

O ATO DE JULGAR NO ESTADO CONSTITUCIONAL – APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS COMO ELEMENTOS DA ARGUMENTAÇÃO JUSFUNDAMENTAL NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

George Sarmento¹

Lean Araújo²

Sumário: 1 - Introdução; 2 - A evolução do Estado no pensamento político; 3 - O pensamento jurídico na construção do direito constitucional; 4 - As dimensões dos direitos fundamentais e sua efetividade na perspectiva das Cortes Constitucionais; 5 - A construção da teoria dos princípios e a sua aplicabilidade no ato de julgar no ambiente constitucional; 6 - Conclusão.

Resumo: O Estado Constitucional é produto de um processo evolutivo no reconhecimento dos direitos dos indivíduos. Na sua origem o que se pretendia era subjugar o Estado natural, a fim de permitir aos indivíduos o desenvolvimento de sua competência, mas submetendo-os à obediência ao sistema jurídico. Na evolução identifica-se o Estado proclamador de direitos fundamentais prestacionais construídos a partir da participação dos próprios indivíduos. A positivação destes direitos não implica o desaparecimento dos problemas resultantes de conflitos de interesses presentes na ambiência constitucional. A presença destes conflitos faz surgir o

¹ Professor da FDA/UFAL, Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Alagoas.

² Professor do CESMAC – Centro Universitário, Doutorando PUCRS e Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Alagoas.

protagonismo do Judiciário na afirmação e efetividade dos direitos proclamados. A afirmação e a efetividade destes direitos pressupõem a densidade da jusfundamentação no ato de julgar no Estado Constitucional. A decisão a ser construída exige argumentação que apresente elevado grau de certeza, justeza e equidade. A concreção desta tarefa do julgador impõe o emprego da teoria dos valores e a adequada aplicação dos princípios explícitos e implícitos presentes na unidade da Carta Constitucional.

Palavras-Chave: ato de julgar – Estado constitucional – aplicabilidade dos princípios – ambiência constitucional.


THE ACT OF JUDGING IN THE CONSTITUCIONAL STATE-APPLICATION OF PRINCIPLES AS ELEMENTS OF JUSFUNDAMENTAL ARGUMENTATION IN THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Abstract: The Constitutional State is the product of an evolutionary process in the recognition of rights. In its origin what was intended was to tame the natural state, in order allow individuals to develop their competence, but subjecting them to obedience to the legal system. In evolution, we identify the State proclaimers of fundamental rights that are built on the participation of individuals themselves. The affirmation of these rights does not imply the disappearance of the problems resulting from conflicts of interest present in the constitutional environment. The presence of these conflicts gives rise to the prominence of the judiciary in the affirmation and effectiveness of the proclaimed rights. The affirmation and effectiveness of these rights presuppose the jusfundamental density of in the act of judging in the Constitutional State. The decision to be made requires arguments that present a greater degree of certainty, fairness and equity. The realization of this task by the judge

imposes the use of the theory of values and the proper application of the explanatory and implicit principles in the unity of the Constitutional Charter.

Keywords: Judgment – constitutional state – applicability of principles – constitutional ambience

1 INTRODUÇÃO

ste estudo objetiva observar o caminho construído pela ordem constitucional democrática para a construção da positivação dos direitos fundamentais. No primeiro momento de construção do Estado Constitucional o que se pretendia alcançar era a subjugação do Estado Natural. A concretude desta finalidade propiciaria ao indivíduo o desenvolvimento de sua competência, porém submetido às leis regulamentadoras do comportamento. Assim, o indivíduo renunciaria à sua liberdade com o fim de preservar a sua auto conservação, competindo ao Estado implementar os meios necessários à concretude do contrato firmado entre as pessoas.

No cenário contemporâneo, o Estado enquanto comunidade de pessoas entrelaçada por um poder institucionalizado, assume papel mais relevante que o de tão somente subjugar o Estado Natural. A relevância deste apresenta-se pela condição de um Estado garantidor dos direitos fundamentais proclamados, como também de prestador de direitos fundamentais, mediante a participação dos indivíduos no processo de permanente construção do Estado Democrático de Direito e Social. Explicando o fenômeno, Miranda (2017, p. 11) assevera que este não é o único fenômeno político e jurídico, mas homens e mulheres têm o seu direito revestido da qualidade de cidadãos ou súbditos e a que se atribui direitos e deveres.

No desenvolvimento deste Estado Constitucional, a

ordem Constitucional brasileira, influenciada pelas Constituições européias, implementou um vasto catálogo de direitos fundamentais em suas três dimensões (defesa, prestacional e de participação). Este vasto catálogo tem exigido da Corte Constitucional e da doutrina brasileira um permanente processo construtivo interpretativo para assegurar a unidade da Carta Constitucional. Na ordem jurídica estatal contemporânea, como tido, são muitos e diversificados os direitos fundamentais das pessoas perante o Estado e assentes na Lei fundamental.

O avanço na positivação dos direitos fundamentais nas suas dimensões não significa que os problemas que são próprios de uma sociedade complexa estejam equacionados. A ausência desta equação faz surgir o protagonismo dos juízes-interpretetes para a consolidação e a eficácia dos direitos fundamentais. A interpretação dos direitos fundamentais pelos julgadores faz surgir caminhos, elevados riscos, a identificação de princípios explícitos e implícitos e a construção de teorias que possam fundamentar as decisões no domínio da certeza e previsibilidade, a fim de limitar o voluntarismo do ato decisório na ambiência constitucional.

Nesse longo caminho de construção de teorias, há um reconhecimento inquestionável, na doutrina, de que a Constituição se apresenta como um sistema de princípios superiores, providos de supremo teor normativo. Entre as teorias construídas, identifica-se a teoria dos valores. Considerada como teoria de normas principais e desde que se admita a unidade sistêmica da ordem constitucional, pode-se utilizá-la como artefato teórico a propiciar a efetividade dos direitos fundamentais em suas dimensões.

Neste estudo, o que se pretende demonstrar, apesar de toda a evolução na positivação dos direitos fundamentais assentados das Cartas Constitucionais democráticas, é a presença, ainda, do problema da efetivação destes direitos, na perspectiva da construção da fundamentação no ato de julgar no

complexo Estado Constitucional, mormente pelos conflitos de interesses na ambiência constitucional.

Para melhor fundamentar o estudo, será imprescindível a análise da abordagem doutrinária propulsora do desenvolvimento do Direito Constitucional e de julgados de diversas Corte Supremas que afirmaram a existência de direitos fundamentais num cenário de conflitos de interesses no ambiente constitucional.

O propósito desta reflexão não é a abordagem sobre a teoria da argumentação, dada a sua complexidade e extensão, mas tão somente registrar que no ambiente de Estado Constitucional o julgador não pode prescindir de construir uma argumentação jusfundamental, amparada nos princípios explícitos e implícitos insertos na Carta Constitucional, que responda às exigências de racionalidade, sobretudo quando as decisões são proferidas pelas Cortes Constitucionais.

2 A EVOLUÇÃO DO ESTADO NO PENSAMENTO POLÍTICO

As etapas históricas do pensamento jurídico registram preocupações, interesses e finalidades distintas. A construção no sistema normativo resulta da prática de ações e atividades que estão ligadas e associadas a determinados objetivos para atender à expectativa da vida coletiva. No ambiente do Estado Constitucional, prevalece a concretude dos direitos fundamentais.

