

PANORAMA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS E A GARANTIA DE SUA TUTELA PELO PODER JUDICIÁRIO

PANORAMA DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y LA GARANTÍA DE SU TUTELA POR EL PODER JUDICIAL

Paulo Fernando Silveira¹

RESUMO: O artigo objetiva discutir a garantia dos direitos individuais pelo Poder Judiciário, entendido com força contramajoritária. Desse modo, discorre-se sobre os antecedentes de governos oligárquicos e ditatoriais no Brasil e a consequente fragmentação do poder político, implicada na doutrina dos freios e contrapesos (*checks and balances*), para se evitar a tirania do governo. Aborda a fiscalização e controle dos poderes governamentais pelo povo; a lei como expressão da vontade da maioria; direitos individuais básicos e suas características, bem como a distinção entre advocacia de ideias e incitação ao crime.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Individuais; Garantias; Poder Judiciário; Força Contramajoritária.

RESUMEN: El artículo objetiva discutir la garantía de los derechos individuales por el Poder Judicial, entendido con fuerza contramajoritaria. De ese modo, discorre-se sobre los antecedentes de gobiernos oligárquicos y dictatoriales en Brasil y la consecuente fragmentación del poder político, implicada en la doctrina de los freios y contrapesos (*checks and balances*), para evitarse la tiranía del gobierno. Aborda la fiscalización y control de los poderes gubernamentales por el pueblo; la ley como expresión de la gana de la mayoría; derechos individuales básicos y sus características, así como la distinción entre abogacía de ideas e incitación al crimen.

PALABRAS CLAVE: Derechos Individuales; Garantías; Poder Judicial; Fuerza Contramajoritaria.

¹ Juiz Federal aposentado. Advogado. Autor de Diversas Obras Jurídicas, das quais se destacam: 500 anos de Servidão (Ed. OAB), Devido Processo Legal, 3ª ed. (Ed. Del Rey); Freios e Contrapesos (Ed. Del Rey); Tribunal Arbitral (Ed. Juruá).

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 05 Páginas 67-107
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Maioria e minoria são modos de se caracterizar, na política, a forma de governo, isto é, o modo pelo qual a sociedade institui e organiza o poder político e disciplina a relação entre governantes e governados. Há o governo de uma só pessoa, como nas ditaduras ou nas monarquias. Há o de alguns, como nas aristocracias (governo dos mais sábios e competentes) e nas oligarquias (governo dos mais ricos); e há o governo de muitos, ou seja, do povo, que elege seus representantes para o exercício do poder, em rodízio, a prazo certo. Esta é a característica fundamental da república.

Para *Niccolo Machiavelli* só existem duas formas de governo: república (democrática ou ditatorial) ou monarquia (hereditária ou não). Essa distinção foi feita por ele, com rara lucidez, na primeira oração de seu famoso livro “O Príncipe”, quando afirmou concisa e lapidarmente que “todos os Estados e Governos pelos quais os homens são ou têm sido sempre governados, tem sido e são ou Repúblicas ou Principados.”²

Aristóteles anteriormente já definia a democracia como sendo o governo da maioria numérica, que é suprema. Esclareceu o estagirita que,

das formas de democracia, primeiro vem a que é dita ser baseada estritamente na igualdade. Em tal democracia, a lei diz que é justo para o pobre não ter mais vantagens do que o rico, nem deve ser senhor, mas ambos iguais. Portanto, se a liberdade e igualdade, como pensam alguns, devem ser encontradas na democracia, elas melhor serão alcançadas quando todas as pessoas compartilharem o governo ao máximo. E, desde que o povo é a maioria, e a opinião da maioria é decisiva, tal governo necessariamente deve ser uma democracia”.³

² “All the States and Governments by which men are or ever have been ruled, have been and are either Republics or Princedom”. Machiavelli, Niccolo. **The Prince**. The Easton Press, USA, 1980, p. 27.

³ “Of forms of democracy first comes that which is said do be based strictly on equality. In such a democracy the law says that it is just for the poor to have no more advantages than the rich; and that neither should be master, but both equal. For if liberty and equality, as it thought by some, are chiefly to be found in democracy, they will be best attained when all persons alike share in the government to the utmost. And since the people are the majority, and the opinion of the majority is decisive, such a government must necessarily be a democracy.” Aristotle. **Politics**. The Easton Press. USA, 1979, p. 128.

Ainda, de acordo com o grande filósofo grego, a liberdade é o primeiro princípio da democracia, eis que, nela, cada um vive como quer. Subentende-se latente, na sua tese, que a igualdade, no sentido de participação na escolha dos governantes e do destino da cidade, apresenta-se como outro sustentáculo da democracia, ao afirmar que a maioria numérica é suprema na sua vontade. Di-lo:

A base do Estado democrático é a liberdade, a qual, de acordo com a opinião comum dos homens, só nele pode ser desfrutada. Afirmam ser este o grande fim da democracia. Um princípio da liberdade é todos governarem e serem governados em turnos e a verdadeira justiça democrática é a aplicação da igualdade numérica não proporcional. Daí decorre que a maioria deve ser suprema e o que aprovar deve ser o fim e o justo. Todo cidadão, é dito, deve ter igualdade, e por consequência, na democracia o pobre tem mais poder do que o rico, porque há mais deles e a vontade da maioria é suprema. Esta é uma característica da liberdade que todo democrata afirma ser o princípio de seu Estado. Outra é que o homem deve viver como gostar. Este é, dizem, o privilégio do homem livre, pois, de outra forma, não viver como gostar é a marca do escravo. Esta é a segunda característica da democracia, de onde tem levantado o clamor dos homens no sentido de não serem governados por ninguém, se possível, ou, se impossível, governarem e serem governados em turnos; assim, isso contribui para a liberdade baseada na igualdade.⁴

