enunciação expressa de princípios setoriais do Direito Administrativo, que na redação original eram os da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. A Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998, acrescentou ao elenco o princípio da eficiência.<sup>51</sup> A propósito, a tensão entre a eficiência, de um lado, e a legitimidade democrática, de outro, é uma das marcas da Administração Pública na atualidade.<sup>52</sup>

De parte isso, deve-se assinalar que o perfil constitucional do Estado brasileiro, nos domínios administrativo e econômico, foi alterado por um conjunto amplo de reformas econômicas, levadas a efeito por emendas e por legislação infraconstitucional, e que podem ser agrupadas em três categorias: a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, a flexibilização de monopólios estatais e a desestatização. Tais transformações modificaram as bases sobre as quais se dava a atuação do Poder Público, tanto no que diz respeito à prestação de serviços públicos como à exploração de atividades econômicas. A diminuição expressiva da atuação empreendedora do Estado transferiu sua responsabilidade principal para o campo da regulação e fiscalização dos serviços delegados à iniciativa privada e das atividades econômicas que exigem regime especial. Foi nesse contexto que surgiram as agências reguladoras, via institucional pela qual se consumou a mutação do papel do Estado em relação à ordem econômica.<sup>53</sup>

<sup>50</sup> V. BATISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, p. 74, 2003.

<sup>51</sup> A Lei nº 9.784, de 29.01.1999, que regula o processo administrativo no plano federal, enuncia como princípios da Administração Pública, entre outros, os da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

<sup>52</sup> V. BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003: "O Estado moderno, o direito constitucional e o direito administrativo passaram nas últimas décadas por transformações profundas, que superaram idéias tradicionais, introduziram conceitos novos e suscitaram perplexidades ainda não inteiramente equacionadas. Nesse contexto, surgem questões que desafiam a criatividade dos autores, dos legisladores e dos tribunais, entre as quais se incluem, em meio a diversas outras: a) a definição do regime jurídico e das interações entre duas situações simétricas: o desempenho de atividades econômicas privadas pelos entes públicos e, especialmente, a realização por pessoas privadas de atividades que deixaram de ser estatais, mas continuaram públicas ou de relevante interesse público; b) o difícil equilíbrio entre diferentes demandas por parte da sociedade, envolvendo valores que se contrapõem ou, no mínimo, guardam entre si uma relação de tensão, como: (i) eficiência administrativa, (ii) participação dos administrados e (iii) controle da Administração Pública e suas agências pelos outros órgãos de Poder e pela sociedade; (...)".

<sup>53</sup> As agências reguladoras, como categoria abstrata, não receberam disciplina constitucional. O texto da Constituição, todavia, faz menção a duas delas: a de telecomunicações (art. 21, XI) e a de petróleo (art. 177, § 2º, III).

Por fim, mais decisivo do que tudo para a constitucionalização do Direito Administrativo foi a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais — não apenas os específicos, mas sobretudo os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Também aqui, a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais.<sup>54</sup> Dentre eles é possível destacar:

*a) a redefinição da idéia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado*

Em relação a este tema, deve-se fazer, em primeiro lugar, a distinção necessária entre interesse público (i) *primário* — isto é, o interesse da sociedade, sintetizado em valores como justiça, segurança e bem-estar social — e (ii) *secundário*, que é o interesse da pessoa jurídica de direito público (União, Estados e Municípios), identificando-se com o interesse da Fazenda Pública, isto é, do erário.<sup>55</sup> Pois bem: o interesse público secundário jamais desfrutará de uma supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular. Se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação desses interesses, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> Sobre este tema específico, v. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo – Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 2006 e o projeto de doutoramento de Arícia Corrêa Fernandes, *Por uma releitura do princípio da legalidade administrativa e da reserva de Administração*, 2003, apresentado ao Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob minha orientação. V. tb. V. BATISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, 2003; e Binenbojm, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, 239:1, 2005.

<sup>55</sup> Esta classificação, de origem italiana, é pouco disseminada na doutrina e na jurisprudência brasileiras. V. ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del diritto amministrativo italiano*, p. 197, 1960 Apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 57, 2003. Depois de Celso Antônio, outros autores utilizaram esta distinção. V. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 429 et seq., 1997.

<sup>56</sup> Para um aprofundamento dessa discussão, v. meu prefácio ao livro de SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*, 2005. V. tb., naturalmente, o próprio livro, do qual constam textos de grande valia sobre o tema, escritos por Humberto Ávila, Paulo Ricardo Schier, Gustavo Binenbojm, Daniel Sarmento e Alexandre Aragão. O texto de Humberto Ávila foi pioneiro na discussão da matéria. Sob outro enfoque, merece referência o trabalho de OSÓRIO, Fábio Medina Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*, 220:107, 2000.

*b) a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária*

Supera-se, aqui, a idéia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem.