O pensamento político da Antiguidade encontra-se representado pela orientação moral propagada por Aristóteles, e o da Idade Média pelo direito natural estoico-cristão. Kersting (2003, p. 35) assevera que o pensamento político da Antiguidade e da Idade Média se estendia entre os dois polos: por um lado, o aristotelismo político de orientação moral, e, por outro, o direito natural estoico-cristão, ditado por normas.

Neste contexto histórico, o ser humano devia agir moralmente na concretude do bem comum, pois somente assim faria justiça à sua vocação. A vida em comunidade volta-se ao bem-estar de todos os indivíduos, pois somente interagido com os outros é possível a concretude da existência humana como cidadão. O indivíduo não se reconhece em si mesmo, mas na própria comunidade, realizando-se, portanto, nas ações comuns com os demais integrantes desta. Deduz-se, portanto, que o agir político é sustentado pela conduta virtuosa, sem nenhum interesse econômico.

Neste sentido, Kersting (2003, p. 37/38) afirma que por não ser o cidadão aristotélico uma pessoa privada e economicamente ativa, a *pólis* também não deve ser equiparada ao Estado Moderno. Hegel, segundo o autor, considerou o cidadão aristotélico como nulidade política. Resulta das afirmações anteriores que o homem é uma espécie de constituição normativa que define a sua vocação e o seu direito sempre visando ao bem comum e não ao seu próprio interesse.

A contraposição à filosofia política de Aristóteles surge no século XVII, com as obras de Hobbes. Ainda segundo Kersting (2003, p. 40), este figura como o herói fundacional da política da Era Moderna, destacando-se, como obras representativas dessa ruptura político-filosófica, *Elements of Law natural and politic*, de 1640, *Elementorum Philosophiae Sectio Tertia De Cive*, de 1642, e particularmente o *Leviatã*, de 1651.

O elemento da nova filosofia política é a compreensão individualista do cidadão, cuja essência se fundamenta na racionalidade econômica. Hobbes reconhece a existência de conflitos entre os indivíduos, a partir de compreensão diversa de objetivos, visto que o indivíduo se reconhece em si mesmo e não mais na comunidade, como resultado do pluralismo ideológico, moral e confessional, cujo fundamento para a manutenção do Estado é o distanciamento neutro das posições morais, religiosas

e ideológicas.

Na compreensão de Hobbes, a neutralização e a abstinência em relação à verdade das posições morais, religiosas e ideológicas poderão constituir a existência de um Estado que se retroalimentará da pretensão do consentimento geral dos indivíduos.

Neste ambiente, o indivíduo deixa de se reconhecer no outro e passa a reconhecer-se em si mesmo; deixa de agir em razão de processo de colaboração para um agir voltado a um resultado econômico. Não mais se reconhece a existência de comunidades abrangentes e anteriores por natureza, mas a partir dos interesses dos indivíduos. Assim as comunidades só são reconhecidas e justificadas quando espelham e buscam a concretude dos interesses dos indivíduos. Neste contexto, as instituições sociais são posteriores e a sua aceitação a partir do consentimento geral estará condicionada à realização dos interesses dos indivíduos.

Esta ruptura imposta pela filosofia política de Hobbes demonstra que o ser humano se encontra em permanente movimento e, como tal, faz-se necessário e imprescindível, para a compreensão do indivíduo, o aprofundamento da ciência na compreensão da natureza humana, visto que a filosofia moral, tão somente, não se presta a regular as relações entre os seres humanos.

À guisa de complementação a este momento histórico, é necessário destacar que o dever do Estado é domar o Estado Natural, propiciando ao indivíduo o desenvolvimento de sua competência, porém submetido às leis regulamentadoras do comportamento. Neste sentido, o indivíduo renuncia a sua liberdade, a fim de preservar a sua autoconservação, competindo ao Estado disponibilizar os meios necessários à concretude do contrato firmado entre as pessoas.

Não se pode olvidar que direitos não tenham existidos nos mais diversos tipos de Estado, mas é necessário que se

destaque as diferenciações de compreensão e extensão dos direitos das pessoas, nos mais diversos períodos de formação.

Miranda (2017, pp. 17/18) registra quatro grandes diferenciações, a saber: a liberdade para os antigos era antes de tudo participação na vida da cidade, para os modernos, a construção de seu plano de realização pessoal. A segunda consiste na tutela dos direitos da idade média e do Estado estamental, neste, a tutela dirigia-se aos privilégios, imunidades e regaliais, já no Estado moderno a tutela alcança direitos comuns, ou universais, resultantes de uma relação imediata como o Estado.

A terceira diferenciação dá-se entre os direitos, liberdades e garantias de direitos sociais e patenteia-se pelo processo de separação e fragmentação dos grupos sociais nos séculos XIX, XX e XXI. A quarta distinção resultada da existência não somente da proteção interna dos direitos do homem, mas também a proteção dos direitos por instâncias internacionais.

É nesta complexa ordem jurídica estatal que os direitos fundamentais são beneficiados pelas garantias inerentes à força específica de suas normas, cuja efetividade, apesar do afirmado de sua normativa, por vezes, necessita de judicialização, exigido na Corte Constitucional e da doutrina brasileira um permanente processo construtivo-interpretativo para garantir a unidade da ordem constitucional.

3 O PENSAMENTO JURÍDICO NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Neste sentido, a historicidade do pensamento jurídico, na construção do direito constitucional, reconhece os direitos fundamentais como garantias jurídico-constitucionais, elevando-os à natureza de normas constitucionais, não como mero reflexo simbólico com vinculação material ao Estado, mas

como normas vinculadoras a todos os poderes do Estado.

A existência de uma Constituição normativa pressupõe um Estado de Direito vinculado à observância de catálogo material de valores, no qual se inserem preocupações e desafios que devem ser enfrentados com obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais.

Luño (2012, p. 9) observa que para enfrentar essas novas preocupações e desafios que se apresentam em constante mutação faz-se necessário o emprego de métodos de interpretação que possam especificar o significado e a função do Estado Constitucional de Direito, razão pela qual se tornam imperiosas algumas observações sobre a unidade da Constituição.

Neste sentido, o ordenamento jurídico deve, necessariamente, ser submetido à interpretação. A interpretação consiste no instrumento de concretização do direito.

Royo (*apud* BONAVIDES 1999, p. 523) consigna que a interpretação é a sombra que segue o corpo; da mesma maneira que ninguém pode livrar-se da sua sombra, o Direito tampouco pode livrar-se da interpretação. Bonavides (1999, p. 533) destaca a completa ausência, até a década de 50, da interpretação nos compêndios de direito constitucional.

Esta ausência de interpretação do direito constitucional alcançava, também, os direitos fundamentais, razão por que a Carta Constitucional era tida como um texto político composto de normas programáticas.

A partir do momento em que os doutrinários passaram a observar a Carta Constitucional como a Lei das Leis e o Direito dos Direitos, surge a teoria material da Constituição, que é a hermenêutica do direito constitucional.

Bonavides (1999, p. 534) afirma que toda interpretação dos direitos fundamentais provém da necessidade de uma teoria dos direitos fundamentais. Daí a necessidade de uma teoria da Constituição, devendo-se, ambas, a uma indeclinável concepção

do Estado, da Constituição e da cidadania.

Reconhecê-la como Direito, para Bonavides (1999, p. 535), significa desatá-la dos laços silogísticos e dedutivistas que embargavam a normatividade e a confinavam, pelo seu teor principal, ao espaço da programaticidade destituída de juridicidade.