O princípio da prevalência da vontade da maioria, como fundamento de um governo democrático, foi decididamente encampado por *John Locke*, quando publicou (1.689/90) o livro intitulado “Dois Tratados sobre o Governo” (*Two Treatises of Government*). Nele, refutou-se, frontalmente, o poder absoluto e a doutrina da origem divina do poder. Aí, pela primeira vez na história, alguém, de modo expresso e ostensivo, considera o governo não como originário do poder divino, ou decorrente do pacto firmado entre governante e uma minoria privilegiada de governados, como ensinava *Hobbes*. Para *Locke*, o poder de governar decorre simplesmente da união,

⁴ “The basis of a democratic state is liberty; which, according to the common opinion of men, can only be enjoyed in such a state; this they affirm to be the great end of every democracy. One principle of liberty is for all to rule and be ruled in turn, and indeed democratic justice is the application of numerical not proportionate equality; whence it follows that the majority must be supreme, and that whatever the majority approve must be the end and the just. Every citizen, it is said, must have equality, and therefore in a democracy the poor have more power than the rich, because there are more of them, and the will of the majority is supreme. This, then, is one note of liberty which all democrats affirm to be the principle of their state. Another is that a man should live as he likes. This, they say, is the privilege of a freeman, since, on the other hand, not to live as a man likes is the mark of a slave. This is the second characteristic of democracy, whence has arisen the claim of men to be ruled by none, if possible, or, if this is impossible, to rule and be ruled in turns; and so it contributes to the freedom based upon equality.” Aristotle. Op.cit., p.207.

em comunidade, daquele que saiu do estado da natureza, que, assim, renuncia, a favor da maioria da comunidade – a menos que expressamente tenha concordado com número superior a essa maioria – o poder necessário aos fins para os quais se uniu em sociedade. E isso é feito simplesmente ao concordar em se unir a um corpo social político, o qual é tudo que o pacto é, ou necessita ser, entre o indivíduo que entra ou faz uma comunidade política. Assim, aquilo que inicia e verdadeiramente constitui qualquer sociedade política é nada, exceto o consentimento de qualquer número de homens livres, capazes de serem maioria, para unir e incorporar dentro dessa sociedade. E isso é tudo, tudo somente, que faz ou dá início a qualquer governo legal no mundo.”.⁵

O forte do pensamento de *Locke* é que a legitimidade do governo resulta, necessariamente, da decisão da maioria. Para ele, diferentemente de *Hobbes*, não há renúncia dos direitos naturais em virtude do pacto, que não é celebrado entre governante e governado, mas entre os indivíduos que formam a maioria, visando, por eleição, e não por direito hereditário, formar o governo justamente para proteger esses direitos naturais.

Daí por que *Locke* – na mesma linha de *Baruch de Espinosa* – prega e justifica o direito à rebelião quando o governo volta-se contra o povo, que forma a maioria, que o constituiu e do qual obteve o poder político e a legitimidade para exercê-lo.⁶

Em 1991, *Ian Shapiro*, Professor Associado de Ciência Política da *Yale University*, ao interpretar o pensamento de *Locke*, a respeito do governo civil, sintetizou que: “*Locke* argüia que todo poder civil é condicionado pelos termos da convenção estabelecida visando o homem deixar o estado da natureza. Como

⁵ “Whosoever, therefore, out of a state of Nature unite into a community, must be understood to give up the power necessary to the ends for which they unite into society to the majority of the community, unless they expressly agreed in any number greater than the majority. And this is done by barely agreeing to unite into one political society, which is all the compact that is, or needs be, between the individuals that enter into or make up a commonwealth. And thus, that which begins and actually constitutes any political society is nothing but the consent of any number of freemen capable of majority, to unite and incorporate into such a society. And this is that, and that only, which did or could give beginning to any lawful government in the world”. *Locke, John. Two Treatises of Government. The Easton Press, USA, 1991, book II, cap. VIII, p.178.*

⁶ *Silveira, Paulo Fernando. 500 Anos de Servidão. A Lei como instrumento de dominação política no Brasil. OAB Editora, Brasília, 2004, p. 50.*

consequência, qualquer governo que violar a confiança fiduciária prevista pelo contrato social perde sua legitimidade e ativa o direito à rebelião”.⁷

Todavia, *Alexis de Tocqueville*, em seu livro *Democracy in América*,⁸ alertou contra o risco da tirania da maioria. Preocupado com a perda da liberdade individual, ou de grupo social minoritário, indagou: “Quando um homem ou um partido sofre uma injustiça nos Estados Unidos, em quem ele busca socorro? Na opinião pública? É ela que forma a maioria. No corpo legislativo? Ele representa a maioria e lhe obedece cegamente. No poder executivo? Ele é eleito pela maioria e a serve como passivo instrumento. Na polícia? Ela não é senão a maioria com armas. No júri? O júri é a maioria vestida com o direito de pronunciar julgamentos: mesmo os juízes em certos Estados são eleitos pela maioria. Assim, por mais iníqua ou desarrazoada que a medida que o machuca for, você deve se submeter a ela.”