*c) a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo*

O conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição dos juízes e tribunais aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma e finalidade) e não do seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática. Já não se passa mais assim. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade permitem o controle da discricionariedade administrativa (observando-se, naturalmente, a contenção e a prudência, para que não se substitua a discricionariedade do administrador pela do juiz).<sup>57</sup>

Um último comentário se impõe nesse passo. Há autores que se referem à mudança de alguns paradigmas tradicionais do Direito Administrativo como caracterizadores de uma *privatização do direito público*, que passa a estar submetido, por exemplo, a algumas categorias do direito das obrigações. Seria, de certa forma, a mão inversa da *publicização do direito privado*. Na verdade, é a aplicação de princípios constitucionais que leva determinados institutos de direito público para o direito privado e, simetricamente, traz institutos de direito privado para o direito público. O fenômeno em questão, portanto, não é nem de publicização de um, nem de privatização de outro,

<sup>57</sup> Sobre princípios constitucionais da Administração Pública, v. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*, 1994; BACELLAR, Romeu. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, 1998; FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 1999; ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas. Interesse Público*, 21:57, 2003.

mas de constitucionalização de ambos. Daí resulta uma diluição do rigor da dualidade direito público/direito privado, produzindo áreas de confluência e fazendo com que a distinção passe a ser antes quantitativa do que qualitativa.<sup>58</sup>

## 5 Constitucionalização e judicialização das relações sociais

A constitucionalização, na linha do argumento aqui desenvolvido, expressa a irradiação dos valores constitucionais pelo sistema jurídico. Esta difusão da Lei Maior pelo ordenamento se dá por via da jurisdição constitucional, que abrange a aplicação direta da Constituição a determinadas questões; a declaração de inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis; e a interpretação conforme a Constituição, para atribuição de sentido às normas jurídicas em geral. No caso brasileiro, deve-se enfatizar, a jurisdição constitucional é exercida amplamente: do juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal, todos interpretam a Constituição, podendo, inclusive, recusar aplicação à lei ou outro ato normativo que considerem inconstitucional.<sup>59</sup>

Ao lado desse exercício amplo de jurisdição constitucional, há um outro fenômeno que merece ser destacado. Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira, inclusive na relação entre a Administração Pública e os administrados. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a

<sup>58</sup> Não é possível aprofundar o tema, que é rico e intrincado, sem um desvio que seria inevitavelmente longo e descabido nas circunstâncias. Vejam, sobre a questão: PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*, p. 17, 1997; MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, 65:23, p. 25, 1993; e TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*, p. 19, 2004: "Daí a inevitável alteração dos confins entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado. Em outras palavras, pode-se provavelmente determinar os campos do direito público ou do direito privado pela prevalência do interesse público ou do interesse privado, não já pela inexistência de intervenção pública nas atividades de direito privado ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública. A alteração tem enorme significado hermenêutico, e é preciso que venha a ser absorvida pelos operadores".

<sup>59</sup> A Constituição de 1988 manteve o sistema eclético, híbrido ou misto, combinando o controle *por via incidental e difuso* (sistema americano), que vinha desde o início da República, com o controle *por via principal e concentrado*, implantado com a EC nº 16/65 (sistema continental europeu). V. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2006.

desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo. Isso conduz a um último desenvolvimento de natureza política, que é considerado no parágrafo seguinte.

Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes.

Pois bem: em razão desse conjunto de fatores — constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário —, verificou-se no Brasil uma expressiva *judicialização* de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final.<sup>60</sup> Vejam-se a seguir, ilustrativamente, alguns dos temas e casos que foram objeto de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal ou de outros tribunais, em período recente:

- (i) políticas públicas: a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição dos inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça);
- (ii) relações entre Poderes: determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebra de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal;
- (iii) direitos fundamentais: legitimidade da interrupção da gestação em certas hipóteses de inviabilidade fetal e das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias;
- (iv) questões do dia-a-dia das pessoas: legalidade da cobrança de assinaturas telefônicas, majoração do valor das passagens de transporte coletivo ou a fixação do valor máximo de reajuste de mensalidade

<sup>60</sup> O tema é ainda pouco explorado na doutrina. V., no entanto, o trabalho-pesquisa elaborado por VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice de; MELO, BURGOS, Manuel Cunha; Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, 1999. E também, para duas visões diversas, VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três Poderes no Brasil*, 2002, e ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*, 2002. Para uma análise crítica desses dois trabalhos, v. MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, 57:113, 2002.

de planos de saúde. Como visto, os três exemplos cuidam de setores intensamente regulados, inclusive por meio de agências reguladoras específicas criadas na órbita federal.

Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são, como se sabe, *jurídicos*, mas a natureza de sua função é inegavelmente *política*, aspecto que é reforçado pela exemplificação anterior. 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.