Bonavides (1999, p. 538) assevera que a Constituição é mesmo a Lei das Leis e o Direito dos Direitos: o código de princípios normativos que faz a unidade e o espírito do sistema, vinculado a uma ordem social de crenças e valores em que se fabrica o cimento de sua própria legitimidade.

Diante deste novo quadro constitucional doutrinário é de se afirmar que a ordem constitucional apresenta normas que devem ser concretizadas.

Este processo de concretização dos direitos fundamentais enseja o conhecimento e a aplicação do princípio da unidade da Constituição. Tal princípio foi identificado e compreendido em julgado da Corte Alemã de Karlsruhe. Klaus Stern (*apud* BONAVIDES 1999, p. 548) observa que o princípio da unidade da Constituição é o mais nobre princípio que existe, fruto do que foi sentenciado pelos juízes constitucionais alemães: “Não se pode considerar insuladamente uma estipulação singular da Constituição nem pode ser ela interpretada ‘em si mesma’, senão que deve manter ‘conexão’ de sentido com as demais prescrições da Constituição, formando uma unidade interna”, porquanto “da totalidade da Constituição emergem determinados princípios constitucionais bem como decisões fundamentais, às quais se subordinam as estipulações isoladas da Constituição” e com as quais devem guardar compatibilidade.

Este processo de construção da teoria material da Constituição e a interpretação dos direitos fundamentais implicam reconhecer que ambas devem se colocar a serviço do homem-cidadão, sendo este, portanto, o centro da existência do

próprio Estado.

Em síntese lapidar, Bonavides (1999, p. 568) assinala que a teoria liberal dos direitos fundamentais faz do indivíduo o valor primário e referencial da sociedade humana: o indivíduo oponível ao Estado, superior a este e titular dos chamados direitos naturais.

Finaliza o autor que é dever do hermeneuta elucidar os questionamentos relativos à liberdade e à preservação dos valores de natureza tanto espiritual como material, subjacentes aos direitos fundamentais.

Nesta quadra, a teoria liberal dos direitos fundamentais institui um instrumento eficaz para coibir abusos e fixar limites do exercício do poder estatal.

Mais uma vez, utilizando-se da interpretação da teoria institucional dos direitos fundamentais produzida por Bonavides (1999, p. 571), observa-se que a liberdade deve ser vista como liberdade-fim, liberdade dirigida, programada para determinado objetivo, numa ambiência real vinculada ao ordenamento institucional.

Para Bonavides, é com esta teoria que o conceito de direito fundamental se avulta e se legitima. A liberdade apresenta-se ativa para a concreção de um fim que amolda a liberdade do indivíduo ao Poder do Estado, a fim de que não prevaleça a liberdade individual, mas sim a liberdade institucional concreta para a realização de uma finalidade de alcance social, sob o manto da ordem jurídica.

Na verdade, a teoria institucional dos direitos fundamentais por si só não soluciona o processo de interpretação dos direitos fundamentais, mas contribui de forma significativa para a concretude dos direitos fundamentais, porquanto indiscutivelmente possui essência democrática.

Bonavides (1999, p. 575) observa a liberdade pelo ângulo institucional e assevera que os direitos fundamentais se apresentam com concretude existencial, conteúdo, efetividade,

segurança, proteção, limitação e fim; os espaços de liberdade ficam, portanto, mais largos, e estes direitos já não sobem ao céu da promessa.

A teoria dos valores é reconhecida como uma variação da teoria institucional dos direitos fundamentais. No seu âmago, ela considera os direitos fundamentais como valor e não como norma.

Para melhor compreender o que isso significa, impõe-se a observação de Bonavides (1999, p. 577). Para este autor, não é norma, pelo menos no sentido habitual do positivismo normativista.

A aparente intelecção de que os direitos fundamentais devem ser vistos como valores, e não como normas, tem levado a reflexões bem significativas.

Bonavides (1999, p. 581) adverte sobre o papel do juiz-intérprete, pois com frequência este se inclina ao subjetivismo de sua “pré-compreensão”, dando rédeas largas ao voluntarismo decisório, o qual, sobre afetar a segurança jurídica, faz a interpretação dos direitos fundamentais percorrer caminhos de alto risco e flutuar nos domínios da incerteza e da imprevisibilidade.

Apesar da advertência de Bonavides, este reconhece a Constituição como um sistema de princípios superiores, providos de supremo teor normativo. Nesse sentido, ao admitir a unidade sistêmica da ordem constitucional, aceita que a teoria dos valores, considerada como teoria de normas principiais, constitui artefato teórico a propiciar a efetividade dos direitos fundamentais em suas dimensões.

Novais (2017, p.199) registra que os direitos fundamentais na concepção de direitos como trunfos acaba por ser indissociável da instituição de uma justiça constitucional forte. Na efetividade da justiça constitucional forte impõe-se, para proteção jurídica dos direitos fundamentais, uma reserva geral de ponderação em cada situação concreta em decorrência

de conflitos com outros bens e interesses igualmente protegidos.

4 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EFETIVIDADE NA PERSPECTIVA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

Na construção das dimensões dos direitos fundamentais, registra-se como marco inaugural dos denominados direitos fundamentais de primeira geração, contemplados nas primeiras Constituições escritas, o pensamento liberal-burguês do século XVIII. Sarlet (2012, p. 46) destaca que as raízes desses direitos encontram-se na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, influenciada por Hobbes, Locke, Rousseau e Kant. A essência desse pensamento reside na realização da liberdade do indivíduo. A concretude da liberdade do indivíduo implica a abstenção do Estado.

Entre os direitos de defesa, identificam-se os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Insere-se, também, nesta categoria a liberdade de expressão, de associação, de religião, de reunião etc.

Na declaração do direito constitucional de defesa ou proteção, por intermédio da função de julgar no Estado Constitucional, identificam-se inúmeros julgados nas Cortes Constitucionais com elevada reputação. Casos paradigmáticos podem ser apresentados a partir da função de julgar fundada no interpretacionismo norte-americano e no pragmatismo alemão.

Beatty (2014, p. 68) destaca que a Suprema Corte dos Estados Unidos foi a primeira a enfrentar questões referentes à liberdade religiosa. Como casos paradigmáticos registra *Lee vs Weisman* e *Oregon vs Smith*. No primeiro julgamento a Corte deliberou “*se uma bênção e uma oração, não denominacionais, no início de uma formatura de uma escola de segundo grau, violava o preceito da Primeira Emenda de que o Congresso não fará lei referente a instituição religiosa*”. No segundo caso, a

Corte teve de decidir sobre a Primeira Emenda, que obsta o Congresso de aprovar leis que proibam “*o livre exercício da religião*”.

No julgamento do primeiro caso, a Corte decidiu que a realização da bênção e da oração violava a Primeira Emenda. Beatty (2014, p. 69) descreve que a Corte dividiu-se radicalmente, isto porque cinco juízes entenderam pela violação e quatro discordaram. No segundo caso, o julgamento objetiva saber se os integrantes da Native American Church (Igreja Nativa Americana) que ingeriam peiote em cerimônias espirituais tinham o direito constitucional à isenção religiosa da lei estadual que criminalizava a posse desse cacto.

No segundo caso, a Corte por seis a três entendeu pela constitucionalidade da legislação estadual que criminalizava a posse desse cacto.