O próprio *Tocqueville* tentou dar a solução para o perigo da tirania da maioria, contrapondo-se-lhe os freios e contrapesos. “Mas suponha que você tenha um corpo legislativo tão bem composto que ele representa a maioria sem ser necessariamente escravo de suas paixões, um poder executivo tendo a sua própria força e um poder judiciário independente das outras duas autoridades; então, você poderá ter um governo democrático, mas dificilmente haverá qualquer risco remanescente de tirania”.⁹

James Madison, por sua vez, expôs o perigo da tirania de uma facção política majoritária (como, p. ex., a dos proprietários de terras, a dos credores - leia-se, atualmente, a dos banqueiros -, a de uma seita religiosa que se degenera em

⁷ “Locke argued that all civil power is conditioned by the terms of their agreement to live the state of nature. As a consequence, any ruler who violetes the fiduciary trust provided for in the Social Contract loses his legitimacy and the right to rebellion is activate”. Locke, Jonh. Op. cit. pg. VII e VIII; SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios e Contrapesos (Checks and Balances)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.22.

⁸ “When a man or a party suffers an injustice in the United States, to whom can he turn? To public opinion? That is what forms the majority. To the legislative body? It represents the majority and obeys it blindly. To the executive power? It is appointed by the majority and serves as its passive instrument. To the police? They are nothing but the majority under arms. A jury? The jury is the majority vested with the right to pronounce judgment; even the judges in certain states are elected by the majority. So, however iniquitous or unreasonable the measure which hurts you, you must submit.” Tocqueville, Alexis. **Democracy in America**. The Easton Press, USA, 1991, v. I, p.233.

⁹ But suppose you were to have a legislative body so composed that it represented the majority without being necessarily the slave of its passions, an executive power having a strength of its own, and a judicial power independent of the other two authorities; then you would still have a democratic government, but there would be hardly any remaining risk of tyranny.

partido político), que, assumindo o poder, fizesse sobrepor, por meio de leis, os seus interesses sobre os de suas contrapartes, mal representadas no Congresso, tais como os sem terras, os devedores, os de seitas religiosas minoritárias etc., acenando com a solução para tais inconvenientes através do federalismo, mediante a divisão do poder entre a União (assuntos gerais) e os Estados-Membros (matérias locais), além de uma adequada e proporcional representação política congressional, assegurada, principalmente, por meio de inúmeros partidos políticos, de variadas tendências ideológicas. Eis parte do seu pensamento exarado no *Federalist Papers* nº 10:

It will not be denied that the representation of the Union will be most likely to possess these requisite endowments. Does it consist in the greater security afforded by a greater variety of parties, against the event of any one party being able to outnumber and oppress the rest? In an equal degree does the increase variety of parties comprise within the Union, increase this security. Does it, in fine, consist in the greater obstacles opposed to the concert and accomplishment of the secret wishes of an unjust and interested majority? Here, again, the extent of the Union gives it the most palpable advantage. The influence of factious leaders may kindle a flame within their particular States, but will be unable to spread a general conflagration throught the other States. A religious sect may degenerate into a political faction in a part of the Confedereracy; but the variety of sects dispersed over the entire face of it must secure the national councils against any danger from that source. A rage for paper money, for an abolition of debts, for an equal division of property, or for any other improper or wicked project, will be less apt to pervade the whole body of the Union than a particular member of it; in the same proportion as such malady is more likely to taint a particular county or district, than an entire State.”¹⁰

2 ANTECEDENTES DE GOVERNOS OLIGÁRQUICOS E DITATORIAIS NO BRASIL

Em nosso país, a partir de sua independência de 1822, o poder político sempre ficou histórica, indevida e impropriamente concentrado nas mãos do chefe do poder executivo. No tempo do império, D. Pedro I e, depois, seu filho, D. Pedro II, governaram despoticamente, eis que acumulavam, ainda, o poder moderador. Em síntese, a vontade do imperador sempre foi a lei e traduzida pela lei, editada por uma assembléia domada e servil, sem quase nenhuma representação popular. Instalada a república por meio de um golpe militar, o poder político, na chamada de república velha, foi exercido pelos coronéis, ou seja, uma minoria oligárquica,

¹⁰ Madison, James - **The Federalist** - The Easton Press, USA, 1979, p.62.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 05 Páginas 67-107
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESC	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

basicamente de latifundiários, banqueiros e grandes comerciantes, ou por pessoas ligadas a esses grupos de interesse. Com a revolução de 1930, Getúlio Vargas empolgou, solitariamente, o poder, vivendo o povo debaixo de uma feroz ditadura até 1945. Depois desse ano, até 1963, as raposas políticas seguiram a cartilha dos coronéis da primeira república. Mesmo o grande presidente Juscelino Kubitschek de Oliveira foi cria das velhas oligarquias que haviam sido combatidas por Vargas. De 1964 a 1985, o povo brasileiro viveu debaixo da ditadura dos militares. Todas as sete Constituições, até então promulgadas e outorgadas (1824, 1891, 1934, 1937, 1967 e 1969), foram elaboradas pelo governo, à revelia do povo, ante a fraca representação congressional. Mesmo a de 1946, apesar de ser saudada como democrática, foi feita por um grupo de notáveis, sem a adequada e proporcional participação popular. Basta notar, para isso, que o analfabeto não votava e a maioria do povo era iletrada. Por isso, essas Constituições não passaram de meras folhas de papel, já que não resguardaram, adequadamente, nenhum direito individual. Somente a partir da Constituição de 05.10.1988, é que o povo começou a tomar consciência da necessidade de uma correta e proporcional representação congressional, eis que as leis, editada pelos poderes eleitos, majoritários, devem traduzir os interesses da maioria. Daí, surge a necessidade de se entender a função do poder judiciário, como poder não eleito, e a força constitucional das normas que disciplinam os direitos e garantias individuais.