Nesse ponto se coloca uma questão que só mais recentemente vem despertando o interesse da doutrina no Brasil, que é a da legitimidade democrática da função judicial, suas possibilidades e limites. Algumas expressões concretas dessa atuação, como o controle de constitucionalidade — *i.e.* a possibilidade de invalidação de leis e atos normativos emanados do Legislativo — já têm sido objeto de debate mais profundo nos últimos anos.<sup>61</sup> Outro domínio polêmico, relacionado ao controle de políticas públicas — *i.e.* o exame da adequação e suficiência de determinadas ações administrativas e o suprimento de omissões — vem ganhando atenção crescente.<sup>62</sup> São amplos

<sup>61</sup> No Direito comparado, no qual o tema é discutido de longa data, *v.*, exemplificativamente: Hamilton, Madison e Jay, *The federalist papers*, 1981 (a publicação original ocorreu entre 1787 e 1788), especialmente *O Federalista*, n. 78; John Marshall, voto em *Marbury v. Madison* [5 U.S. (1 Cranch)], 1803; KELSEN, Hans. *Quién debe ser el defensor de la Constitución*, 1931; SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*, 1931; ELY, John Hart. *Democracy and distrust*, 1980; BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*, 1986; DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*, 1985; RAWLS, John. *A theory of justice*, 1999; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, 1989; ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*, 1993; SANTIAGO NINO, Carlos. *La Constitución de la democracia deliberativa*, 1997. Na literatura nacional mais recente, vejam: FERNANDES, Bianca Stamato. *Jurisdição constitucional*, 2005; BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*, 2004; PEREIRA NETO, Cláudio de Souza. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*, 2002; SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, 2002.

<sup>62</sup> V. BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, 240, 2005 e, da mesma autora, Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, 3:17, 2006. *V. tb.* GOUVÊA, Marcos Maselli Pinheiro.

os espaços de interseção e fricção entre o Judiciário e os outros dois Poderes, potencializando a necessidade de se demarcar o âmbito de atuação legítima de cada um.<sup>63</sup> Como intuitivo, não existem fronteiras fixas e rígidas, havendo uma dinâmica própria e pendular nessas interações.

Em sentido amplo, a jurisdição constitucional envolve a interpretação e aplicação da Constituição, tendo como uma de suas principais expressões o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. No Brasil, esta possibilidade vem desde a primeira Constituição republicana (controle incidental e difuso), tendo sido ampliada após a Emenda Constitucional nº 16/65 (controle principal e concentrado). A existência de fundamento normativo expresso, aliada a outras circunstâncias, adiou o debate no país acerca da legitimidade do desempenho pela corte constitucional de um papel normalmente referido como *contra-majoritário*:<sup>64</sup> órgãos e agentes públicos não eleitos têm o poder de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular.

Ao longo dos últimos dois séculos, impuseram-se doutrinariamente duas grandes linhas de justificação desse papel das supremas cortes/tribunais constitucionais. A primeira, mais tradicional, assenta raízes na soberania popular e na separação de Poderes: a Constituição, expressão maior da vontade do povo, deve prevalecer sobre as leis, manifestações das maiorias parlamentares. Cabe assim ao Judiciário, no desempenho de sua função de aplicar o direito, afirmar tal supremacia, negando validade à lei inconstitucional. A segunda, que lida com a realidade mais complexa da interpretação jurídica contemporânea — que superou a compreensão formalista e mecanicista do fenômeno jurídico, reconhecendo o papel decisivo do intérprete na atribuição de sentido às normas jurídicas<sup>65</sup> —, procura legitimar o desempenho do

---

*O controle judicial das omissões administrativas*, 2003. Abordagens iniciais da questão podem ser encontradas em BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2003; e SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2004.

<sup>63</sup> Vejam dois exemplos ilustrativos de questões decididas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal: (i) as maiorias parlamentares não podem frustrar o direito das minorias de verem instaladas comissões parlamentares de inquérito (MS 24.831. Relator: Min. Celso de Mello. *DJU*, 4 ago. 2006); e (ii) mudanças das regras eleitorais sobre coligações partidárias não podem ser aplicadas às eleições que se realizarão em menos de um ano (ADIn 3.685. Relator: Min. Ellen Gracie. *DJU*, 10 ago. 2006.). Para um comentário acerca destas e de outras decisões, v. Nelson Nascimento Diz, *Retrospectiva 2006: Supremo Tribunal Federal, Revista de Direito do Estado*, 5:87, 2006.

<sup>64</sup> A expressão “dificuldade contra-majoritária” (*the counter-majoritarian difficulty*) foi cunhada por BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*, p. 16, 1986, cuja 1. edição é de 1962.

<sup>65</sup> Relembre-se que no atual estágio da dogmática jurídica reconhece-se que, em múltiplas situações, o juiz não é apenas “a boca que pronuncia as palavras da lei”, na expressão de Montesquieu. Hipóteses



controle de constitucionalidade em outro fundamento: a preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático. Ao juiz constitucional cabe assegurar determinados valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação.<sup>66</sup>

Por sua vez, a questão do controle das políticas públicas envolve, igualmente, a demarcação do limite adequado entre matéria constitucional e matéria a ser submetida ao processo político majoritário. Por um lado, a Constituição protege os direitos fundamentais e determina a adoção de políticas públicas aptas a realizá-los. Por outro, atribuiu as decisões sobre o investimento de recursos e as opções políticas a serem perseguidas a cada tempo aos Poderes Legislativo e Executivo. Para assegurar a supremacia da Constituição, mas não a hegemonia judicial, a doutrina começa a voltar sua atenção para o desenvolvimento de parâmetros objetivos de controle de políticas públicas.<sup>67</sup>