Beatty (p.2014, p. 69) anota que o foco da divergência entre os juízes da Corte residia em como interpretar as expressões cruciais “*instituição religiosa e livre exercício da religião*”. No julgamento dos casos difíceis, a Corte foi buscar fundamento em seus precedentes, quando provocada a interpretar o significado da Primeira Emenda. No primeiro, a maioria entendeu que as orações não tinham espaço na vida das escolas públicas. Já os divergentes, segundo Beatty (2014, p. 71), afirmaram que a interpretação da Corte deveria corresponder ao que a história revela ter sido o entendimento de suas garantias na época. Isto porque, na edição da Primeira Emenda (1721), as invocações religiosas faziam parte das proclamações do governo, razão pela qual entendiam os divergentes que estas deveriam ser permitidas na ocasião em debate.

No segundo caso, apesar das divergências existentes, os juízes, na análise dos precedentes, identificaram que em nenhuma oportunidade a Corte afirmou que as convicções religiosas das pessoas podem isentá-las de obedecer às leis de

aplicação geral que vinculam a todos. Como observa Beatty (2014, p. 71), mais uma vez os juízes entendiam que deveriam buscar nos precedentes, e não na história, a resposta à questão de saber se os integrantes da Native American Church tinham ou não o direito constitucional de usar peiote como parte de suas cerimônias religiosas. Assim, com fundamentos nos precedentes, por maioria, a Corte entendeu que a cláusula do livre exercício e as isenções religiosas deveriam prevalecer sobre todas as leis do Estado, ressalvadas as hipóteses de oposição a interesse imperioso deste.

As referências aos julgados visam, tão somente, demonstrar que no Estado Constitucional a função de julgar exige dos julgadores a construção bem fundamentada da premissa menor, esta representada pelas circunstâncias do caso ajuizado. Isto porque todos os juízes da Corte norte-americana não olvidaram de bem identificar a premissa maior (*instituição religiosa e livre exercício da religião*). As divergências residem na construção da premissa menor, razão pela qual a conclusão não alcança o mesmo resultado quando os elementos integrantes da premissa menor são submetidos a operação intelectual distinta.

Eis a complexa função do intérprete na função de julgar. Krell, Andreas e Olga (2015, p. 266), ao refletirem sobre a importância do raciocínio retórico-tópico aplicável na decisão jurídica, asseveram que a decisão jurídica é produzida pelo intérprete/aplicador do Direito basicamente a partir de elementos textuais das regras e princípios incidentes, bem como por figuras dogmáticas, doutrinas e decisões precedentes dos Tribunais, além da consideração das prováveis consequências fáticas (econômicas, sociais e políticas).

Nesta discussão, impõem-se algumas observações sobre a função de julgar no Estado Constitucional na perspectiva da Corte Alemã. Na deliberação sobre a relação Igreja e Estado impõe-se compreender os fundamentos utilizados na efetivação

do provimento jurisdicional pela referida Corte. Beatty (2014, p. 83) descreve que os juízes da Karlsruhe decidiram que o Estado não cometerá erro caso permita que se façam orações voluntárias em suas escolas, mas errará se afixar crucifixos nas paredes das salas de aula. No caso da oração na escola (1979), o Tribunal concluiu que seria desproporcional que a objeção de um aluno se sobrepujasse aos direitos dos demais alunos de expressar as suas crenças. Em sentido contrário, no caso do crucifixo na sala de aula, o Tribunal, na deliberação da questão no estado da Baviera, que determinou a afixação de cruzes em todas as suas escolas, entendeu pela impossibilidade da manutenção das cruzes nas escolas.

Beatty (2014, p. 85) registra que o Tribunal entendeu que, na perspectiva dos alunos não cristãos, a cruz é “símbolo de zelo missionário” e sua adoção por parte do Estado “constitui um apelo comovente [e] salienta o compromisso com a fé que ela simboliza, desse modo tornando essa fé exemplar e digna de ser seguida”.

Na busca dos elementos formadores da premissa menor, Beatty (2014, p. 83) identifica que o Tribunal alemão quando decide sobre o lugar das orações e dos símbolos religiosos nas escolas públicas parte do princípio de que estão em conflito a liberdade positiva de alguém reconhecer publicamente suas crenças e a liberdade negativa de não ser obrigado a anuir à fé de outros.

Neste conflito presente, o Tribunal utiliza-se do princípio da “concordância prática”. Beatty (2014, p. 83) expõe que o princípio consiste na harmonização dos valores conflitantes, a fim de preservar o máximo possível de cada um. Entende o Tribunal que o princípio está implícito na lógica da Lei Fundamental, fornecendo, desta forma, um parâmetro para a conciliação dos diferentes direitos e liberdades garantidos pela Carta Constitucional. Neste sentido, o Tribunal aplica o direito com a demonstração de que foram otimizados os interesses

conflitantes e evitadas as medidas excessivas.

Parece evidente que os juízes da Corte alemã, quando da aplicação do princípio da “concordância prática” na função de julgar, operam a realização deste ato com estrita racionalidade. Sobre a racionalidade lógico-formal no ato de julgar, Luño (2012, p. 82) afirma que a função judicial se desenvolve em termos de estrita previsibilidade lógica que redundam na garantia do valor da segurança jurídica.

Apresenta maior dificuldade o julgamento no Estado Constitucional para a efetividade dos direitos fundamentais prestacionais. Os direitos fundamentais prestacionais estão a exigir uma ação positiva com a finalidade de promover uma transformação da sociedade e eliminar de forma gradual as desigualdades que ocorrem no contexto do Estado brasileiro. Não é sem razão que o Estado brasileiro, submetido à ordem constitucional de 1988, objetiva, por intermédio de suas ações positivas, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a progressiva erradicação da pobreza, da marginalidade e, acima de tudo, a redução da elevada desigualdade social observável no cenário nacional.

Mendes e Branco (2015, p. 160) afirmam que a ação do Estado, imposta pelo direito a prestação, pode referir-se quer a uma prestação material, quer a uma prestação jurídica.

As prestações materiais visam contemplar os direitos fundamentais de natureza social, mormente os constantes do art. 6º da CF, como o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade, à infância e à assistência social. São direitos que submetidos à efetividade reduzirão as necessidades dos indivíduos que se localizam nas camadas sociais inferiores, que precisam das ações positivas do Estado para atender, minimamente, aos objetivos fundamentais da *República*.

Sarlet (2012, p. 289), sobre a crucial efetividade dos direitos fundamentais prestacionais, afirma que é precisamente

em função do objeto precípua destes direitos e da forma mediante a qual costumam ser positivados (normalmente como normas definidoras de fins e tarefas do Estado ou imposições legiferantes de maior ou menor concretude) que se travam as mais acirradas controvérsias envolvendo o problema de sua aplicabilidade, eficácia e efetividade.

Na concretude dos direitos prestacionais, a Corte norte-americana fundamenta as suas decisões nos critérios da proporcionalidade e distribuição equitativa. Beatty (2014, p. 255) refere-se à decisão proferida no caso *Plyler vs Doe*, em que a Corte abriu as portas das salas de aula para os filhos dos imigrantes ilegais. Neste caso, a Corte concentrou a construção da premissa menor no fato de que o reconhecimento do direito da educação aos filhos de imigrantes ilegais proporcionaria imensa diferença na formação dessas crianças, sem que isto resultasse em expressivo ônus aos outros cidadãos.