3 A FRAGMENTAÇÃO DO PODER POLÍTICO PARA SE EVITAR A TIRANIA DO GOVERNO: A DOCTRINA DOS FREIOS E CONTRAPESOS (*CHECKS AND BALANCES*)

Com o objetivo claro de se evitar a tirania e a opressão sobre o povo por um governo centralizador, autoritário e ditatorial, a Constituição Federal, seguindo o paradigma americano, criou salvaguardas, ao fragmentar o poder político – monolítico na mão do ditador – repartindo-o de duas maneiras diferentes (federalismo e independência dos poderes), cada qual subdividindo-se em três frações distintas.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 05 Páginas 67-107
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

Esse fracionamento do poder político se torna necessário e extremamente imperioso para se constituir e preservar a democracia, eis que, como afirmou *James Madison* no *Federalista* nº 47, “A acumulação de todos os poderes, legislativo, executivo e judiciário, nas mesmas mãos, seja de um, de uns poucos ou de muitos, se de forma hereditária, por indicação própria, ou eletiva, pode adequadamente ser pronunciada como a própria definição da tirania.”¹¹

Assim, num corte horizontal, ao adotar o federalismo, criado, pela primeira vez no mundo, pela Constituição americana de 1787, a Carta Política brasileira distribuiu o poder político entre os entes federativos (União, Estados-Membros e Municípios), dotando-os de competência legislativa exclusiva e privativa e, também, de autonomia administrativa e financeira, de modo a viabilizar sua autogovernabilidade. Assim, cada ente político tem de respeitar a área de atuação constitucional, material e legislativa, estabelecida pela Carta Magna para os outros dois. O princípio federativo, que embasa essa forma de repartição do poder político, impõe que a União, como ente central, atue de modo excepcional, cuidando apenas das questões externas (p. ex. diplomacia, soberania, forças armadas etc.) e, internamente, as que envolvam interesses de âmbito nacional (p.ex. navegação marítima, aeroportos, impostos federais, polícia federal, justiça federal etc.), ou as que abranjam mais de um Estado-Membro (comércio interestadual; ICMS); por sua vez, ao Estado-Membro, como ente político periférico, ficou assegurado o controle das questões regionais (áreas metropolitanas; conflitos entre municípios, servidores públicos estaduais, polícia estadual, justiça estadual, impostos estaduais); e, finalmente, aos municípios, as matérias de interesse local (além dos assuntos específicos, como por exemplo o que trata dos servidores municipais e dos impostos municipais), todos os em que prevaleça, sobrepondo-se, o interesse local sobre o regional ou federal). Como a União atua por exceção, o grosso da legislação deve provir dos entes periféricos (em maior parte dos municípios, onde o indivíduo de fato mora e exerce os seus direitos civis), que estão mais de perto em contato com os problemas a serem resolvidos pela administração pública.

¹¹ “The accumulation of all powers, legislative, executive, and judiciary, in the same hands, whether of one, a few, or many, and whether hereditary, self-appointed, or elective, may justly be pronounced the very definition of tyranny”. Madison, James. **The Federalist**. The Easton Press, USA, 1979, pg.322.

O federalismo constitui, pois, uma forma de fragmentação do poder político, a fim de se evitar a tirania resultante do excesso de concentração do poder governamental. Nesse sentido, asseverou o *Justice Black* da Suprema Corte americana, citado por *Tony Freyer*: “Nosso conceito de federalismo se assenta na política básica de evitar concentração excessiva de poder no governo, federal ou estadual.”¹²

Consciente dessa função essencial exercida pelo federalismo, como fator descentralizador e, simultaneamente, propulsor do crescimento político das lideranças locais, que não podem ser anuladas – muito menos ficar dependentes, na sua escalada política, do poder central – *Paul J. Mishkin* enfatizou:

As funções políticas decorrentes de um real e forte federalismo têm se transformado em alguma coisa mais importante do que no passado. Por funções políticas, eu quero dizer as funções dos governos dos Estados (e locais) como fortalezas do pluralismo e da liberdade. Os Estados têm um papel como autônomos centros de poder – e como poder de base – que não são sujeitos ao controle hierárquico pelo poder central.¹³

Desse modo, sob pena de concentração indevida do poder político, não se pode permitir que um ente governamental (geralmente a União Federal), usurpe a competência do Estado-Membro ou do Município, disciplinando, por lei, matéria fora de sua alçada. A lei federal não é superior à lei estadual ou municipal. Cada ente político pode e deve legislar, com exclusividade, na área de sua competência legislativa constitucionalmente delineada. Assim, uma lei municipal, dispondo sobre assunto de interesse eminentemente local, vale mais do que uma lei federal, ou estadual, porque, nesse caso, está validada e legitimada pela Constituição. Sendo a única a ter eficácia, ela naturalmente se opõe a qualquer indevida usurpação de competência originada nos entes políticos mais ao centro (Estado-Membro e União

¹² “Our concepts of federalism rested on the basic policy of avoiding excess concentration of power in government, federal or state.” Cf. Scheiber, Harry N. **Federalism and the Judicial Mind**. Berkeley: Institute of Governmental Studies Press. University of California, USA.,1992, p.104.