O papel do Judiciário, em geral, e do Supremo Tribunal Federal, em particular, na interpretação e na efetivação da Constituição, é o combustível de um debate permanente na teoria/filosofia<sup>68</sup> constitucional contemporânea, pelo mundo afora. Como as nuvens, o tema tem percorrido trajetórias

---

há em que o intérprete é co-participante do processo de criação do Direito, integrando o conteúdo da norma com valorações próprias e escolhas fundamentadas, notadamente quando se trate da aplicação de cláusulas gerais e princípios. Sobre o tema, v. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, *Revista Forense*, 371:175, 2004.

<sup>66</sup> Sobre o tema, veja SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição, democracia e racionalidade prática*, 2002; SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, 2002; STAMATO, Bianca. *Jurisdição constitucional*, 2005.

<sup>67</sup> V., especialmente, BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, 240, 2005. Em duas passagens, sintetiza a autora, de maneira feliz, os dois pólos da questão: “Em um Estado democrático, não se pode pretender que a Constituição invada o espaço da política em uma versão de substancialismo radical e elitista, em que as decisões políticas são transferidas, do povo e de seus representantes, para os reis filósofos da atualidade: os juristas e operadores do direito em geral”. Porém de outra parte: “Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas — que irá ou não realizar esses fins — deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo” (grifos no original).

<sup>68</sup> Os conceitos de teoria e de filosofia constitucional não se confundem, mas vêm se aproximando, como notou SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A teoria constitucional e seus lugares específicos: notas sobre o aporte reconstrutivo. In: *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*, p. 87 et seq., 2005: “Tradicionalmente, a teoria da constituição se destinava à identificação, análise e descrição do que ‘é’ uma constituição. Hoje, contudo, abrange também o campo das indagações que versam sobre o que a constituição ‘deve ser’, i. e., incorpora dimensões racional-normativas, as quais se situam na seara do que se vem denominando ‘filosofia constitucional’”.

variáveis, em função de ventos circunstanciais, e tem assumido formas as mais diversas: ativismo *versus* contenção judiciais; interpretativismo *versus* não-interpretativismo; constitucionalismo popular *versus* supremacia judicial. A terminologia anterior deixa trair a origem do debate: a discussão existente sobre a matéria nos Estados Unidos, desde os primórdios do constitucionalismo naquele país. A seguir uma palavra sobre a experiência americana.

A atuação pró-ativa da Suprema Corte, no início da experiência constitucional americana, foi uma bandeira do pensamento conservador. Não há surpresa nisso: ali se encontrou apoio para a política da segregação racial<sup>69</sup> e para a invalidação das leis sociais em geral,<sup>70</sup> culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte.<sup>71</sup> A situação se inverteu completamente a partir da década de 1950, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Earl Warren (e logo ao início do período presidido por Burger), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais,<sup>72</sup> incluindo afrodescendentes, presos e mulheres, bem como questões relativas a privacidade e aborto.<sup>73</sup>

<sup>69</sup> Em *Dred Scott vs. Sandford* [60 U.S. (10 How.) 393], julgado em 1857, a Suprema Corte considerou serem inconstitucionais tanto as leis estaduais como as federais que pretendessem conferir cidadania aos negros, que eram vistos como seres inferiores e não tinham proteção constitucional. Na mais condenada decisão do constitucionalismo americano, a Suprema Corte alinhou-se com a defesa da escravidão. Muitos anos se passaram até que o Tribunal recuperasse sua autoridade moral e política. V. NOWACK; ROTUNDA; YOUNG. *Constitutional law*, p. 687, 2000.

<sup>70</sup> A partir do final do século XIX, a Suprema Corte fez-se intérprete do pensamento liberal, fundado na idéia do *laissez faire*, pelo qual o desenvolvimento é melhor fomentado com a menor interferência possível do Poder Público. A decisão que melhor simbolizou esse período foi proferida em 1905 no caso *Lochner vs. New York* (198 U.S. 45), na qual, em nome da liberdade de contrato, considerou-se inconstitucional uma lei de Nova York que limitava a jornada de trabalho dos padeiros. Sob o mesmo fundamento, a Suprema Corte invalidou inúmeras outras leis. Esse período ficou conhecido como era *Lochner*.

<sup>71</sup> Eleito em 1932, após a crise de 1929, Franklin Roosevelt deflagrou o *New Deal*, programa econômico e social caracterizado pela intervenção do Estado no domínio econômico e pela edição de ampla legislação social. Com base na doutrina desenvolvida na era *Lochner*, a Suprema Corte passou a declarar inconstitucionais tais leis, gerando um confronto com o Executivo. Roosevelt chegou a enviar um projeto de lei ao Congresso, ampliando a composição da Corte — *Court-packing plan* —, que não foi aprovado. A Suprema Corte, no entanto, veio a mudar sua orientação e abdicou do exame do mérito das normas de cunho econômico e social, tendo por marco a decisão proferida em *West Coast vs. Parrish* (300 U.S. 379), datada de 1937.