Beatty (2014, p. 256) ressalta que as Cortes Constitucionais sentiram-se atraídas pela ideia de que o direito à educação pública é direito à distribuição equitativa dos recursos investidos na formação e desenvolvimento do “capital humano” da sociedade.

Na garantia do direito à educação, a partir da judicialização desse direito fundamental de natureza prestacional, Beatty (2014, p. 256/257) assevera que a Suprema Corte da Índia reconhece o direito ao ensino na perspectiva da distribuição equitativa, levando esta lógica mais longe que qualquer outra Corte no mundo.

Como comprovação da afirmação, destaca a decisão no caso *Unni Krishman vs Estado de Andhra Pradesh*, liderada por B. P. Jeevan Reddy. Neste caso, Beatty (2014, p. 257) descreve que a decisão da Corte foi fundamentada na distribuição equitativa, determinando que é dever do Estado garantir educação primária nos primeiros 14 anos de vida. Como elementos de retórica da decisão, observa-se que a decisão

reconhece que a Índia gasta bem menos que outras democracias constitucionais do mundo com educação, contudo, destinava desproporcionalmente recursos para garantir gastos com instituições de segundo e terceiro graus, o que configura “inversão de prioridades”.

A descrição, mesmo sucinta desses julgados, possibilita constatar a complexidade de julgar no Estado Constitucional. O complexo Estado Constitucional não pode prescindir dos estudos dos constitucionalistas e dos julgados das mais diversas Cortes Constitucionais para o desenvolvimento da teoria dos princípios, a fim de conciliar interesses em conflitos manifestados na ambiência constitucional.

5 A CONSTRUÇÃO DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS E A SUA APLICABILIDADE NO ATO DE JULGAR NO AMBIENTE CONSTITUCIONAL

Sobre este tema, Barroso (2008, p. 878) destaca que a teoria dos princípios desenvolveu-se a partir de estudos realizados por Ronald Dworkin, sendo difundida no Brasil nos anos 80 e no curso dos anos 90. A consolidação e o aprofundamento da teoria dos princípios ocorrem nos dias atuais, com os estudos desenvolvidos por Robert Alexy.

No tocante ao estudo da teoria dos princípios, é também de se destacar o constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho, com a sua obra *Direito Constitucional* (1996). Neste campo a discussão primeira e essencial, apesar de já travada quando da análise da teoria dos direitos fundamentais, consiste em identificar a distinção entre normas e princípios.

Inúmeras e complexas são as distinções, razão por que necessária se faz a utilização de estudos de renomados constitucionalistas para melhor compreender a distinção entre regras e princípios.

Ressalta Barroso (*apud* DWORKIN 2008, p. 879) que a

principal distinção entre regra e princípio dá-se quanto ao modo de aplicação. Regras se aplicam na modalidade tudo ou nada: ocorrendo o fato descrito em seu relato, elas deverão incidir, produzindo o efeito previsto. Já os princípios dão guarida aos direitos fundamentais. É por intermédio dos princípios que se identificam valores para a realização de um fim.

Alexy (2011, p. 64) define princípios como normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização. Regras, na definição do autor, são mandamentos definitivos. A forma de aplicação de regras não é de ponderação, mas de subsunção.

Já Canotilho (1996, p. 167-168) apresenta várias distinções, sendo de fundamental valia as distinções de ordem qualitativa. Os princípios apresentam-se como normas jurídicas impositivas de uma otimização, e como tais são compatíveis em graus diversos diante das condições fáticas e jurídicas. Já as regras são impositivas: ou permitem ou não permitem. Extrai-se, como resultado, que os princípios são colidentes e as normas são excludentes.

Neste cenário, Canotilho (1996, p. 168) explicita as seguintes consequências: os princípios permitem balanceamento de valores e interesses, consoante o seu peso e a ponderação; já as regras devem cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Na incidência dos princípios, havendo conflitos, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, porém, no caso de conflitos entre regras, inexistente tal possibilidade, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Por fim, sustenta o autor que os princípios suscitam problemas de validade e peso, e as regras apenas questões de validade.

Alexy (2011, p. 62) destaca que o fenômeno da colisão de direitos fundamentais trouxe à luz conjunturas extremamente

diversas que, porém, têm algo em comum. O autor reconhece que todas as colisões podem somente ser solucionadas se, de um lado ou de ambos, de alguma maneira, se fizerem limitações ou sacrifícios. O cerne da questão é como isso deve se processar.

Os caminhos são complexos. Para tanto, necessário se faz contextualizar e renovar a assertiva de que os direitos fundamentais têm força vinculativa. Sobre o caráter vinculante das normas de direitos fundamentais, estas devem ser assim reconhecidas quando comprovadas a partir de decisões judiciais, tornando-as, portanto, justiciáveis.

Sobre a natureza vinculante das normas de direitos fundamentais, Alexy (2001, p. 62) assim se expressa:

Em um sistema jurídico, que conhece divisão de poderes e, com isso, o poder judicial como terceiro poder, tudo fala em favor disto, de designar como “juridicamente vinculativas” somente aquelas normas de direitos fundamentais cuja violação, seja em que procedimento for, por um tribunal pode ser comprovada, que, portanto, são justiciáveis. É ideal quando essa comprovação, em última instância, é deixada a cargo de um tribunal constitucional, porém, também é possível que ela caia somente na competência dos tribunais especializados.

A Constituição brasileira no art. 5º, § 1º, consigna que os direitos fundamentais individuais prescritos são de aplicação imediata. Já Alexy (2001, p. 63) observa que a justiciabilidade dos direitos fundamentais deve ser exigida, independentemente de ordenações vinculativas jurídico-positivas. Os direitos fundamentais são o âmago dos direitos do homem; em outras palavras, constituem a própria natureza dos direitos do homem, razão suficiente para caracterizar a sua força vinculante.

Quando o conflito se apresenta, necessária se faz a realização do caminho da teoria dos princípios.

Sustenta Alexy (2011, p. 67) que, segundo a teoria dos princípios, uma intervenção em direitos fundamentais deve ser justificada pela ponderação. Insere o princípio da ponderação como o terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade do Direito alemão. Nesta inserção identifica

como primeiro princípio parcial da proporcionalidade o princípio da idoneidade do meio empregado para a obtenção do resultado com ele desejado, e como o segundo, o da necessidade.

Dessa construção, afirma o autor que o princípio da proporcionalidade em sentido restrito deixa formular-se como uma lei de ponderação.

Ao explicar a lei da ponderação, Alexy (2011, p. 68) assevera que ela deve realizar-se em três graus. No primeiro, deve ser determinada a intensidade da intervenção; no segundo, deve tratar-se da importância dos fundamentos que justificam a intervenção; no terceiro, realiza-se a ponderação no sentido restrito e verdadeiro.

Para Alexy (2011, p. 69), a teoria dos princípios possibilita não somente a solução das colisões de direitos fundamentais, mas também um caminho intermediário entre vinculação e flexibilidade.

É de relevância para a discussão em curso a abordagem que Alexy (2011, p. 69) faz especificamente sobre os direitos fundamentais sociais expressos na Carta Constitucional brasileira, *in verbis*:

Em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não vinculativas, portanto, como meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ele declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma “reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer como razoável da sociedade”. Com isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, mas também uma solução do problema da colisão.

A tensão entre os princípios constitucionais é observada por Canotilho (1996, p. 190) sob o argumento de que é fruto do pluralismo e do antagonismo de ideias subjacentes ao pacto

social. Observa, ainda, que a Constituição é um sistema aberto de princípios, daí podendo surgir momentos de tensão entre os princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais.

