



## **O PROTAGONISMO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SEU PAPEL NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

### **THE PROTAGONISM OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND ITS ROLE IN THE CONCRETIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE FRAMEWORK OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW**

Caroline Cristiane Werle <sup>1</sup>

Tatiele Gisch Kuntz <sup>2</sup>

**RESUMO:** A jurisdição constitucional afigura-se como um imprescindível instrumento de proteção e garantia da Constituição e dos direitos fundamentais no contexto do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o trabalho apresentará, primeiramente, algumas questões sobre a evolução histórica da jurisdição constitucional – abordando-se, também, as Constituições – e posteriormente analisará o desenvolvimento dos direitos fundamentais e a sua valoração no seio da sociedade. Por fim, o presente artigo estudará o possível protagonismo da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito e seu fundamental exercício no âmbito da concretização dos direitos fundamentais. Para tanto, considerando que o

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa promovida pela CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Pós-graduanda em Docência no Ensino Superior pela Faculdade de Educação São Luís. Advogada. Integrante do grupo de pesquisas “Intersecções Jurídicas entre o Público e Privado” coordenado pelo professor Pós-Doutor Jorge Renato dos Reis, vinculado ao programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. E-mail: ccwerle@yahoo.com.br.

<sup>2</sup> Mestre em Políticas Públicas de Inclusão Social na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Especialista em Direito Público pela Anhanguera- Uniderp. Graduada em Direito pela UNIVATES, Advogada. E-mail: tatiele.g.k@gmail.com.



artigo possui natureza bibliográfica, serão utilizados os métodos de abordagem dedutivo e histórico-crítico e a técnica de pesquisa se valerá da documentação indireta. Longe de esgotar o estudo do assunto em tela, acredita-se que a jurisdição constitucional, respeitados os limites de sua atuação no que diz respeito à interpretação da Constituição, desempenha um papel vital na concretização dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Constituição; direitos fundamentais; Estado Democrático de Direito; jurisdição constitucional.

**ABSTRACT:** The constitutional jurisdiction appears as an indispensable instrument of protection and guarantee of the Constitution and fundamental rights in the context of the Democratic State of Law. For this reason, the paper presents, first, some questions about the historical evolution of constitutional jurisdiction – addressing it also the Constitutions – and then analyze the development of fundamental rights and your value in society. Finally, this paper will explore the possible role of constitutional jurisdiction in the Democratic State of Law and its fundamental role in the realization of fundamental rights. To do the paper, considering that the article has bibliographic nature, will be used the approach methods of deductive and historical-critical and the research technique will make use of indirect documentation. Far from exhausting the subject of study in question, it is believed that the constitutional jurisdiction, respected the limits of its performance with regard to the interpretation of the Constitution, plays a vital role in the realization of fundamental rights.

**Keywords:** Constitution; constitutional jurisdiction; Democratic State of Law; fundamental rights.

## 1 INTRODUÇÃO

A jurisdição constitucional revela-se um importante – e indispensável – instrumento no contexto do Estado Democrático de Direito, especialmente pelo fato de que o aludido mecanismo possui estreita vinculação com a garantia e proteção da Constituição e dos direitos fundamentais, sendo que, uma das indagações mais



relevantes e recorrentes da atualidade perpassa, indubitavelmente, pelo debate sobre as questões que envolvem a concretização de tais direitos.

Com o término da Segunda Guerra Mundial, o papel da jurisdição constitucional tornou-se mais proeminente e ativo, notadamente devido ao novo tratamento dado aos direitos humanos, os quais passaram a ter, além de uma maior força, um reconhecimento mais amplo junto à sociedade. Em razão de tais fatos, os Tribunais Constitucionais adquiriram novas tarefas e, conseqüentemente, assumiram um grandioso compromisso com relação à concretização dos direitos fundamentais, ou seja, era necessário que tais direitos, além de estarem positivados, fossem, de fato, respeitados e efetivados.

Nesse sentido, considerando o fundamental papel desempenhado pela jurisdição constitucional no âmbito dos direitos fundamentais, o presente trabalho tem sua justificativa centrada na necessidade de compreender o funcionamento do aludido instrumento constitucional e, também, de seus limites frente à concretização dos referenciados direitos. Dessa forma, o presente trabalho visa responder a seguinte indagação: qual a real importância da jurisdição constitucional no que diz respeito à garantia, proteção e concretização dos direitos fundamentais no âmbito do Estado Democrático de Direito?

Isso porque, trabalha-se com a hipótese de que o papel desempenhado pela jurisdição constitucional no que diz respeito à garantia, proteção e concretização dos direitos fundamentais é inegável e indispensável para o funcionamento do Estado Democrático de Direito.

Assim, sem a pretensão de esgotar o assunto em pauta, tampouco apontar verdades absolutas, o estudo apresenta, em um primeiro momento, algumas reflexões acerca da evolução histórica da jurisdição constitucional – discorrendo sobre a relação entre as Constituições e os modelos estatais que foram se



consolidando o longo do tempo – e, num segundo momento, aborda o desenvolvimento dos direitos fundamentais e sua consequente carga valorativa junto à sociedade. Por fim, o presente artigo estudará o protagonismo da jurisdição constitucional e seu papel em face da concretização dos direitos fundamentais no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Nesse ínterim, considerando que o trabalho possui natureza bibliográfica, os métodos de abordagem serão o dedutivo e o histórico-crítico e a técnica de pesquisa se valerá da documentação indireta, utilizando-se, para tanto, referências doutrinárias, artigos científicos e revistas relativas à temática em tela.

## **2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CONSTITUIÇÃO: PERSPECTIVAS HISTÓRICAS E CONTEMPORÂNEAS**

Para que seja possível compreender a evolução da jurisdição constitucional é imprescindível, primeiramente, analisar a relação existente entre as Constituições e os modelos de Estado que se consolidaram ao longo do tempo – Estado Absolutista, Estado Liberal, Estado de Bem-Estar Social e Estado Democrático –, sendo que o presente trabalho debruçar-se-á com mais afinco no último modelo mencionado.

A Constituição, conhecida como documento jurídico de organização do poder, trata-se de uma “invenção” moderna<sup>3</sup> e sua origem está alicerçada na tentativa de vincular o poder ao Direito, a qual, por sua vez, estava atrelada à necessidade de consolidar e concretizar de forma mais eficaz as conquistas pretendidas e alcançadas pelos humanistas franceses (LEAL, 2007, p. 5-7).

---

<sup>3</sup> Ainda que o surgimento da Constituição esteja vinculado à Idade Moderna, alguns fatos apontam para a existência de uma Constituição já na Idade Antiga.