<sup>72</sup> Ver o registro dessa mudança em KRAMER, Larry D. Popular constitutionalism. *California Law Review*, 92:959, p. 964-5, 2004: "(A Corte de Warren), pela primeira vez na história dos Estados Unidos, deu razão para que os progressistas encarassem o judiciário como um aliado em vez de um inimigo. Isto nunca foi problema para os conservadores. Desde a época dos Federalistas, os conservadores sempre sustentaram a idéia de uma ampla autoridade judicial, incluindo a supremacia do judiciário. E eles continuaram a fazê-lo após o juiz Warren assumir o cargo. Para os conservadores, o problema da Corte de Warren era simplesmente que suas decisões eram equivocadas. (...) Depois do ataque de Robert Bork, em 1968, na revista *Fortune*, vários conservadores começaram a investir contra a Corte usando a tradicional retórica liberal contra-majoritária".

<sup>73</sup> Earl Warren presidiu a Suprema Corte de 1953 a 1969; Warren Burger, de 1969 a 1986. Algumas decisões emblemáticas desses períodos foram: *Brown vs. Board of Education* (1954), que considerou

Pelos anos seguintes, o debate central na teoria constitucional norte-americana contrapôs, de um lado, liberais (ou progressistas), favoráveis ao *judicial review* e a algum grau de ativismo judicial, e, de outro, conservadores, favoráveis à autocontenção judicial e a teorias como o originalismo e o não-interpretativismo.<sup>74</sup> De algum tempo para cá, em razão do amplo predomínio republicano e conservador, com reflexos na jurisprudência da Suprema Corte, alguns juristas liberais vêm questionando o que denominam “supremacia judicial” e defendendo um ainda impreciso constitucionalismo popular, com a “retirada da Constituição dos tribunais”.<sup>75</sup> Apesar do ativismo judicial conservador dos últimos anos, o *judicial review* e o constitucionalismo democrático, por fundadas razões, ainda são as doutrinas dominantes do pensamento progressista.<sup>76</sup>

---

inconstitucional a política de segregação racial nas escolas públicas; *Griswold vs. Connecticut* (1965), que invalidou lei estadual que incriminava o uso de píluva anticoncepcional, reconhecendo um direito implícito à privacidade; e *Roe vs. Wade* (1973), que considerou inconstitucional lei estadual que criminalizava o aborto, mesmo que antes do terceiro mês de gestação. No domínio do processo penal, foram proferidas as decisões marcantes já mencionadas (v. *supra*), em casos como *Gideon vs. Wainwright* (1963) e *Miranda vs. Arizona* (1966)

<sup>74</sup> A crítica de viés conservador, estimulada por longo período de governos republicanos, veio embalada por uma corrente doutrinária denominada de *originalismo*, defensora da idéia pouco consistente de que a interpretação constitucional deveria ater-se à intenção original dos criadores da Constituição. Sobre o tema, v. BORK, Robert. *The tempting of América*, 1990, e REHNQUIST, William. The notion of a living Constitution. *Texas Law Review*, 54:693, 1976. Em sentido oposto, v. HORWITZ, Morton J. Foreword: the Constitution of change: legal fundamentality without fundamentalism. *Harvard Law Review*, 107:30, 1993, e TRIBE, Laurence. *American constitutional law*, p. 302 et seq., 2000. Para uma análise ampla dessa temática em língua portuguesa, v. STAMATO, Bianca. *Jurisdição constitucional*, 2005.

<sup>75</sup> Vejam alguns textos escritos nos últimos anos. Em favor do “popular constitutionalism”, v.: KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, 2004; TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*, 1999; WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*, 1999; PARKER, Richard D. “Here the people rule”: a popular constitutionalist manifest, 1994. Em defesa do “judicial review”, v.: EISGRUBER’S, Christopher L. *Constitutional self-government*, 2001; CHEMERINSKY, Erwin. In defense of judicial review: a reply to professor Kramer. *California Law Review*, 92:1013, 2004; SCHAUER, Frederick. Judicial supremacy and the modest Constitution. *California Law Review*, 92:1045, 2004.