Como já visto na análise das teorias de interpretação dos direitos fundamentais, sustenta Canotilho (1996, p. 192), citando Dworkin, o emprego do princípio da unidade. Afirma que o princípio da unidade, como princípio de decisão, dirige-se aos juízes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos.

A colisão entre os princípios para a efetividade dos direitos fundamentais é inevitável. Diante da inevitabilidade da colisão de princípios, Barroso (2008, p. 880) utiliza os fundamentos de Alexy para a solução desse conflito. Consigna que compete à autoridade – que poderá ser o legislador ou o intérprete judicial – proceder à ponderação dos princípios e fatos relevantes, e não à subsunção do fato a uma regra determinada.

Como observado por Alexy, a Constituição brasileira é generosa na positivação de direitos fundamentais sociais. A sua adimplência torna indiscutível a existência de uma capacidade orçamentária e financeira do Estado. Entre esses direitos sociais está o da educação gratuita e obrigatória, concebida como direito subjetivo do cidadão, sendo dever do Estado fornecê-la de forma satisfatória.

Assim, o direito à educação está a exigir do Estado uma ação positiva; contudo, a prestação desse direito tem requerido a constante intervenção do Poder Judiciário, fruto da ação omissiva do Estado em efetivá-la de forma satisfatória, sob o argumento da incapacidade orçamentária e financeira.

Essa discussão torna-se relevante no Estado brasileiro por sua condição de país em desenvolvimento, em que os direitos fundamentais se apresentam em contínuo processo de concreção, não devendo, portanto, ficar na dependência da viabilidade orçamentária.

Krell (1999, p. 249), ao observar a exigência da disponibilidade orçamentária e financeira para a concreção dos direitos fundamentais, discorre sobre a “reserva do possível”, com base nas lições de Canotilho, que vê a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma reserva do possível e aponta a sua dependência dos recursos econômicos. Ressalta Krell que a teoria da reserva do possível é uma adaptação da jurisprudência alemã (*vorbehalt des Möglichen*), que entende estar a construção de direitos subjetivos para a prestação material de serviços públicos pelo Estado sujeita à disponibilidade dos respectivos recursos.

Pinto e Netto (2010, p. 157) destaca que a reserva do possível condiciona a concreção dos direitos fundamentais à existência de recursos financeiros para atender aos custos desses direitos. Nesta linha, a ausência de recursos impede a concreção dos direitos sociais. Assim, é incontroverso que a prestação dos direitos sociais pelo Estado exige suporte orçamentário e financeiro, sendo necessário que se demonstre a existência de uma situação excepcional que impossibilita a efetivação desses direitos.

É evidente que a observância dos direitos fundamentais tem custo, a ser suportado pela sociedade, mediante os tributos que lhe são impostos para a conformação orçamentária e financeira dos entes públicos. Porém não parece razoável o emprego exclusivo da reserva do possível como via impeditiva da efetividade de tais direitos, mormente quando submetidos à judicialização, em face da ação omissiva dos entes estatais.

Mastrodi (2008, p. 90) destaca que os direitos sociais fundamentais positivados na Carta Constitucional não devem ser reféns de leis ordinárias, sobretudo as relativas à definição do orçamento e ao princípio da reserva do possível.

Em relevante lição, Pinto e Netto (2010) assim se expressa:

Não resta dúvida de que os direitos sociais têm custos e não podem ser alargados ao infinito, nem mesmo além de um

patamar proporcional entre custos e benefícios, sob pena de outros direitos e atividades estatais verem-se comprometidos. Isso não quer dizer que a reserva do possível deva ser vista como óbice absoluto à concretização e manutenção de certo nível de concretização dos sociais; sua fundamentabilidade não permite que possam, em condições de normalidade, ver negada sua normatividade, como se nada se impusessem.

Os argumentos empregados por Pinto e Netto sobre a impossibilidade de inviabilização dos direitos sociais encontram suporte doutrinário em Sarlet e Alexy. Sarlet (*apud* PINTO E NETTO 2010, p. 158) anota que a reserva do possível se apresenta como limite, mas também como garantia de efetividade dos direitos fundamentais, em uma tríplice dimensão, a saber: a) a efetiva disponibilidade fática de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos (orçamento, distribuição de receitas, competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas); c) a proporcionalidade e a razoabilidade da prestação.

A reunião dessas três dimensões permite reconhecer a que ação positiva do Estado deve atender à efetividade dos direitos sociais, visto serem direitos vinculativos e de eficácia imediata, regida a sua prestação pela ponderação entre os recursos e a intensidade do direito prestacional.

Destaque-se que a educação observável como direito fundamental social é, em relação ao generoso rol de direitos fundamentais da Carta Constitucional brasileira, o direito social de maior intensidade, visto que a educação precede a qualquer outro, até porque é a educação o direito indutor de transformação de todo e qualquer direito, sendo suporte, inclusive, para o processo evolutivo do Estado.

Na linha do emprego da ponderação para o reconhecimento da efetividade dos direitos fundamentais, Alexy (*apud* PINTO E NETTO 2010, p. 159) afirma que na reserva do possível, no contexto de aplicação normativa, em que surge conflito a ser resolvido, o recurso da ponderação é imperativo e

não determina a ineficácia do direito, pois a vinculatividade deste impede que sua validade normativa dependa do maior ou menor grau de suas possibilidades de realização, comparecendo, entretanto, como cláusula restritiva do direito, que, *prima facie*, se torna “definitiva” de acordo com o que o indivíduo possa postular de forma razoável da sociedade.

Bonavides (1999, p. 596-597), na mesma linha dos autores já indicados, sustenta que o Estado deve efetivar os direitos sociais por intermédio de duas formas distintas de garantia: a jurídica e a econômica. Adverte, contudo, que diante da colisão entre a garantia jurídica e a econômica, a controvérsia deve ser dirimida pelos órgãos do poder estatal com o emprego do princípio da proporcionalidade.

Não há incongruência em se falar no princípio da proporcionalidade, princípio da ponderação ou lei da ponderação, pois se trata do mesmo fenômeno, edificado a partir da doutrina alemã, como visto e exposto anteriormente, razão por que o meio a ser empregado na solução da controvérsia é único, ainda que identificado pelos doutrinadores com terminologia diversa.

Na essência, o princípio da reserva do possível compõe a estrutura principiológica constitucional, não podendo deixar de ser considerado no processo de efetividade dos direitos fundamentais. Questiona-se, no entanto, a fundamentabilidade deste princípio para a não realização do direito prestacional educacional de forma satisfatória, cuja consequência é um processo contínuo de retrocesso dos direitos sociais.

Krell (1999, p. 243) ponderava, na década de 90, que a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social propiciaria uma maior proteção aos direitos fundamentais. Argumentava que inexistia, à época, um aprofundamento do alcance do princípio da proibição do retrocesso social, já que a discussão não deixava claro se a proibição se referia tão só à atividade legislativa ou também ao nível de organização fática

dos serviços básicos e do volume das prestações materiais, destacando, de igual modo, a ausência de decisões dos tribunais fundamentadas no princípio da proibição do retrocesso social.