Dessa forma, a Revolução Francesa de 1789 pode ser considerada como o nascedouro do novo constitucionalismo, sendo que, a partir desse momento abre-se espaço para o surgimento da teoria do contrato social, a qual, ao inserir o indivíduo no centro da teoria política, “coloca o Estado como sendo criado por um pacto firmado entre homens livres e iguais que a ele delegam a função de assegurar as suas liberdades e os seus direitos” (LEAL, 2007, p. 8).

Sob esta perspectiva, verifica-se que a Constituição possui estreita relação com a função que o Estado exerce dentro da sociedade, pois, se houver alteração no “atuar” do Estado, conseqüentemente deverá haver uma mudança no texto constitucional. Nesse sentido, “cria-se a ideia de que o Estado está a serviço do homem, e não o contrário, o que permite que se imponham limites às suas atividades e ao seu poder” (LEAL, 2007, p. 8).

Essa concepção – o homem é anterior ao Estado – possui como plano de fundo a instauração do Estado Liberal, o qual, movido pelos interesses da burguesia, acarreta uma inversão na perspectiva de garantia dos direitos dos cidadãos e dos deveres inerentes ao Estado. Sob esta óptica, surgem dois princípios fundamentais, quais sejam: o princípio da distribuição e o princípio da organização.

O primeiro princípio, consoante o escólio de Leal (2007, p. 8), baseia-se na “máxima de que ao indivíduo é permitido fazer tudo aquilo que não é proibido e, ao Estado, somente aquilo que é permitido”, ou seja, a esfera pública não interfere em nenhum âmbito concreto ou particular tido como privado e, por outro lado, o particular se apresenta como ente apolítico<sup>4</sup>. No que tange ao segundo princípio, este “dá origem ao princípio da separação dos poderes, [...] forma ideal encontrada

---

<sup>4</sup> Nesse contexto, o Estado, compreendido como uma criação artificial, se afigura como um “mal necessário” junto à sociedade, o qual não deve interferir de forma demasiada na vida privada, condicionando a sua atuação no âmbito desta esfera quando realmente for preciso.



para pôr em prática o princípio da distribuição” (LEAL, 2007, p. 10), o qual preceitua que o poder se divide em competências circunscritas e atribuições.

Nesta senda, segundo assevera Leal (2007, p. 10),

o Estado passa a ter competências e atribuições bem delimitadas, sendo que o melhor instrumento para ordenar estes regramentos sobre competências e atribuições – e para assegurar os direitos individuais de uma maneira neutra e racional – é a lei, que pode ser caracterizada como uma regra geral (norma geral) que surge com o consentimento do povo – por meio do sistema representativo – num procedimento caracterizado pela discussão e pela publicidade.

Nessa linha de pensamento, Schapiro (2004, p. 238) destaca que “a lei era concebida como fruto da vontade geral”, o que fazia dela, para os moldes do Estado Liberal, não apenas um critério, mas o critério mais adequado para a limitação do poder político estatal.

Considerando tal entendimento, percebe-se que, enquanto no Absolutismo o Estado estava desvinculado da lei, no Liberalismo o Estado deixa de ser um ente à margem da lei e passa a se submeter a ela, abrindo espaço, assim, para a noção de Estado de Direito, o qual é contrário ao regime de força e ao autoritarismo, bem como exige a submissão de todos os direitos ao princípio da legalidade (LEAL, 2007, p. 10). Deste modo, a lei, fundada na racionalidade, se sobrepõe em face da Administração, da Jurisdição e dos cidadãos<sup>5</sup>.

Mediante tais apontamentos, é possível afirmar que a legalidade possui um papel ímpar no âmbito do Estado Liberal, sendo que o seu fundamento está pautado

---

<sup>5</sup> Nesse momento histórico, o Direito abandona a sua preocupação para com o justo e o injusto e volta-se para o aspecto procedimental – obediência aos procedimentos e na correta utilização dos instrumentos instituídos pela lei –. Aqui, o importante para o Direito não é saber se determinada conduta é certa ou errada, mas sim estabelecer autorizações e permissões – o que importa é saber se determinada situação é permitida ou proibida pela lei –. Portanto, o objetivo central do Direito, nesse contexto, é a pacificação social, e não a justiça.



na segurança jurídica, que por sua vez, se traduz no surgimento da lei, na atuação controlada e limitada do Estado e, inclusive, nos limites concernentes à interpretação normativa.

De acordo com o ensinamento de Leal (2007, p. 23-24), no Estado Liberal a supremacia do Poder Legislativo é evidente, sendo que o papel reservado para o Poder Judiciário é extremamente tímido e assentado nos parâmetros da escola do Empirismo Exegético, a qual preceituava que o juiz estava proibido de interpretar a lei, cabendo a ele, tão-somente, a tarefa de aplicar a norma ao caso concreto<sup>6</sup>.

Essa perspectiva de compreensão da lei acaba se estendendo à Constituição, que, a partir da óptica de Constituição formal, passa a ser encarada como uma norma jurídica. Nesse contexto, “[...] com base exclusivamente sobre a perspectiva normativa – pois politicamente o legislador é soberano – que se erige a figura do controle de constitucionalidade [...]” já que, sendo o Poder Judiciário o aplicador de normas, cabe a ele, também, aplicar a Constituição e assegurar que a sua superioridade será observada (LEAL, 2007, p. 26).

Nesse íterim, Leal (2007, p. 27), utilizando-se do silogismo, destaca que

a Constituição é uma norma jurídica tanto quanto as demais, porém superior; na lógica do Estado de Direito, cabe ao Judiciário aplicar as normas jurídicas; cabe, então, por via de consequência, ao Judiciário também a função de aplicar as normas constitucionais, velando pela sua prevalência em face das normas inferiores do ordenamento jurídico.

Sob este prisma, verifica-se que o controle de constitucionalidade é concebido como um instrumento capaz de controlar as desconformidades presentes nas

---

<sup>6</sup> A atuação dos magistrados estava alicerçada no silogismo lógico, no qual a “combinação” entre a norma – premissa maior – e o caso concreto – premissa menor – resultava em uma conclusão de caráter dedutivo. Dessa maneira, não havia qualquer margem para a interpretação, sendo que a atividade do juiz era mecânica e jamais poderia ser criativa, pois estava condicionada a esses dois fatores tidos como objetivos – norma e caso concreto –.



legislações ordinárias, ou seja, todo e qualquer juiz estava apto para afastar a aplicação de determinado ato legislativo que estivesse em descompasso com a Constituição (KELSEN, 2007, p. 120-123).

Em face de tais apontamentos, é possível notar que a relação existente entre a legislação e a execução do Direito compreende uma série de fatores – Constituição, lei, regulamento, ato administrativo, sentença, ato de execução, etc. –, os quais constituem as etapas de formação da vontade coletiva do Estado. Enquanto a Constituição se afigura como uma norma geral, a sentença se traduz em uma norma jurídica individual (KELSEN, 2007, p. 125). Portanto, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário atuam para “dar vida” e perfectibilizar a vontade dos cidadãos que formam a sociedade.