<sup>76</sup> V. DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*, p. 131, 2006, explorando a distinção entre democracia *majoritária* e democracia como uma parceria entre iguais e defendendo esta última: “[D]emocracia significa que o povo governa a si mesmo, cada indivíduo sendo um parceiro integral em um empreendimento político coletivo, no qual as decisões da maioria somente são democráticas quando algumas condições são preenchidas, de modo a proteger o status e os interesses de cada cidadão como um parceiro integral no empreendimento”. V. tb. POST Robert; SIEGEL, Reva. *Roe rage: democratic constitutionalism and backlash*, 2007, mimeografado, texto gentilmente cedido pelo primeiro autor: “A confiança dos juristas progressistas na jurisdição constitucional chegou ao auge durante o período da Corte Warren e imediatamente após. Os tribunais eram celebrados como ‘forum de princípios’, locais privilegiados de difusão da razão humana. Mas a atitude dos progressistas em relação à jurisdição constitucional começou recentemente a fragmentar-se e a divergir. Alguns juristas progressistas, seguindo o chamado do ‘constitucionalismo popular’, têm defendido que a Constituição deve ser retirada dos tribunais e restituída ao povo. Outros têm

O debate, na sua essência, é universal e gravita em torno das tensões e superposições entre constitucionalismo e democracia. É bem de ver, no entanto, que a idéia de democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados. Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado.<sup>77</sup> No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los.<sup>78</sup> O *deficit* democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contramajoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar

---

ênfaticamente a necessidade urgente de cautela judicial e de minimalismo. (...) Em nosso modo de ver, o pêndulo avançou longe demais, da confiança excessiva nos tribunais a um desespero excessivo. (...) O constitucionalismo democrático (aqui defendido) afirma tanto o papel das instituições representativas de governo e da mobilização da cidadania no cumprimento da Constituição quanto, ao mesmo tempo, afirma também o papel dos tribunais e da argumentação jurídica na interpretação da Constituição. Diferentemente do constitucionalismo popular, o constitucionalismo democrático não procura retirar a Constituição dos tribunais. O constitucionalismo democrático reconhece o papel essencial do judiciário na implementação dos direitos constitucionais no Estado americano. De outro lado, recusando um foco essencialmente jurisdicional (*a juricentric focus on courts*), o constitucionalismo democrático valoriza o papel essencial que o engajamento popular desempenha ao direcionar e legitimar as instituições e as práticas do controle judicial”.

<sup>77</sup> EISGRUBER, Christopher L. Constitutional self-government and judicial review: a reply to five critics, *University of San Francisco Law Review*, 37:115, p. 119-31, 2002: “Os constitucionalistas... ainda não deram a devida atenção à possibilidade de uma distinção conceitual entre ‘os eleitores’ e ‘o povo’. (...) ‘Governo de eleitores’ e ‘governo dos legisladores’ são interpretações igualmente não-satisfatórias de ‘governo do povo’. Tanto governantes quanto eleitores são estimulados a tomar decisões políticas com base em seus interesses pessoais. No caso dos governantes, o estímulo é simples: os governantes têm que se preocupar em manter-se no cargo. (...) (Em relação aos eleitores), destacarei duas conseqüências que decorrem desse estímulo. Em primeiro lugar, é legítimo e talvez até desejável que os eleitores votem com base em seu interesse pessoal (os eleitores podem, por exemplo, deliberadamente escolher o candidato que mais diminuir sua carga tributária). Depois, os eleitores não têm nenhum estímulo institucional para serem moralmente responsáveis por suas decisões: ao contrário dos juizes, eles agem em grandes grupos e não precisam fundamentar suas decisões. (...) Defendo o controle de constitucionalidade por se tratar de um meio razoável e favorável à democracia (apesar de também imperfeito) de corrigir as imperfeições dos eleitores e dos governantes”.

<sup>78</sup> A jurisdição constitucional legitimou-se, historicamente, pelo inestimável serviço prestado às duas idéias centrais que se fundiram para criar o moderno Estado democrático de direito: constitucionalismo (i.e., poder limitado e respeito aos direitos fundamentais) e democracia (soberania popular e governo da maioria). O papel da corte constitucional é assegurar que todos estes elementos convivam em harmonia, cabendo-lhe, ademais, a atribuição delicada de estancar a vontade da maioria quando atropela o procedimento democrático ou vulnera direitos fundamentais da minoria. Um bom exemplo do que se vem de afirmar foi a decisão do STF reconhecendo o direito público subjetivo, assegurado às minorias legislativas, de ver instaurada Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI dos Bingos). Diante da inércia dos líderes partidários em indicar representantes de suas agremiações, a Corte concedeu mandado de segurança para que o próprio Presidente do Senado designasse os nomes faltantes. V. STF. 24.831/DF. Relator: Min. Celso de Mello. *DJU*, p. 26, 4 ago. 2006.

afetada por disfunções diversas, entre as quais o uso da máquina administrativa nas campanhas, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação.<sup>79</sup>

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *deficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, exercendo preferências políticas de modo voluntarista em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao Tribunal Constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.<sup>80</sup>

No Brasil, só mais recentemente começou-se a produzir estudos acerca do ponto de equilíbrio entre supremacia da Constituição, interpretação constitucional pelo Judiciário e processo político majoritário. O texto prolixo da Constituição, a disfuncionalidade do Judiciário e a crise de legitimidade que envolve o Executivo e o Legislativo tornam a tarefa complexa.