Estudo recente de Pinto e Netto, intitulado “O princípio de proibição de retrocesso social” (2010), permite que a discussão avance no sentido de conciliação e ponderação entre o limite econômico e o retrocesso quanto ao direito fundamental à educação gratuita e obrigatória, a fim de contribuir para a fundamentação dos julgados das Cortes, quando o direito à educação for submetido à judicialização.

É importante registrar que o presente trabalho não visa à comprovação da existência implícita do princípio da proibição do retrocesso social na ordem constitucional brasileira, estudo este desenvolvido por Pinto e Netto, mas parte do seu reconhecimento para admitir a possibilidade de sua aplicação de forma ponderada com o princípio da reserva do possível na efetivação do direito fundamental à educação gratuita e obrigatória, quando tal pretensão não for realizada satisfatoriamente pelos entes estatais e o Judiciário for acionado para tornar efetivo este direito.

Afirma Pinto e Netto (2010, p. 113) que dos princípios expressamente consagrados na Constituição brasileira não se observa nenhuma menção a uma proibição de retrocesso social, o que não implica o impedimento de se verificar a possibilidade de justificar a existência de tal princípio.

Canotilho (*apud* PINTO E NETTO, p. 113) consigna que os princípios que compõem a ordem constitucional não são apenas os princípios escritos, mas também os não escritos, como elementos integrantes da estrutura constitucional. Apresenta como exemplos, entre outros, o princípio da proporcionalidade, da proteção, da não retroatividade – expresso só para certas matérias –, da proibição do retrocesso social e da proibição da evolução revolucionária.

Com o intuito de reconhecer a existência de princípios

não explícitos na ordem constitucional, posiciona-se Alexy (2002, p. 70-71) no sentido de que as normas de direito fundamental podem ser normas diretamente fixadas na Constituição ou normas de direito fundamental a elas adscritas. A adscrição dessas normas necessita de fundamentação coerente e consistente.

Pinto e Netto (2010, p. 115) explicita quatro pilares para fundamentar a existência do princípio da proibição do retrocesso social na Carta Constitucional brasileira e na portuguesa, assim identificados: a) a supremacia da Constituição; b) o postulado de máxima eficácia das normas de direitos fundamentais; c) os princípios estruturantes do Estado Constitucional; d) a internacionalização dos direitos fundamentais.

É importante mencionar, antes da compreensão dos pilares que justificam a existência implícita do princípio da proibição do retrocesso social destacado pela autora, que a observação por ela realizada não tinha a finalidade de atender à proteção individual fundada em posições fáticas subjetivas em face da legislação disciplinadora do direito fundamental. O que se deseja neste estudo é a conciliação do princípio do retrocesso social com o princípio da reserva do possível, diante de situações fáticas concretas, quando da justicialização do direito fundamental à educação.

Sobre a supremacia da Constituição como um dos pilares do reconhecimento da existência do princípio da proibição do retrocesso social, é de se afirmar que nenhum ato estatal poderá ser realizado sem que seja condizente com a própria ordem constitucional.

Pinto e Netto (2010, p. 116) considera a Constituição como um conjunto normativo de ordem superior, razão por que se impõe a qualquer atuação estatal, devendo, portanto, tornar vinculativa formal e materialmente a realização dos atos normativos ao parâmetro constitucional.

Neste cenário, a autora destaca que a ordem

constitucional não somente proíbe comportamentos não conformes, mas determina ações dirigidas à sua concretização, atentando para a necessidade de se observar o amplo espaço de conformação política para a concreção dos mandamentos constitucionais, a partir de avaliação política de prioridades.

É de se realçar que a supremacia da Constituição se acha intrinsecamente ligada aos direitos fundamentais, já que as normas disciplinadoras desses direitos possuem natureza jurídico-positiva, exigindo do Estado um comportamento proativo de concretização.

Em sendo os direitos fundamentais direitos do homem positivados na Carta Constitucional, e de natureza jurídico-positiva e eficácia imediata, incumbe ao Estado dar-lhes eficácia.

Pinto e Netto (2010, p. 121), tendo em vista sustentar a máxima eficácia das normas de direitos fundamentais, afirma que as previsões de eficácia imediata conferida na Constituição aos direitos fundamentais implicam a imposição de conferir eficácia a tais direitos, o que encontra disciplinamento no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal.

Argumenta Pinto e Netto (2010, p. 123) que se as normas constitucionais possuem primazia em relação às outras normas, com maior razão é a primazia das normas de direitos fundamentais, apoiadas na dignidade da pessoa humana, razão por que se exige do Estado uma ordem de máxima eficácia para a sua concreção, cujo resultado lógico é a vedação de se retroceder na efetivação dos direitos sociais.

Quanto ao terceiro pilar de sustentação da existência do princípio da proibição do retrocesso social – princípios estruturantes do Estado Constitucional –, anota-se que a partir da construção do Estado Social, na sua estrutura três princípios sustentam a existência deste Estado, a saber: da juridicidade, da democracia e da sociabilidade.

Em linhas gerais, o princípio da juridicidade apresenta-

se como limitador da atuação estatal, exigindo que suas ações sejam pautadas por critérios jurídicos preestabelecidos, devendo, portanto, obediência não somente à Lei, mas também ao Direito. Sobre o princípio da democracia, Pinto e Netto (2010, p. 127) busca sintetizá-lo na célebre frase de Lincoln: “governo do povo, pelo povo e para o povo”. No momento evolutivo da sociedade, é de se compreender tal princípio como elemento indutor e construtor do homem-cidadão, este tomado como o centro da existência do próprio Estado, razão por que o Estado deve sempre avançar de forma progressiva, constante e sem retrocessos na concreção dos direitos fundamentais sociais positivados.

Como consequência lógica, surge o princípio da sociabilidade, resultante do caráter impositivo das normas de natureza social que objetivam consolidar a existência do homem-cidadão, ou seja, este, enquanto destinatário dos direitos sociais consagrados e submetidos ao constante processo de concretização.

Nesta mesma linha, porém com outras palavras, Pinto e Netto (2010, p. 129) sustenta que o princípio da sociabilidade tem força jurídica a exigir uma atuação estatal positiva no sentido consagrado, o que se realiza com a proibição de atuar em sentido oposto. Afirma que este princípio se densifica em diversos direitos sociais que tornam inequívocos e inafastáveis os deveres estatais concretos e exigíveis.

Sólidos são os argumentos esboçados para o reconhecimento da existência do princípio da proibição do retrocesso social, a partir da compreensão dos princípios estruturantes do Estado Social, intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Aduz-se, ainda, como pilar da existência do princípio da proibição do retrocesso social, a internacionalização dos direitos fundamentais. Para a finalidade deste estudo, não se observa a necessidade de uma discussão mais aprofundada, mas

impõe-se ao menos destacar a previsão do art. 2.1 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, registrado por Pinto e Netto (2010, p. 133), que atribui aos Estados a adoção de medidas até o máximo dos recursos de que disponham, isoladamente ou em cooperação internacional, para atingir progressivamente a plena efetividade dos direitos nele contidos.

É de fácil intelecção que o objetivo previsto no Pacto é provocar, estimular e comprometer os Estados para o desenvolvimento de ações positivas permanentes e crescentes, no limite de sua capacidade econômica e financeira, contando, se necessário, com a colaboração internacional, para a efetivação dos direitos sociais constantes no aludido Pacto.

A fundamentação teórica empregada confirma a existência do princípio implícito da proibição do retrocesso social na Carta Constitucional brasileira.