Dentre as inúmeras mudanças que já haviam se consolidado, muitas outras ainda iriam ocorrer com a instauração do Estado de Bem-Estar Social – também chamado de *Welfare State* –. As Constituições liberais são, inevitavelmente, do Estado<sup>7</sup>, isto é, “elas constituem um documento eminentemente jurídico cuja prerrogativa maior é a imposição de limites ao Estado e a garantia dos direitos individuais negativos” (LEAL, 2007, p. 29). Com a chegada do Estado de Bem-Estar Social, a Constituição passa a regular uma esfera mais ampla, abrangendo, assim, Estado, sociedade e indivíduo – além de suas múltiplas inter-relações –.

Entretanto, é com o término da Segunda Guerra Mundial que as Constituições passam a conter um viés “comunitário”<sup>8</sup>, sendo que, a partir de então, são

---

<sup>7</sup> Nesse período, o principal papel desempenhado pela Constituição era estabelecer a estrutura básica do Estado – quais eram seus poderes e suas respectivas competências – e proclamar qual era a essência dos direitos fundamentais concernentes à capacidade civil e política dos cidadãos.

<sup>8</sup> Essa concepção comunitária carrega consigo um aspecto valorativo e ético, a qual é fruto da posição formada após o fim da Segunda Guerra Mundial. Tais valores, agregados às Constituições, passam a funcionar como diretrizes para a vida em comum, concedendo destaque para a noção de coletividade.



concebidas carregando em seu bojo os valores compartilhados pela sociedade que as adota. Nesse sentido, os catálogos constitucionais passam a assumir conteúdos políticos, estabelecendo, além de princípios que organizam o poder, princípios de legitimação desse poder<sup>9</sup> (LEAL, 2007, p. 30-31).

Indubitavelmente, a passagem do Estado Liberal para o Estado de Bem-Estar Social acarretou diversas transformações na civilização, uma vez que o pensamento social contempla, de forma especial, tanto a sociedade, como o indivíduo. Dessa forma, além das mudanças no âmago das Constituições, a atuação do Estado precisou, igualmente, adequar-se a essa nova forma de pensar (REIS, 2003, p. 777-778).

Frente a essa situação,

o Estado não pode mais ser tido como mero espectador, devendo intervir diretamente nas questões sociais. Ele passa, então, de ente de postura negativa (com o simples dever de não invadir a esfera dos direitos individuais constitucionalmente assegurados) a promotor de bens e de serviços – devedor de uma prestação positiva – como forma de assegurá-los a uma parcela mais abrangente da sociedade, a partir da ideia de que devem ser tratados desigualmente situações desiguais (LEAL, 2007, p. 32).

Assim sendo, há um rompimento definitivo com a ideia preceituada no modelo Liberal, de modo que o Estado passa a abandonar a sua neutralidade para, então, assumir fins políticos próprios, chamando para si a responsabilidade de transformar a estrutura econômica e social no sentido de uma realização material da igualdade, a fim de impedir que a desigualdade destrua a igualdade jurídica (LEAL, 2007, p. 33).

Com tal ruptura, o conceito de Constituição se amplia ainda mais, sendo que a mesma deixa de ser um mero documento organizatório e passa a ser “um

---

<sup>9</sup> A partir de tais mudanças, o campo de atuação da Constituição é ampliado e, por conseguinte, passou a abranger não somente o Estado, mas toda a sociedade e os indivíduos que nela habitam.



elemento integrador para a vida em comum” (LEAL, 2007, p. 35). Nesse momento, a Constituição se afigura como uma arma de combate na busca pela unificação da sociedade, sendo que, para isso, é necessário que a teoria da Constituição contemple a multiplicidade dos processos criadores do Direito (LEAL, 2007, p. 35-36).

Tais apontamentos remetem para a ideia de que a concepção social trouxe consigo a inauguração de um Estado com fins políticos e, inclusive, que abriu margem para a compreensão da Constituição como um documento que provoca reflexo na vida das pessoas. Com efeito, torna-se pertinente dizer que a teoria da Constituição é concebida no Estado de Bem-Estar Social, pois é nesse momento que os seguintes fatores ganham relevância: interpretação da Constituição, inclusão da sociedade e alargamento das fontes do Direito (KOHLS e MACHADO, 2015, p. 145).

Nesse ínterim, devido à crescente importância da valoração dos direitos fundamentais e, também, em razão do aumento da preocupação relativa à garantia de tais direitos, inaugura-se o Estado Democrático de Direito, o qual está imantado pelo recrudescimento da noção de dignidade da pessoa humana, fazendo com que a Constituição assuma uma função principiológica (LEAL, 2007, p. 40).

Considerando essa nova ordem jurídica – necessidade de concretização dos direitos fundamentais –, com o receio de “deixar a Constituição à mercê da discricionariedade do legislador, a Teoria da Constituição Dirigente acaba entregando a decisão sobre as questões constitucionais ao Judiciário” (LEAL, 2007, p. 40), enaltecendo, assim, o papel desempenhado pelos órgãos judiciais de controle de constitucionalidade. Com isso, a ação preponderante, que antes era da política, foi sendo tomada pelos Tribunais Constitucionais, gerando um “protagonismo” do Poder Judiciário.



De tal modo, é possível perceber que o Estado Democrático de Direito se compromete “com o constitucionalismo e a democracia, preocupando-se com a efetivação dos direitos fundamentais e, principalmente, inovando com a sinalização manifesta da importância aos direitos humanos [...]” (GORCZEVSKI e KONRAD, 2013, p. 75).

Nesse sentido, a instrumentalização dos valores constitucionais e a aferição da conformidade das leis em face da Constituição se estabelece mediante a justiça constitucional, a qual é efetivada por meio do mecanismo denominado jurisdição constitucional (LEAL, 2007, p. 40-41). Assim, pode-se auferir que a jurisdição constitucional é a ferramenta responsável por verificar a adequação das leis frente aos ditames constitucionais (KOHLS e MACHADO, 2015, p. 146).

Sob esta óptica, considerando que os direitos fundamentais concedem à Constituição um caráter mais aberto, abre-se espaço para a atuação criativa dos magistrados, a qual encontra guarida na necessidade de concretização de tais direitos e na indispensável criação de instrumentos que viabilizem a exigibilidade dos mesmos.

Consoante vislumbra Leal (2007, p. 54), a Constituição, que antes era vista como um mecanismo de garantia contra o absolutismo do Estado e como ferramenta para a direção de políticas, passa a ser compreendida como o principal catálogo que abrange os valores eleitos pela comunidade<sup>10</sup>. Tal fato faz com que o contrato social – o qual constitui característica essencial do modelo de Estado Democrático de Direito – seja materializado, sendo que o sentido democrático está, justamente, na preocupação que a Constituição possui para com a coletividade.