## 6 Controlando os riscos da constitucionalização excessiva<sup>81</sup>

A constitucionalização do direito, na acepção aqui explorada, identifica o efeito expansivo das normas constitucionais, cujas regras e princípios se irradiam por todo o sistema jurídico. Dela resulta a aplicabilidade direta e imediata da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das

<sup>79</sup> V. MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, p. 323, 2001: "Na fórmula constitucional primordial, 'todo poder reside no povo'. Mas a verdade é que, na reformulação de Sternberger, 'nem todo o poder vem do povo'. Há o poder econômico, o poder mediático, o poder das corporações sectoriais. E por vezes estes poderes sobrepõem-se ao poder do povo".

<sup>80</sup> Na experiência brasileira, penso ter se concretizado, em ampla medida, a expectativa manifestada por mim em artigo escrito ao final da primeira década da Constituição brasileira de 1988. V. BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, 214/1, 1998: "Minha proposição é simples: o fortalecimento de uma corte constitucional, que tenha autoridade institucional e saiba utilizá-la na solução de conflitos entre os Poderes ou entre estes e a sociedade (com sensibilidade política, o que pode significar, conforme o caso, prudência ou ousadia), é a salvação da Constituição e o antídoto contra golpes de Estado".

<sup>81</sup> Sobre o tema, v. SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. *Revista de Direito do Estado*, 2:83, 2006, cujas idéias e preocupações inspiraram e motivaram o presente tópico.

normas incompatíveis com a Lei Fundamental e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que lhes irá conformar o sentido e alcance. Na linha aqui esposada, trata-se de fenômeno positivo, compatível com o Estado democrático e com maior potencial de realização dos direitos fundamentais. Nada obstante, não deve passar despercebido o fato de que a constitucionalização exacerbada pode trazer conseqüências negativas, duas das quais são apontadas a seguir:

- a) *de natureza política*: o esvaziamento do poder das maiorias, pelo engessamento da legislação ordinária;
- b) *de natureza metodológica*: o decisionismo judicial, potencializado pela textura aberta e vaga das normas constitucionais.

Um sentido da locução *constitucionalização do direito* identifica a *vinda* para a Constituição de normas dos diversos ramos do direito infraconstitucional, que nela viram consignados institutos, princípios e regras a eles atinentes. Outro sentido possível, que foi o explorado no presente texto, traduz a *ida* da Constituição, com seus valores e fins, aos diferentes ramos do direito infraconstitucional. Mas constitucionalizar uma matéria significa retirá-la da política cotidiana, do debate legislativo. Isso dificulta o governo da maioria, que não pode se manifestar através do processo legislativo ordinário — que exige maioria simples ou, no máximo, absoluta —, precisando alcançar, com freqüência, o *quorum* qualificado das emendas constitucionais. Como a Constituição brasileira já padece do excesso de constitucionalização, na primeira acepção, não se deve alargar além do limite razoável a constitucionalização por via interpretativa, sob pena de se embarçar, pelo excesso de rigidez, o governo da maioria, componente importante do Estado democrático.

De outra parte, é indispensável que juízes e tribunais adotem certo rigor dogmático e assumam o ônus argumentativo da aplicação de regras que contenham conceitos jurídicos indeterminados ou princípios de conteúdo fluido. O uso abusivo da *discricionariedade judicial* na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela de valores como segurança e justiça, além de poder comprometer a legitimidade democrática da função judicial. Princípios como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de escolhas pessoais e idiossincráticas. Os parâmetros da atuação judicial, mesmo quando colhidos fora do sistema estritamente normativo, devem corresponder ao sentimento social e estar sujeitos a um controle intersubjetivo de racionalidade e legitimidade.

Em meio a múltiplos esforços para coibir as duas disfunções apontadas anteriormente, destacam-se dois parâmetros preferenciais a serem seguidos pelos intérpretes em geral:

- a) *preferência pela lei*: onde tiver havido manifestação inequívoca e válida do legislador, deve ela prevalecer, abstendo-se o juiz ou o tribunal de produzir solução diversa que lhe pareça mais conveniente;
- b) *preferência pela regra*: onde o constituinte ou o legislador tiver atuado, mediante a edição de uma regra válida, descritiva da conduta a ser seguida, deve ela prevalecer sobre os princípios de igual hierarquia, que por acaso pudessem postular incidência na matéria.

A Constituição não pode pretender ocupar todo o espaço jurídico em um Estado democrático de direito. Respeitadas as regras constitucionais e dentro das possibilidades de sentido dos princípios constitucionais, o Legislativo está livre para fazer as escolhas que lhe pareçam melhores e mais consistentes com os anseios da população que o elegeu. O reconhecimento de que juízes e tribunais podem atuar criativamente em determinadas situações não dá a eles autorização para se sobreponem ao legislador; a menos que este tenha incorrido em inconstitucionalidade. Vale dizer: havendo lei válida a respeito, é ela que deve prevalecer.<sup>82</sup> A *preferência da lei* concretiza os princípios da separação de Poderes,<sup>83</sup> da segurança jurídica<sup>84</sup> e da isonomia.<sup>85</sup>

<sup>82</sup> Vejam um bom exemplo. A Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105, de 24.03.2005), em seu art. 5º, admitiu e disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias. Em meio a diversas restrições e exigências, condicionou a realização das pesquisas, em cada caso, à autorização dos genitores. Significa dizer que, em matéria em relação à qual vigora um desacordo moral razoável, assegurou a autonomia da vontade de cada casal, para decidir conforme sua consciência. O Procurador-Geral da República ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contra o dispositivo. O pedido não merece acolhimento. O Poder Legislativo, por votação expressiva, tomou posição na matéria. O tema não se situa dentro dos consensos mínimos protegidos pela Constituição, devendo prevalecer a deliberação realizada no âmbito do processo político majoritário. A matéria é tratada na ADIn nº 3.510, Relator: Min. Carlos Ayres Britto.