¹³ The political functions of a real and strong federalism have become, if anything, more important than in the past. By ‘political’ functions, I mean the functions of state (and local) governments as bulwarks of pluralism and of liberty. The states have a role as autonomic power centers – and thus power bases – that are not subject to hierarchical control from the center.). Scheiber, Harry N. Op.cit. p.156.

Federal), que cuidam, em razão do princípio federalista, de questões de maior abrangência territorial.

O professor *Richard Steward* tem sugerido uma estreita correlação entre a defesa da autonomia do Estado-Membro, contra a dominação da União, com os direitos individuais, aos quais se acha atada. Ele identifica quatro aspectos da estrutura federal descentralizada que podem ser considerados valores que o indivíduo desejaria implementar: a *grande precisão* com que o tomador de decisão local pode operar como útil calculador dos custos e benefícios; a *maior proteção da liberdade* que a tomada de decisão estadual descentralizada alcança ao dificultar que qualquer grupo de pessoas se assenhoreie do poder total nacional; o *maior grau de comunidade*, alavancado pela oportunidade de participação política que a descentralização torna possível; e a *maior diversificação* que a descentralização encoraja.¹⁴

A propósito, não se pode esquecer a precisa advertência lançada pelo *Justice Louis D. Brandeis*,¹⁵ da Suprema Corte americana, ao elaborar, em 1932, a atualmente prevalente doutrina do estado-laboratório. De tão verdadeiro, esse lúcido pensamento, na área constitucional, se transformou, para os doutrinadores e juristas americanos, num marco fundamental, tal como a poesia épica de Homero, a qual vem servindo de referência, há cerca de 3.000 anos, para os novos bardos. Com absoluta propriedade, *Brandeis* sintetizou: “Constitui um dos felizes acidentes do sistema federal que um único e corajoso Estado possa, se assim quiserem os seus cidadãos, servir como um laboratório; e tentar novos experimentos sociais e econômicos sem colocar em risco o restante do país”.¹⁶

¹⁴ “Professor Richard Stewart has suggested how claims of state sovereignty might be grounded in individual rights. He identifies four features of a decentralized federal structure which can be stated as values an individual would wish to further: the greater accuracy with which a local decisionmaker can operate as a utilitarian calculator of costs and benefits; the greater protection of liberty which the state's decentralized decisionmaking affords by making it harder for any one group to seize total national power; the greater degree of community fostered by the opportunity for political participation that decentralization makes possible; and the greater diversity which decentralization fosters.” Tribe, Laurence H. **American Constitutional Law**. 2 ed. Foundation Press, USA, 1988, p.385.

¹⁵ Brandeis, J. New State Ice Co. v. Liebmann 285 US.262 (1932).

¹⁶ “It is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous state may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country.” Brandeis, J. New State Ice Co. v. Liebmann 285 US.262 (1932).

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 05 Páginas 67-107
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

À luz desses raciocínios, fortes no princípio federalista, é inconstitucional o governo federal se apoderar de imposto estadual (ICMS) e municipal (ISS), ainda que com o compromisso de repassar aos seus titulares o valor arrecadado, como estabelecido nos artigos 13 e 22, da Lei Complementar nº 123, de 14.12.2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte). No caso, se o empresário utilizar a guia única do Simples Nacional, compete ao estabelecimento bancário separar, de imediato, as receitas ali mencionadas como pertencentes ao município e ao Estado-Membro, creditando os valores respectivos, instantaneamente, em suas contas correntes. Receitas próprias dos entes políticos periféricos não podem, nem devem – sob risco de dominação política - ser controladas pelo ente central.

Já, num corte vertical, o poder político foi dividido entre três ramos governamentais: Legislativo, Executivo e Judiciário – LEJ. Cada um deles é independente do outro. Porém, para não se inviabilizar a governabilidade do país, devem caminhar juntos, de preferência harmoniosamente. Todavia, isto não quer dizer que devam fazê-lo, sempre, consensualmente. Ocasionais enfrentamentos legislativos, ou judiciais, entre os poderes instituídos são próprios da democracia e necessários à sua sobrevivência. São como as tempestades no mundo físico. Não obstante serem esporádicas e indesejadas, além de causarem danos colaterais, sua ocorrência é certa e inafastável e, de certo modo, necessária, a fim de se equilibrarem os efeitos da natureza. Os eventuais confrontos entre os poderes instituídos fazem parte dos freios e contrapesos (*checks and balances*), doutrina pela qual cada ramo do governo controla e fiscaliza os outros dois. Se houver consenso absoluto entre eles, ou entre dois deles, já não teremos democracia, mas ditadura dos poderes, em virtude da indevida concentração, não desejada, nem permitida pela Constituição. Os três poderes hão de falar a mesma língua (governabilidade), porém cada um se expressando à sua maneira e, às vezes, contrariamente ao entendimento dos outros dois. A democracia pressupõe a fragmentação do poder político. É como um tapete colorido, com diversos desenhos formando, harmoniosamente, um quadro. Se for da mesma cor (a prevalecer unicamente a vontade do ditador), o tapete não ressalta essas diversas nuances. É