---

<sup>10</sup> Se o Estado é criado e mantido para o interesse da própria população, nada mais justo que os interesses, os valores e objetivos dos cidadãos sejam observados, respeitados e protegidos. Sob esta perspectiva, pode-se afirmar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 afigura-se como um sistema normativo aberto de regras e princípios, os quais se coadunam com as expectativas dos múltiplos atores sociais.



Assim, a noção de constituição aberta parte do pressuposto de que a diferenciação social e o pluralismo são as principais características da sociedade contemporânea, razão pela qual, num contexto de conflitividade política e social, – que abarca as formas democráticas de participação no âmbito dos assuntos públicos – os autores da chamada Nova Hermenêutica entendem que não seria razoável tomar o ordenamento constitucional como um sistema normativo fechado e pleno (LEAL, 2007, p. 57).

Destarte, percebe-se que os referidos apontamentos se coadunam com o pensamento democrático, visto que a Constituição, para que haja harmonia entre sua redação e o cotidiano, precisa ser constantemente interpretada. Logo, o catálogo constitucional não é apenas um conjunto de direitos e normas organizatórias, mas uma unidade de sentido que serve como parâmetro para que as decisões contenham valor, sendo que, para sua plena efetivação, os direitos fundamentais devem ser compreendidos com base na sua relação com os demais conteúdos constitucionais (LEAL, 2007, p. 71).

Dito isso, pode-se asseverar que a jurisdição constitucional desempenha um papel fundamental na esfera do Estado Democrático de Direito, pois, além de “dar vida” aos conteúdos e princípios presentes na Constituição, a sua existência se traduz como garantia para os cidadãos – que são fundamento para o surgimento do Estado –. Desta forma, é evidente que o Estado Democrático de Direito não funcionaria sem a presença de uma Justiça Constitucional (STRECK, 2002, p. 99).

Apontadas algumas considerações acerca do desenvolvimento das Constituições e da jurisdição constitucional, enfatizando a importância que desempenham frente à concretização dos direitos fundamentais, no próximo capítulo analisar-se-á, mediante um estudo evolutivo, como surgiram tais direitos e o que representam no âmbito do Estado Democrático de Direito.



### **3 DOS DIREITOS HUMANOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: EVOLUÇÃO E VALORAÇÃO**

Inicialmente, para melhor elucidação da temática tratada neste trabalho, é conveniente contextualizar o surgimento dos direitos fundamentais e, também, trazer à colação sua conceituação, sendo que, para isso, serão analisados, inclusive, os direitos humanos. Consoante abordado no capítulo anterior, a primeira noção de Constituição estava vinculada a um caráter organizatório. Contudo, em 1776 – com a independência americana –, iniciam os debates acerca da existência de direitos “superiores”, os quais deveriam ser protegidos juridicamente<sup>11</sup>.

Ocorre que, com os acontecimentos perniciosos ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial – especialmente as inúmeras atrocidades decorrentes do fascismo e do nazismo –, instaura-se um vigoroso movimento, o qual tinha por objetivo resgatar e fortalecer a noção de direitos humanos e de direitos fundamentais (LEAL, 2007, p. 51).

Nesse passo, a ampliação e a constante transformação de tais direitos no curso histórico acabam dificultando a elaboração de um conceito taxativo para eles. Ademais, a aludida problemática torna-se ainda mais complexa devido ao fato de que, inúmeras vezes, os direitos fundamentais são equiparados aos direitos

---

<sup>11</sup> Nos primórdios, a Constituição era vista apenas como um catálogo organizatório. No entanto, com a inclusão dos direitos fundamentais no seio das Constituições modernas, houve uma profunda alteração neste entendimento, pois as Constituições passaram a conter um viés, além de organizatório, político.



humanos (RICHTER; TABARELLI, 2008, p. 67). Contudo, as obras doutrinárias esclarecem que o termo “direitos fundamentais” afigura-se como gênero da expressão “direitos humanos” (REIS; KONRAD, 2015, p. 62).

O termo “direitos humanos” possui diversas denominações, de modo que cada uma delas traz consigo a carga ideológica do tempo em que surgiram. Dentre as nomenclaturas mais conhecidas, têm-se as seguintes: direitos naturais; direitos do homem; direitos do homem e do cidadão; direitos individuais; liberdades públicas; direitos da pessoa humana; direitos do povo trabalhador; e, por fim, direitos fundamentais do homem<sup>12</sup> (GORCZEVSKI, 2009, p. 22-23).

Consoante assevera Gorczewski (2009, p. 20), os direitos humanos se tratam de:

uma forma abreviada e genérica de se referir a um conjunto de exigências e enunciados jurídicos que são superiores aos demais direitos, quer por entendermos que estão garantidos por normas jurídicas superiores, quer por entendermos que são direitos inerentes ao ser humano. Inerentes no sentido de que não são meras concessões da sociedade política, mas nascem com o homem, fazem parte da própria natureza humana e da dignidade que lhe é intrínseca [...].

Sob tal perspectiva, ainda que a definição dos direitos humanos constitua um grandioso desafio, em linhas mais amplas, os mesmos podem ser traduzidos em garantias que uma determinada sociedade convencionou como sendo essenciais para que todos os cidadãos possam viver de forma digna, sendo que, por esta razão, acabam contraindo uma superioridade em relação aos demais direitos (KOHLS; MACHADO, 2015, p. 149).

Para Bobbio (2004, p. 32), os direitos humanos são frutos da civilização humana – e não da natureza – e, quando encarados como direitos históricos, são

---

<sup>12</sup> Devido à dificuldade no que tange à definição terminológica dos direitos humanos, os mesmos receberam “significados de uso” específicos – de acordo com o momento histórico em que foram concebidos –, sendo que tais significados eram frutos advindos de valores, concepções e realidades sociais, de modo que tais aspectos influenciaram o processo de positivação desses direitos.



mutáveis, isto é, estão constantemente suscetíveis a transformações e, inclusive, a alargamentos de seus horizontes. Já para Leal (1997, p. 154), os direitos humanos são “corrompidos” no exato instante em que recebem tratamento jurídico, pois, como são concebidos como mecanismos de proteção dos cidadãos em face do arbítrio estatal, são “esvaziados” na medida em que é o próprio Estado o agente que os regulamenta.

Nesse ínterim, pode-se afirmar que os direitos humanos se caracterizam como valores superiores – pertencentes ao mundo axiológico –, e os direitos fundamentais – terminologia habitualmente utilizada no âmbito jurídico – são os direitos humanos positivados, isto é, trazidos, mediante previsão nas Cartas Constitucionais, para o “mundo real”<sup>13</sup> (REIS; KONRAD, 2015, p. 65).