<sup>83</sup> A função de criar normas jurídicas, instituindo direitos e obrigações, foi atribuída pela Constituição, predominante e preferencialmente, ao Poder Legislativo. Ainda que, presentes determinados pressupostos, possam os outros Poderes exercer competências normativas ou criadoras do Direito em concreto, devem eles ceder à deliberação legislativa válida. Nesse passo, a avaliação da validade não pode se tornar uma forma velada de o magistrado substituir as escolhas políticas do legislador pelas suas próprias. Não cabe ao Judiciário declarar a invalidade de norma que lhe pareça *a melhor ou a mais conveniente*. A declaração de inconstitucionalidade deve ser sempre a última opção, preservando-se o ato que seja passível de compatibilização com a ordem constitucional, ainda quando pareça, ao juiz, equivocado do ponto de vista político. Isso é o que decorre do princípio da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, escorado na separação dos Poderes. O tema foi tratado *supra*.

<sup>84</sup> A lei, com seu comando geral, abstrato e obrigatório, assegura previsibilidade às condutas e estabilidade às relações jurídicas. A segurança jurídica ficaria afetada se determinada matéria, em lugar de ser regida por norma única, ficasse sujeita às decisões particulares do Poder Judiciário.

<sup>85</sup> O caráter geral e abstrato da lei assegura que todos que se encontrem na situação descrita pela norma recebam a mesma disciplina. Se o Judiciário puder criar, de maneira ilimitada, via processos judiciais, obrigações específicas com fundamento em princípios constitucionais vagos, haveria uma multiplicidade de regimes jurídicos para pessoas que se encontram em igualdade de condições.

*Regras têm preferência sobre princípios*,<sup>86</sup> desde que tenham igual hierarquia e não tenha sido possível solucionar a colisão entre eles pelos mecanismos tradicionais de interpretação. Duas observações dogmáticas: princípios têm uma área nuclear que se aplica como regra; regras, como padrão geral, não devem ser ponderadas.<sup>87</sup> Quando o constituinte ou o legislador atuam por meio de uma regra, que expressa um mandado definitivo e não uma ordem de otimização, fazem uma escolha que deve ser respeitada pelo intérprete. A não realização dos efeitos de uma regra significa, de ordinário, sua violação. Ao prover acerca de um tema por meio de regra, o constituinte-legislador ou excepcionou deliberadamente um princípio ou optou por prestigiar a segurança jurídica em detrimento da flexibilidade, minimizando a intervenção do intérprete judicial.

## 7 Conclusões

O novo Direito Constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.

Fruto desse processo, a constitucionalização do direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. A constitucionalização, o aumento da demanda por

<sup>86</sup> V. o desenvolvimento analítico desse parâmetro em BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 165 et seq., 2005.

<sup>87</sup> Em sentido diverso, v. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 45-46, 2003. Nosso ponto de vista coincide com a formulação proposta por BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 220 et seq., 2005, para quem a colisão de regras envolverá sempre uma situação de ruptura do sistema. Ainda assim, propõe ela a utilização de três parâmetros para lidar com esta situação e com o problema das regras injustas, que não deverão ser aplicadas ao caso específico: (i) a interpretação conforme a equidade das regras; (ii) a caracterização da imprevisão legislativa; e (iii) a inconstitucionalidade da norma produzida pela incidência da regra na hipótese concreta.



justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais. Tal fato potencializa a importância do debate, na teoria constitucional, acerca do equilíbrio que deve haver entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e processo político majoritário.

O Direito Administrativo é um dos mais afetados pelo fenômeno da constitucionalização. A partir da centralidade da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, a relação entre Administração e administrados é alterada, com a superação ou releitura de paradigmas tradicionais, sendo de se destacar: *a) a redefinição da idéia de supremacia do interesse público sobre o particular*, com o reconhecimento de que os interesses privados podem recair sob a proteção da Constituição e exigir ponderações em concreto; *b) a conversão do princípio da legalidade administrativa em princípio da juridicidade*, admitindo-se que a atividade administrativa possa buscar seu fundamento de validade diretamente na Constituição, que também funciona como parâmetro de controle; *c) a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo*, com base em princípios constitucionais como a moralidade, a eficiência, a segurança jurídica e, sobretudo, a razoabilidade/proporcionalidade.

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63. ISBN 978-85-7700-186-6.