monótono. Desdenha da criatividade. Impede a contribuição participativa. Gera a letargia, a indolência e a dependência. Em matéria de interpretação da lei, o poder judiciário detém, pela Constituição, o direito e o dever de dar a última palavra, isto é, dizer o que a lei é. O pronunciamento do Supremo Tribunal Federal – a mais alta Corte do país em matéria constitucional e, também, relativamente à validade de lei local, contestada em face da Constituição Federal ou da lei federal – só pode ser superado por emenda constitucional. Existindo, em nosso país, um tribunal intermediário, também com jurisdição nacional, que é o Superior Tribunal de Justiça, a ele pertence, quando não for suscitada a questão constitucional, a última palavra em matéria de validade de leis, exceto em se tratando de lei municipal, nos casos acima citados.

Na interpretação do texto constitucional, há de se observar o equilíbrio na distribuição do poder político, entre os Entes federados, visado pelo constituinte originário. Para alguns publicistas esse é o elemento dominador na regra interpretativa da Constituição. Esse importante, decisivo e indeclinável papel é destinado ao Judiciário, que, como poder político não eleito, tem o dever de examinar a matéria observando as reais necessidades do país.

John H. Garvey e T. Alexander Aleinikoff asseveraram que a metáfora do balanceamento refere-se a teorias de interpretação constitucional que são baseadas na identificação, avaliação e comparação dos interesses em conflito. Expõem que o melhor argumento utilizado pelos defensores do *balancing* é o que permite as Cortes Judiciais aumentar o processo de equilíbrio, dando peso a interesses que o legislativo tende a ignorar ou subavaliar. Dentro desse enfoque, a Corte desempenha dois importantes papéis: **1.** reforça a representação, assegurando que interesses impopulares ou de grupos mal representados politicamente sejam contados e considerados com justiça; **2.** protege direitos e interesses constitucionais que, às vezes, são esquecidos no *hurly-burly* da Política. Advertem, todavia, que o balanceamento pela Corte não repete a função legislativa ou suplanta os julgamentos legislativos de boa política social. Usa-se o ato legislativo como medida

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 05 Páginas 67-107
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

da importância social e, assim, como uma base para calcular o grau para o qual o interesse constitucional deverá ser “atenuado”.¹⁷

Um poder judiciário independente – proclama *Alexander Hamilton* no *Federalist Papers* nº 78 - constitui, não só com vista às infrações legislativas à Constituição, mas, também, a salvaguarda contra os efeitos ocasionais do mau humor da sociedade manifestado por meio de leis injustas e parciais. Esses efeitos, normalmente, não se estendem além dos danos aos direitos particulares de uma determinada classe de cidadãos. Aqui, a firmeza da magistratura judicial é de grande importância na mitigação da severidade e no confinamento da operação de tais leis. Essa firmeza, não somente serve para moderar o imediato dano decorrente daquelas leis que já foram passadas, mas opera como um controle sobre o corpo legislativo ao editá-las, o qual, percebendo que obstáculos ao sucesso dessas intenções iníquas são esperadas por parte de Cortes escrupulosas, é compelido, dessa maneira, pelo simples motivo da injustiça da pretensão, a fundamentar melhor suas tentativas.¹⁸

A partir dessa ótica, lícito não é aos poderes eleitos reduzirem, ou retirarem, em certos casos, por meio de emendas constitucionais ou de leis, a jurisdição do poder judiciário, nem seu poder de conceder liminares e, excepcionalmente, a antecipação de tutela. Compete a esse poder não eleito preservar sua jurisdição constitucional e sua força política para evitar lesão ou

¹⁷ A better argument for the balancer is that the Court improves the balancing process by giving weight to interests that the legislature tends to ignore or undervalue. Under this view, the Court plays two important roles. First, it reinforces representation, ensuring that the interests of unpopular or underrepresented groups are contended and contended fairly. Second, it protects constitutional rights and interests that are sometimes forgotten in the hurly-burly of politics. [...] The balancing court does not replicate the legislative function or supplant legislative judgments of good social policy. It uses the legislative act as a measure of social importance and thus as a basis for calculating the degree to which the constitutional interest should be “softened”. Garvey, John H. and Aleinikoff, T. Alexander. **Modern Constitutional Theory: A Reader**. St. Paul: West Publishing, USA. 1991, p.108.

¹⁸ “But it is not with a view to infractions of the Constitution only, that the independence of the judges pode ser uma essencial safeguard against the effects of occasional ill humor in the society. These sometimes extend no farther than to the injury of the private rights of particular classes of citizens, by unjust and partial laws. Here also the firmness of the judicial magistracy is of vast importance in mitigating the severity and confining the operation of such laws. It not only serves to moderate the immediate mischiefs of those which may have been passed, but it operates as a check upon the legislative body in passing them; who, perceiving that obstacles to the success of iniquitous intention are to be expected from the scruples of the courts, are in a manner compelled, by the very motives of the injustice they meditate, to qualify their attempts.” Hamilton, Alexander - **The Federalist** – The Easton Press, USA, 1979, pgs. 525/6.

ameaça a direito dos particulares por meio de provimentos preventivos, sempre que ficarem evidenciados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O poder cautelar é ínsito ao poder jurisdicional.