Nesta senda, tem-se que os direitos fundamentais são fruto da positivação dos direitos humanos – que consiste na incorporação dos direitos naturais e inalienáveis dos seres humanos na ordem jurídica positiva –, de modo que, consoante aponta Canotilho (1998, p. 259), tais direitos podem ser distinguidos da seguinte maneira: “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”.

Ainda neste sentido, Sarmiento (2004, p. 18) alerta para o seguinte fato: os direitos fundamentais não são entidades estéreas e metafísicas que sobreparam o mundo real, mas sim, realidades históricas, as quais, em prol da concretização da dignidade da pessoa humana, são o resultado de diversas lutas e batalhas travadas ao longo do tempo.

---

<sup>13</sup> Cumpre ressaltar que a expressão “direitos fundamentais” apareceu, pelas primeiras vezes, na Revolução Francesa. Contudo, sua ampla difusão ocorreu devido ao constitucionalismo alemão (GORCZEVSKI, 2009, p. 23).



Desta forma, denota-se que há uma relação muito tênue entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, sendo que estes últimos, compreendidos de forma ampla, carregam em si uma força significativa e, além disso, possuem vinculação direta com o Estado. Alexy (1999, p. 58) aborda os direitos do homem afirmando que são direitos universais<sup>14</sup>; morais<sup>15</sup>; fundamentais<sup>16</sup>; preferenciais; e abstratos, de modo que tal definição evidencia as características primordiais desses direitos. Já os direitos fundamentais, consistem em direitos que foram acolhidos em uma Constituição com o objetivo de concretizar os direitos do homem (ALEXY, 2008, p. 10).

A concepção contemporânea dos direitos fundamentais caracteriza-se por conter uma dupla qualificação de direitos: nascem como direitos subjetivos de liberdade – dirigidos ao exercício estatal –, e como normas objetivas de princípios ou decisões valorativas, as quais possuem validade em todos os âmbitos alcançáveis pelo Direito<sup>17</sup> (CRUZ, 2006, p. 59).

Nessa linha de pensamento, Branco (2002, p. 107) ensina que

os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que este tem, em relação ao indivíduo, primeiro, deveres e, depois, direitos.

---

<sup>14</sup> A universalidade dos direitos do homem refere-se à universalidade dos titulares e dos destinatários, isto é, tais direitos cabem a todos os homens e são exigíveis de qualquer autoridade política – pouco importando o lugar –.

<sup>15</sup> O caráter moral dos direitos do homem está atrelado ao fato de que estes são proposições justificatórias, as quais tem por escopo questionar as leis, as instituições e as ações, independentemente de sua fixação por uma autoridade ou por uma convenção.

<sup>16</sup> Os direitos do homem são fundamentais pois, segundo aufere Gorczewski (2009, p. 20), sem eles o homem não é capaz de existir, de se desenvolver e participar plenamente da vida.

<sup>17</sup> Insta referir que esta dupla qualificação dos direitos fundamentais será abordada – com mais profundidade – no final deste capítulo.



Nesse contexto, percebe-se que os direitos fundamentais, além de se espriarem por todos os campos do Direito, abarcam uma questão valorativa<sup>18</sup>, sendo que tal situação evidencia a grandeza dos referenciados direitos, os quais, hodiernamente, ocupam um lugar de destaque no ordenamento jurídico (PINHEIRO, 2001, p. 64).

Entretanto, segundo o entendimento preceituado por Cruz (2006, p. 64), a invocação de valores no âmbito dos direitos fundamentais parece ser algo temperamental e intuitivo, fazendo com que todo o controle e fundamentação racional sejam subtraídos de tais direitos. Não obstante tal alegação se revelar como uma crítica importante em face da fundamentação valorativa, não se pode deixar de mencionar o seguinte fato: para uma sociedade ter seus pensamentos efetivamente respeitados, é necessário considerar o que os seus cidadãos compreendem como valores essenciais, mesmo considerando que em uma sociedade pluralista dificilmente haverá um consenso unânime com relação a tais aspectos (KOHLS; MACHADO, 2015, p. 151).

Relativamente à compreensão dos direitos fundamentais como um sistema valorativo, Cruz (2006, p. 67) entende que tal situação poderia ensejar um novo positivismo – o positivismo dos valores cotidianos –. Além disso, o aludido autor aponta que não existe uma fundamentação racional dos valores, tampouco um sistema de preferências taxativo – a qual seria responsável por determinar a hierarquia dos valores e a ponderação deles<sup>19</sup> –.

---

<sup>18</sup> No Estado Democrático de Direito, as constituições passam a contemplar um sistema de valores, isto é, os direitos fundamentais funcionam como norte para a ação dos poderes constituídos, impondo, assim, limites e servindo como diretrizes para os poderes constituídos.

<sup>19</sup> Deve-se encontrar uma relação condicionada de preeminência, onde seria utilizado o princípio da proporcionalidade para alcançar a compatibilidade e o equilíbrio de princípios normativos contraditórios. Assim, os direitos fundamentais deixariam de ser interpretados para serem, de fato, concretizados.



Partindo desta lógica, Cruz (2006, p. 68) atenta para uma possível transformação da Constituição, pois, mediante o sistema valorativo, poderia haver o nivelamento entre legislador e jurisdição, sendo que tal fato é de grande valia para o ordenamento jurídico, especialmente porque, tanto o legislador quanto o Tribunal Constitucional, são responsáveis por exercer a concretização dos direitos fundamentais.

Nesse âmbito, verifica-se que a mera positivação de direitos humanos mediante as Cartas Constitucionais não traz uma solução precisa para o problema da institucionalização. Em geral, as Constituições modernas concedem aos direitos fundamentais uma força de concretização suprema. Porém, quando elas não o fazem, deveriam ser interpretadas nesse sentido ou, se isso não fosse possível, deveriam ser modificadas (ALEXY, 1999, p. 58).

A força de concretização suprema afigura-se como ponto crucial dos direitos fundamentais pela seguinte situação: não basta haver a positivação de direitos humanos no seio das Constituições, se os mesmos não são detentores do mais absoluto respeito e se, na prática, não são concretizados. É necessária a aplicação dos direitos fundamentais no cotidiano da sociedade.

Consoante preceitua Alexy (1999, p. 66-67), a solução para a referida problemática perpassa pela distinção entre a representação política e a argumentação dos cidadãos. Sob esta perspectiva, o parlamento representaria o cidadão de forma política, e o Tribunal Constitucional o representaria argumentativamente, sendo que a representação argumentativa somente funciona quando o Tribunal Constitucional é aceito – pela sociedade – como instância de reflexão do processo político, ou seja, quando “os argumentos do tribunal encontram um eco na coletividade e nas instituições políticas” (ALEXY, 1999, p. 66).