Neste ambiente constitucional, mormente quando da colisão de princípios, incumbe ao julgador, no ato de decidir, argumentar de forma racional tendente a concretizar o direito à educação, a fim de evitar decisões arbitrárias que possam gerar retrocesso no direito fundamental à educação obrigatória e gratuita. No dizer de Luño (2012, p. 32), a argumentação racional é requisito básico para a tutela efetiva dos direitos fundamentais. O autor, para sustentar a sua afirmativa, destaca vários julgados da Corte Constitucional espanhola, entre as quais se menciona o que segue: *“É doutrina reiterada deste Tribunal Constitucional que a tutela efetiva, consagrada no artigo 24.1 CE, compreende o direito de obter uma resolução fundada no Direito, como garantia máxima – dada a essência da função jurisdicional – ante a arbitrariedade e a irrazoabilidade da atuação dos poderes públicos”* (STC 131/1990, FJ 1).

O propósito desta reflexão foi tão somente registrar que no ambiente de Estado Constitucional o julgador não pode

prescindir de construir uma argumentação jusfundamental, amparada nos princípios explícitos e implícitos insertos na Carta Constitucional, que responda às exigências de racionalidade, mormente quando as decisões são proferidas pelas Cortes Constitucionais. Luño (2012, p. 31), citando Alexy, afirma que para dotar de segurança a argumentação jusfundamental é razoável a institucionalização de uma Justiça Constitucional cujas decisões podem e requerem ser justificadas e criticadas num discurso jusfundamental racional.

7 CONCLUSÃO

As observações realizadas a partir da evolução do Estado Constitucional compreendem o contínuo avançar do pensamento político e jurídico e possibilitam a constatação da ampliação da positivação dos direitos fundamentais.

O complexo Estado Constitucional representado pelas dimensões de direitos fundamentais (defesa, prestacional e de participação) implica, necessariamente, a existência de conflitos de interesses na efetividade dos direitos fundamentais positivados. A presença desses conflitos de interesses tem elevado o protagonismo do Poder Judiciário, sobretudo das diversas Cortes Constitucionais nos mais diversos países democráticos do mundo.

Este protagonismo incontestado das Cortes Constitucionais tem suscitado os mais expressivos debates sobre o ato de julgar na ambiência constitucional, na perspectiva de renomados doutrinadores. Luño (2012, p. 94) identifica, entre outros, Dworkin, Recaséns, Elster, Hart, Esser, Villeye e Ston, como pensadores que influenciam no processo compreensivo do ato de julgar no Estado Constitucional.

Ponto comum é o reconhecimento da limitação do procedimento da subsunção no ato de julgar no ambiente constitucional. Assim, não satisfaz o emprego da racionalidade

pura, que é representada pela identificação da norma aplicável, realizando, a partir desta identificação, um silogismo em que a premissa maior está representada pela fonte do direito e a premissa menor pelas circunstâncias da demanda apresentada ao órgão julgador, sendo, assim, a conclusão um ato lógico em que o julgador se limita a aplicar a norma identificada no sistema de fontes ao caso objeto da demanda.

Na construção deste estudo, com a constatação da ampliação dos direitos fundamentais nos Estados Constitucionais e com a identificação de direitos fundamentais em conflito de interesses submetidos a diversas Cortes Constitucionais, pode-se afirmar que o ato de julgar exigirá o exercício de uma racionalidade formal, cuja conclusão apresente uma concordância prática com os interesses em conflito.

Pela limitação do estudo, observa-se o registro, neste texto, de decisões que protagonizaram a solução de conflitos de direitos fundamentais de proteção (liberdade) e prestacional (educação), cujas argumentações, preferencialmente, foram construídas com o exercício da racionalidade formal.

Neste ambiente constitucional, a decisão, mormente quando da colisão de interesses e princípios, deverá apresentar argumentação racional formal tendente a concretizar os direitos fundamentais em conflito, a fim de evitar decisões arbitrárias que possam gerar retrocesso na evolução desses direitos. Luño (2012, p. 32) considera a argumentação racional um requisito básico para a tutela efetiva dos direitos fundamentais e sustenta a sua afirmativa em vários julgados da Corte Constitucional espanhola.

A discussão apresentada não objetivou a análise da teoria da argumentação, em decorrência de sua complexidade e extensão, mas tão somente registrar que no ambiente de Estado Constitucional o ato de julgar não pode prescindir da argumentação jusfundamental, amparada nos princípios explícitos e implícitos insertos na Carta Constitucional, que

responda às exigências de racionalidade, para a efetivação dos direitos fundamentais submetidos à apreciação das Cortes Constitucionais.



REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Organização e tradução: Luís Afonso Heck. 3. ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. reimp. Tradução de Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2001.
- APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento (coordenadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BEATTY, David M. *A essência do Estado de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- BERCOVICI, Gilberto. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006.
- BOAVENTURA, Edivaldo M. *A educação nas constituintes brasileiras 1823-1988*. 3. ed. São Paulo: Autores Associados, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva,

- 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Forense Universitária, 1999. v. 2.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CURY, Carlos Roberto Jamil. *A educação nas constituintes brasileiras 1823-1988*. 3. ed. São Paulo: Autores Associados, 2005.
- CYRINO, André Rodrigues. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento (coordenadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 5.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 3.
- FIGUEREDO, M.; FIGUEREDO A. *A avaliação política e a avaliação de políticas: um quadro de referência teórica. Análise e Conjuntura*, 1(3), Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 1986.
- FURROW, Dwight. *Ética: conceitos-chave em filosofia*. Porto Alegre: Artmed, 2007.
- GAMBOA, Silvio Sánchez. *Pesquisa em educação: métodos e epistemologias*. Chapecó: Argos, 2008.
- GARCIA, Maria (Coord.). *Revista de Direito Educacional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 1, n. 1, jan.-jun., 2010.
- KRELL, Andreas Joachim. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da*

- prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 144, p. 239-260, out./dez. 1999.
- KRELL, Andreas Joachim; Olga Jubert Gouveia. *A importância do raciocínio retórico-tópico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade: eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- KERSTING, Wolfgang. *Universalismo e direitos humanos*. Porto Alegre: Edipucrs, 2003. (Coleção Filosofia).
- LUÑO, Antônio Enrique Pérez. *Perspectivas e tendências atuais do Estado constitucional*. Tradução José Luis Bolzan de Moraes; Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006.
- MASTRODI, Josué. *Direitos sociais fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 3, t. 1. e v. 8, 1998.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1980.
- _____. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. 3. t. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MENDONÇA, Eduardo. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento (coordenadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo:

- Saraiva, 2015.
- MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos fundamentais e Justiça Constitucional*. 1ª ed. Lisboa: AAFDL, 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- PINTO e NETTO, Luísa Cristina. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- OLIVEIRA, Romualdo Portela de. *A educação nas constituintes brasileiras 1823-1988*. 3. ed. São Paulo: Autores Associados, 2005.
- PANNUNZIO, Eduardo. *Direito à educação: aspectos constitucionais*. Coordenação Nina Beatriz Stocco Ranieri; Organização Sabine Righetti. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009.
- RANIERI, Nina. *Direito à educação: aspectos constitucionais*. Coordenação Nina Beatriz Stocco Ranieri; Organização Sabine Righetti. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009.
- RAWLS, John. *O direito dos povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- ROCHA, Marlos Bessa Mendes da. *A educação nas constituintes brasileiras 1823-1988*. 3. ed. São Paulo: Autores Associados, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.