A advertência feita para o legislador, no sentido de não restringir a independência do poder judiciário, serve, também, com muito mais propriedade, para o executivo federal.

Nos Estados Unidos, durante a guerra civil, os militares passaram a submeter a seus tribunais, de exceção, os civis acusados de sabotagem ou de espionagem, condenando vários deles à morte. Em 1866, ao apreciar o caso *Ex parte Milligan*, a Suprema Corte daquele país concedeu o *Writ of Certiorari* para anular essas condenações, não permitindo a redução da jurisdição dos tribunais civis. Analisando esse caso, *Laurence H. Tribe*¹⁹ explica que “Como temos visto, a autoridade doméstica do executivo é mais abrangente em tempos de guerra. Onde, entretanto, o Presidente procura diretamente suplantar o judiciário na solução de casos particulares, a Suprema Corte submeterá as justificações militares para tal ato a um exame estrito e metucioso. Assim, no caso *Ex parte Milligan* a Corte regrou que lei marcial durante a Guerra Civil não pode “ser aplicada aos cidadãos nos estados que mantiveram a autoridade do governo, e onde as cortes estão abertas e seu processo desobstruído”. Empregando análise similar, a Corte sustentou, em 1946, que a declaração de lei marcial no Havaí subseqüentemente ao ataque sobre Pearl Harbor era inconstitucional.” No Brasil, diferentemente, o presidente Artur Bernardes, em 1926, dominando um congresso submisso, reduziu significativamente, por meio de uma emenda constitucional, a jurisdição do Poder Judiciário, dele retirando a apreciação de vários atos praticados pelo governo (legislativo e executivo) durante o estado de sítio, que vigorou por todo o seu mandato (CF-1891, art. 60, § 5º). Esse péssimo exemplo de anulação e de

¹⁹ “As we have seen, executive domestic authority is most expansive in time of war. Where, however, the President seeks directly supplant the judiciary in the resolution of particular cases, the Supreme Court will subject the military justifications for such action to close scrutiny. Thus, in *Ex parte Milligan* the Court held that martial law during the Civil War could not “be applied to citizens in states which have upheld the authority of the government, and where the courts are open and their process unobstructed.” Employing a similar analysis, the Court held in 1946 that the declaration of martial law in Hawaii subsequent to the attack upon Pearl Harbor was unconstitutional.” *Tribe, Laurence H.* – Op.cit. p.238.

apequenamento do poder judiciário foi seguido pelo ditador Getúlio Vargas, em sua constituição “polaca”, outorgada de 1937 (art.170), bem como pela ditadura do regime militar, iniciada em 1964, a ver pelo AI nº 5/68, art. 11, CF de 1969 (art. 157) e EC 15/85 (art.156, § 6º). Tais medidas não foram declaradas inconstitucionais por nosso Supremo Tribunal, nem mesmo depois de passados os períodos ditatoriais, apesar de elas terem, de modo flagrante e ostensivo, violado os direitos individuais e, simultaneamente, atentado contra o princípio da independência dos poderes, diminuindo a estatura política do poder judiciário e o seu prestígio perante a população, como poder confiável e com capacidade de defender a Constituição.

Historicamente, portanto, o judiciário brasileiro sempre foi politicamente fraco e submisso, primeiro aos monarcas, e, depois, aos poderes eleitos. Talvez, daí advenha seu extremado amor pela literalidade da lei - os preceitos constitucionais, até alguns anos atrás, eram raramente invocados - e o tecnicismo doentio que lhe dá oportunidade de não enfrentar o mérito das questões que desagradem ao governo. Agora, está na hora de ele construir, de fato, sua independência, já assegurada formalmente na Constituição.

Voltando à análise da lei, como expressão da vontade dos ramos governamentais eleitos, também ela não pode impor ao poder judiciário o recurso de ofício, também chamado de reexame necessário, nos casos em que os entes estatais ou suas fundações e autarquias deixarem de recorrer voluntariamente, atuando o judiciário como substituto processual da parte vencida, em detrimento da vencedora, o que viola, ainda, o princípio da isonomia processual, abrigado pela cláusula do devido processo legal.

Muito menos pode o Congresso Nacional, mesmo por meio de emenda constitucional, impor ao poder judiciário a obrigação de executar, de ofício, as contribuições sociais devidas pelo empregador ao INSS, em razão das sentenças trabalhistas que proferir (CF-art.114, VIII, inserido por força das emendas 20/98 e 45/04). Aí, além de ter sido ferido de morte o princípio da separação dos poderes (CF-art.2º), ocorrem várias outras inconstitucionalidades, como demonstrei no meu