Ainda conforme o escólio de Alexy (1999, p. 66), poderá haver a institucionalização dos direitos do homem no Estado Democrático de Direito se um processo de reflexão – compreendendo coletividade, legislador e Tribunal Constitucional – se estabilizar de forma duradoura na sociedade, sendo que tal reflexão reafirma a importância do Tribunal Constitucional como a entidade representante dos cidadãos.

Nesse passo – realizada uma breve análise acerca da evolução dos direitos fundamentais e da sua face valorativa no Estado Democrático de Direito –, é necessário destacar que os referenciados direitos classificam-se em duas principais dimensões, quais sejam: dimensão subjetiva e dimensão objetiva. Consoante leciona Steinmetz (2001, p. 38),

a vinculação aos direitos fundamentais tem dupla dimensão: primeiramente, é uma vinculação negativa, porque o legislador não poderá intervir nos direitos fundamentais, restringindo-os, ou autorizar que um outro poder público intervenha (Executivo e Judiciário), sem fundamento constitucional; e, depois, é uma vinculação positiva, porque cabe ao legislador criar as estruturas normativas configuradoras, reguladoras, procedimentais, organizatórias para a plena eficácia dos direitos fundamentais. A vinculação negativa fundamenta-se na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, enquanto uma esfera individual livre de ingerência estatal, exceto em hipótese justificada constitucionalmente. A vinculação positiva funda-se na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, obrigando o legislador a tomar providências que garantam a vigência e a eficácia ótima desses direitos.

Isso posto, verifica-se que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais impõe ao Estado o dever de proteção a tais direitos e, inclusive, autoriza determinadas restrições aos direitos subjetivos individuais dos indivíduos em favor



deles próprios. Assim, o Estado deve adotar medidas eficazes no que tange à proteção efetiva dos direitos ora citados<sup>20</sup> (MARCHINHACKI, 2012, p. 175-176).

Sob outro íterim, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais se caracteriza por conceber uma liberdade individual e, ainda, a oponibilidade de tais direitos em face do Estado. Desta forma, o caráter subjetivo dos direitos fundamentais está vinculado ao direito do indivíduo, o qual é considerado o titular do direito (KOHLS; MACHADO, 2015, p. 155).

Em suma, percebe-se que, relativamente aos direitos fundamentais dispostos na Constituição, há, mais do que uma necessidade, um dever de concretização de tais direitos, de modo que tal situação gera uma proibição de omissão do Estado. Assim, de acordo com esta lógica, ainda que a pretensão subjetiva dos direitos fundamentais frente ao Estado não seja, de maneira geral, reconhecida, o mesmo tem o dever de tomar as providências adequadas para que os direitos fundamentais sejam, de fato, concretizados (MENDES, 2010, p. 333).

Isso posto, analisados os direitos fundamentais - perpassando por seu desenvolvimento e sua face valorativa – e compreendendo-os como direitos que demandam efetividade e concretização no seio da sociedade, resta estudar o protagonismo da jurisdição constitucional na busca por esse objetivo, o qual é primordial no âmbito do Estado Democrático de Direito.

#### **4 O PROTAGONISMO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SUA ATUAÇÃO FRENTE À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

---

<sup>20</sup> A dimensão objetiva dos direitos fundamentais favorece e fortalece a atuação do Poder Judiciário que, ao se deparar com interesses contrastantes envolvendo tais direitos, dará a última palavra sobre qual interesse deverá prevalecer, devendo, para tanto, efetuar a ponderação de bens e valores envolvidos (MARCHINHACKI, 2012, p. 176).



Inegavelmente, a jurisdição constitucional desempenha uma função ímpar no seio da sociedade brasileira atual, sobremaneira no que diz respeito aos campos político e jurídico. Diante de tal fato, mister compreender o papel exercido por ela para, posteriormente, verificar sua atuação frente à concretização dos direitos fundamentais.

A jurisdição constitucional, conforme infere Leal (2012, p. 430), “ha ganado gran relieve en el contexto del Estado Constitucional, en cuanto garantizadora de la Constitución y de los derechos fundamentales”<sup>21</sup>, sendo que a sua proeminência na sociedade, devido à própria centralidade e supremacia de seu objeto de controle, é bastante expressiva.

Consoante referido ao longo deste trabalho, o papel de destaque que antes era protagonizado pelo Poder Legislativo, foi, gradativamente, sendo deslocado para o Poder Judiciário<sup>22</sup>, o qual teve uma ampliação significativa de suas tarefas devido aos seguintes fatores: mudança do contexto histórico do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito; complexidade das relações jurídicas-sociais; alargamento da função interpretativa; ampliação da disposição para litigar; e, ainda, efetivação do controle jurisdicional pelo legislador (TAFFAREL; DABULL, 2012, p. 29). Ademais, pode-se afirmar, também, que o aumento das funções exercidas pela atividade jurisdicional se deve, além dos aspectos já citados, ao caráter aberto dado pela Constituição – fato observado no caso brasileiro – e ao grande número de demandas a serem apreciadas pelo Poder Judiciário, as quais crescem de forma desenfreada no Brasil.

---

<sup>21</sup> Tradução livre: a jurisdição constitucional tem ganhado grande destaque no contexto do Estado Constitucional, enquanto garantidora da Constituição e dos direitos fundamentais.

<sup>22</sup> Esse deslocamento do polo de tensão entre os poderes é, principalmente, fruto da necessidade de concretização dos direitos fundamentais – ideário advindo do Estado Democrático de Direito –.



No âmbito brasileiro, a jurisdição constitucional adquire maior destaque na garantia da Constituição e na efetivação dos direitos fundamentais mediante a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – denominada Constituição Cidadã –, a qual consolidou o Estado Democrático de Direito (LEAL, 2013, p. 135).

Assim, considerando a necessidade de concretização dos direitos fundamentais – pensamento fortemente enaltecido pela inauguração do modelo Democrático de Direito –, a atividade do Poder Judiciário acaba englobando uma dimensão construtiva/criativa, situação que justifica a ampliação de seu exercício (LEAL, 2013, p. 138).

Nesse diapasão, ante o protagonismo da atividade jurisdicional e a consequente transformação de sua natureza, ocorre, segundo Leal (2012, p. 434), “una transferencia de decisiones estratégicas sobre temas fundamentales de la sociedad (históricamente reservadas para las instancias políticas y deliberativas)<sup>23</sup>” para o Poder Judiciário – mais especificamente para os Tribunais Constitucionais –, fazendo com que o Direito se converta em um direito judicial, o qual, na maioria das vezes, é resultado da decisão de casos concretos<sup>24</sup> (LEAL, 2012, p. 434). A referenciada celeuma pode ser perfeitamente visualizada no Brasil, onde, em diversos casos, há clara omissão do Poder Legislativo em regulamentar determinadas situações, demandando, assim, a atuação do Poder Judiciário no que

---

<sup>23</sup> Tradução livre: uma transferência de decisões estratégicas sobre temas fundamentais da sociedade (historicamente reservadas para as instâncias políticas e deliberativas).

<sup>24</sup> Consoante arrazoar Leal (2012, p. 435-436), a causa da judicialização dos direitos fundamentais – que é resultado de um processo histórico típico do constitucionalismo democrático – está vinculada aos seguintes fatores: supremacia de tais direitos – compreensão dos direitos fundamentais como elementos centrais do ordenamento jurídico –; abertura e detenção de caráter principiológico; necessidade de ponderação quando entram em conflito; necessidade de tutela e proteção quando determinadas situações não possuem previsão legislativa. Tal fenômeno será abordado com mais profundidade mais a frente neste trabalho.



tange à decisão de fatos que estão à margem da lei (KOHLS; MACHADO, 2015, p. 157-158).

Em face de tais apontamentos, percebe-se que a alteração de postura do Poder Judiciário, muito em razão dos cenários que vão se delineando, é algo consequencial, notadamente pelo fato de que o aumento de demandas judiciais acaba gerando *déficits* de direitos fundamentais – situação que acarreta pressão em todos os poderes constituídos – (LEAL, 2011, p. 24-25). Nesse contexto, insta referenciar que os direitos fundamentais detêm abertura para interpretação e, assim sendo, a atividade jurisdicional acaba tendo a possibilidade de proteger certos casos que não encontram guarida na legislação, sendo que tal circunstância “facilita” a atuação do judiciário<sup>25</sup>.

Destarte, o protagonismo da jurisdição constitucional – que é percebido com maior assiduidade nos tempos atuais – se deve, também, à seguinte situação: o aludido instrumento constitucional deve cumprir seu papel de aplicar a lei e, quando esta não existir, deve interpretar o caso conforme a Constituição para que os direitos possam ser, de fato, exercidos pelos cidadãos. Além disso, esse protagonismo é resultado, dentre outros fatores,

de la supremacía de la Constitución y de la dimensión objetiva reconocida a los derechos fundamentales, tenidos como principios, dependientes de interpretación y de concretización. Además, la preocupación con la fuerza normativa de la Constitución hace que los órganos encargados de su custodia ganen importancia, ampliándose, así, los espacios de su actuación<sup>26</sup> (LEAL, 2012, p. 448).

---

<sup>25</sup> Os direitos fundamentais afiguram-se como fórmulas principiológicas, as quais carecem de sentido material e precisam de interpretação para que sejam, de fato, efetivadas. Assim, a interpretação revela-se essencial para a concretização de tais direitos, sendo que o cidadão ativo, de acordo com a teoria democrática, é peça fundamental para que ocorra a interpretação da Constituição.

<sup>26</sup> Tradução livre: da supremacia da Constituição e da dimensão objetiva reconhecida aos direitos fundamentais, tidos como princípios, dependentes de interpretação e concretização. Ademais, a preocupação com a força normativa da Constituição faz com que os órgãos encarregados de sua custódia ganhem importância, ampliando-se, assim, os espaços de sua atuação.



Nos tempos atuais, devido ao alargamento das esferas de atuação da jurisdição constitucional, não se pode deixar de perceber a presença de dois fenômenos que, frequentemente, despertam especial atenção dos operadores do Direito: a judicialização e o ativismo judicial. Os aludidos elementos, de acordo com o escólio de Leal (2012, p. 441), “constituyen fenómenos que se intercomunican, pero no se identifican. Ambos, no obstante, suscitan y conducen a cuestionamientos respecto a los límites y a la legitimidad de la jurisdicción constitucional<sup>27</sup>”.

Conforme afe Leal (2012, p. 448), a judicialização se opera no âmbito da relação entre Direito e Política – repercutindo, também, na relação dos poderes – e conduz a uma ampliação dos espaços de atuação da jurisdição constitucional em termos institucionais. Sob outra perspectiva, tem-se o ativismo judicial, que possui uma dimensão mais interna, isto é, conecta-se com a postura do julgador e do Tribunal Constitucional quando do cumprimento de suas competências.

Na seara brasileira, o que se percebe é uma movimentação com características vinculadas à judicialização, pois o "atuar" jurisdicional, por diversas vezes, acaba criando/moldando o direito – fenômeno denominado judicialização do direito<sup>28</sup> – e, em outras oportunidades, acaba por modelar a política – fenômeno conhecido como judicialização da política<sup>29</sup> – (LEAL, 2012, p. 435-437).

Ainda em razão do protagonismo da jurisdição constitucional e do aumento de seu raio de atuação, observa-se que, no Brasil, muito em virtude do conteúdo das demandas, o exercício dos Tribunais – sobremaneira o Supremo Tribunal Federal –

---

<sup>27</sup> Tradução livre: constituem fenômenos que se intercomunicam, mas que não se identificam. No entanto, ambos suscitam e conduzem a questionamentos relativos aos limites e à legitimidade da jurisdição constitucional.

<sup>28</sup> Ao invés de um direito legislado, há a criação de um direito cada vez mais jurisprudencial.

<sup>29</sup> Fenômeno no qual há o deslocamento das questões políticas para o Poder Judiciário, isto é, cada vez mais os assuntos políticos são decididos pelo Direito.



tem sido mais ativo, de modo que tal fato, em alguns momentos, é alvo de críticas, porquanto o Poder Judiciário não estaria respeitando os limites de sua atuação. Em suma, geralmente as decisões que provocam esse tipo de situação – grandes polêmicas – são aquelas cujo intuito principal é proporcionar a concretização dos direitos fundamentais em face da ausência de legislação/regulamentação (KOHLS; MACHADO, 2015, p. 161).

Em face disso, em determinadas situações a proteção aos direitos fundamentais pode colidir com a democracia, especialmente nos casos que demandam atenção às minorias. O Tribunal Constitucional, para efetivar tal amparo, se vê obrigado a decidir contra a maioria, sendo que a referida atitude possui um objetivo maior, qual seja: resguardar algum grupo da sociedade que está tendo seus direitos fundamentais violados<sup>30</sup> (KOHLS; MACHADO, 2015, p. 161). Nesta senda, se encaixa o entendimento de Mendes (<http://www.stf.jus.br>), o qual afirma que conciliar a proteção dos direitos fundamentais e da democracia é um dos maiores desafios para a jurisdição constitucional.

Com base em tais alegações, erige a necessidade de compreender, também, a questão dos limites e da legitimidade da jurisdição constitucional no âmbito da interpretação. Nesse âmbito, Leal (2007, p. 176) refere que, antes de criticar e transferir para outros órgãos a responsabilidade relativa aos conteúdos e valores que norteiam a sociedade democrática, é necessário buscar, no seio do exercício jurisdicional, elementos capazes de incluir a jurisdição constitucional nessa perspectiva democrática.

---

<sup>30</sup> A referenciada situação pode suscitar a violação dos preceitos democráticos, porquanto a decisão que vai em sentido contrário a lei ou que lhe atribui uma interpretação mais abrangente – ou até mesmo fechada – pode incutir a ideia de que a função do Poder Legislativo estaria sendo usurpada. Porém, o Poder Judiciário age de tal maneira para que os direitos fundamentais das minorias sejam, de fato, concretizados.



Imperioso alertar que a jurisdição constitucional se apresenta como uma conquista essencial para a sociedade e à qual não se pode renunciar. Por esta razão, ao invés de debruçar-se sobre as suas limitações democráticas – não que estas não sejam importantes –, é preciso analisar com afincos as suas possibilidades e potencialidades democráticas, justamente pelo fato de ela exercer um papel fundamental no âmbito da concretização dos direitos fundamentais (LEAL, 2007, p. 207-208).

Diante dos apontamentos ora expostos, percebe-se que a necessidade de proteção dos direitos fundamentais e da própria democracia no âmbito do Estado Democrático de Direito é inegável, sendo que, para isso, o papel desempenhado pela jurisdição constitucional é de grande importância, pois a sua atuação volta-se para o alcance de um objetivo único e primordial, qual seja: a proteção da dignidade da pessoa humana mediante a concretização dos direitos fundamentais.

## **5 CONCLUSÃO**

Diante de todos os fatos analisados, percebe-se que o papel desempenhado pela jurisdição constitucional no que diz respeito à garantia, proteção e concretização dos direitos fundamentais é inegável e, inclusive, indispensável para o funcionamento do Estado Democrático de Direito. A sua evolução perpassou importantes marcos históricos e seu papel foi se moldando ao longo dos modelos estatais, de modo que os julgadores superaram a condição de meros aplicadores da lei e passaram a ser agentes mais ativos no âmbito da prática jurídica cotidiana<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> Não há como deixar de mencionar que, atualmente, esta atitude mais ativa por parte dos julgadores pode, em determinadas situações, ensejar um questionável ativismo judicial



A jurisdição constitucional, encarada como mecanismo de proteção dos direitos fundamentais e da democracia, surge por um objetivo maior: o amparo à pessoa humana. Destarte, é preciso ter uma visão mais abrangente do exercício desempenhado pelo Tribunal Constitucional no Estado Democrático de Direito, pois somente assim será possível efetivar, de fato, a proteção dos direitos fundamentais e, por conseguinte, alcançar a sua concretização, a qual está estreitamente vinculada com a própria proteção da dignidade da pessoa humana. Contudo, é preciso que o Tribunal compreenda seu limite de atuação, sendo necessário, para tanto, a ponderação.

A existência da jurisdição constitucional afigura-se como um fato que não comporta retorno. Dessa forma, o Direito jamais pode se distanciar da realidade, pois esta é amplamente mutável. O que deve nortear a função do julgador, portanto, é a sensibilidade criadora, ou seja, é necessário que ele saiba enxergar a realidade diante de seus olhos – indo, por vezes, mais além do que um mero olhar – para que, então, possa se posicionar, lembrando-se sempre de seu compromisso para com a justiça.

Restringir a atuação do Tribunal Constitucional significaria limitar a atuação de um órgão que busca proteger e concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição. Significaria limitar o exercício de um julgador que – respeitados os limites e padrões razoáveis – diariamente precisa ampliar a norma ou suprir suas frequentes lacunas para que possa fazer justiça. Acima de tudo, deve ter-se em mente que o Direito, para além da norma, é fato social, é realidade, é momento, é escala de valores.

## **6 REFERÊNCIAS**



ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e a teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CRUZ, Luiz M. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Porrúa, 2006.

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

\_\_\_\_\_.; KONRAD, Letícia Regina. *Evolução histórica da jurisdição constitucional: apontamentos sobre a proteção internacional dos direitos humanos no estado democrático de direito*. Curitiba: Multideia, 2013.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KOHL, Cleize Carmelinda; MACHADO, Elenara Pôrto e Silva. O protagonismo da jurisdição constitucional no estado democrático de direito: uma análise de alguns desafios relacionados à concretização de direitos fundamentais sociais. In: LEAL, M. C. H.; ALVES, F. D.; MEOTTI, F.F. (Org.). *A jurisdição constitucional brasileira: perspectivas e desafios*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Jurisdicción constitucional, judicialización y activismo judicial desde la perspectiva del Supremo Tribunal Federal brasileño. In: BRAVO, A. S. et al. (Org.). *Derechos sociales en tiempos de crisis*. Sevilla: Punto Rojo Libros, 2013.



\_\_\_\_\_. La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿existe realmente “un activismo” o “el” activismo? *Estudios Constitucionales*, Talca, n. 2, p. 429-454, 2012.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional aberta*: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais Alemã e Norte-Americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. Quais os limites da jurisdição no estado democrático de direito? Reflexões preliminares. In: REIS, J. R. dos; GORCZEVSKI, C. (Org.). *Constitucionalismo contemporâneo*: desafios modernos. Curitiba: Multideia, 2011.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos no Brasil*: desafios à democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MARCHINHACKI, Romualdo Paulo. Direitos fundamentais: aspectos gerais e históricos. *Revista da Unifebe (Online)*, Brusque, n. 11, p. 166-179, dez. 2012.

MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, n. 23, jul./ago./set. 2010.

\_\_\_\_\_. *A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e igualdade*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discurso/anexo/munster\\_port.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discurso/anexo/munster_port.pdf)>. Acesso em: 12 nov. 2015.

PINHEIRO, Carla. *Direito internacional e direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2001.

REIS, Jorge Renato dos. A constitucionalização do direito privado e o novo código civil. In: LEAL, R. G. (Org.). *Direitos sociais & políticas públicas*: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

\_\_\_\_\_.; KONRAD, Letícia Regina. O direito fundamental à solidariedade: a aplicação do instituto no direito civil. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, n. 1, p. 59-87, jan./abr. 2015.

RICHTER, Daniela; TABARELLI, Liane. A efetivação dos direitos sociais como pressuposto à concretização da dignidade da pessoa humana e a jurisdição



constitucional. In: GORCEVSKI, C.; REIS, J. R. dos. *Direitos fundamentais sociais como paradigmas de uma sociedade fraterna: constitucionalismo contemporâneo*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHAPIRO, Mario Gomes. *O princípio da legalidade no estado de bem-estar social: por uma abordagem dialética*. 2004. Disponível em: <<http://esdc.com.br/seer/index/rbdc/article/download/69/69>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAFFAREL, Claridê Chitolina; DABULL, Matheus Silva. A efetivação dos direitos fundamentais sociais mediante o ativismo judicial. In: COSTA, M. M. M. da; RODRIGUES, H. T. (Org.). *Direito e políticas públicas*. Curitiba: Multideia, 2012.