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 05 Páginas 67-107
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

livro Tribunal Arbitral²⁰, tais como: a)- indevida substituição processual (o judiciário, que é poder político independente, age como exequente em nome e por conta de órgão do poder executivo); b)- falta de constituição do crédito tributário pelo regular lançamento, notificação e de sua inscrição na dívida ativa, como pressupostos imprescindíveis da execução (Lei 8.212/91 (Custeio da Previdência Social), art. 33, “caput” e seu § 7º, art. 37, “caput” e seu § 2º); c)- violação do devido processo legal, por ausência de prévio e amplo direito de defesa no decorrer da inexistente constituição administrativa do crédito tributário (notificação do débito, auto de infração, etc). d) - o objeto do crédito tributário, sujeito a rígidas normas impostas por lei complementar (Código Tributário Nacional) e por lei ordinária específica (acima citada), não se confunde com o da lide trabalhista, sujeita à sentença judicial, que se submete a outros pressupostos e que envolve exclusivamente a relação jurídica controversa entre particulares, terceiros no caso (empregado e empregador). Note-se que a sentença trabalhista não pode criar para a seguridade social (terceiro, estranho à demanda) um direito que não foi objeto de discussão na lide. Ainda que crie, cabe ao INSS, de posse da sentença, constituir regularmente o crédito tributário, observado o devido processo legal, mediante ampla defesa prévia, e fazer sua inscrição da dívida ativa, notificando o contribuinte, antes de executá-lo na Justiça Federal (única competente para o caso, a ver pelo disposto no art. 109, inciso I, da CF), onde o devedor ainda tem a oportunidade de apresentar nova defesa, com os recursos a ela inerentes.

4 FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DOS PODERES GOVERNAMENTAIS PELO POVO

Uma vez que o poder político emana do povo e em seu nome é exercido, compete ao próprio povo exercer severa fiscalização, indistintamente, sobre a conduta dos agentes dos três ramos governamentais a fim de se evitar a tirania, a ditadura e a opressão, de onde decorre a perda de sua liberdade. É lição sedimentada na história que todo aquele que exerce o poder tende a se corromper e

²⁰ Silveira, Paulo Fernando. **Tribunal Arbitral** - Nova Porta de Acesso à Justiça. Ed. Juruá, Curitiba-PR, 2006, p. 293/302.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 05 Páginas 67-107
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

a dele abusar. Todos, sem exceção, procuram se apoderar do poder e tendem a ampliá-lo por meios impróprios e a usurpá-lo, exercendo-o além de seus limites constitucionais permitidos e autorizados. Esse controle do povo se faz, normalmente, pela mídia: jornais, radiodifusão e televisão. Também se faz por meio do Ministério Público, que, apesar de ser um órgão do poder executivo, detém independência constitucional para defender os interesses da sociedade. De forma ancilar, o próprio cidadão pode exercer sua parcela de controle dos ramos governamentais ao fazer passeatas, mandar cartas aos deputados, ao escrever artigos ou manifestar sua opinião nos jornais e emissoras de rádio, ou participar de uma ONG.

Se o povo se omite nessa fiscalização, ficando inerte e deixando apenas nas mãos dos governantes a livre aplicação dos recursos financeiros arrecadados com os impostos, bem como a escolha e fixação dos interesses colocados nas leis, ainda que os agentes políticos aleguem estar buscando a melhor solução social, esse povo se torna servil e inoperante. A inação, o desinteresse pelas coisas públicas, a passividade e a tolerância com a corrupção são a marca – talhada no costume secular de aceitação do domínio dos governantes por meio de suas leis inconstitucionais – de um povo escravizado. Nenhuma Constituição recém promulgada ou lei inovadora pode salvar esse tipo de povo, acostumado aos grilhões. A construção de qualquer edifício começa pela base, pelos seus alicerces. Politicamente, uma nação democrática se constrói a partir do seu povo, que deve ser livre. A democracia e a liberdade exigem que, a todo instante, se lute por elas. Daí por que os embates entre os poderes são naturais e necessários, permanecendo, ainda, todos eles sob o controle do povo, que deve ficar em constante vigilância contra os tiranos, que são muitos a ambicionar o poder, e seus previsíveis abusos.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 05 Páginas 67-107
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

5 A LEI COMO EXPRESSÃO DA VONTADE DA MAIORIA: A FUNÇÃO PRIMORDIAL DO JUDICIÁRIO COMO PODER ANTIMAJORITÁRIO.

Há, ainda, uma distinção, muito sutil e pouco considerada, entre os três ramos governamentais. É que em dois deles (o legislativo e o executivo) os seus agentes são eleitos pelo povo. Atuam como representantes do povo. Os parlamentares e os governantes (presidente da república, governadores e prefeitos) são eleitos pela maioria dos cidadãos justamente para defender os interesses e fazer prevalecer a vontade dessa maioria. Daí, decorre que as leis feitas no congresso nacional (ou nas assembleias legislativas e câmaras municipais) e sancionadas pelo presidente da república (ou governadores e prefeitos) devem veicular, como regra, a vontade da maioria, resguardando o interesse, geralmente econômico, dessa maioria. O princípio da representação pressupõe a lógica desse raciocínio. Portanto, esses dois poderes, cujos membros são eleitos pelo voto, representam – pelo menos teoricamente – o interesse majoritário do povo. As leis devem refletir e encampar esses interesses majoritários.

Contudo, se assim não ocorre no Brasil, é porque, há defeito no processo representativo. Como se sabe, aqui, secularmente, o Congresso Nacional sempre representou o interesse de minorias oligárquicas, protegendo, por meio de leis, os seus interesses. Instituíram-se, a seu favor, não raras vezes, verdadeiros monopólios privados, como acontece com os bancos e as empresas de telecomunicação. Basta ver, para conferir a falta de representatividade do parlamento brasileiro, que até poucos anos atrás o analfabeto não votava. Essa situação só se modificou com a promulgação da Constituição de 1988, a Constituição Cidadã, que ampliou a representatividade congressional. Ora, como se sabe, ainda hoje, parcela significativa do povo brasileiro é analfabeta. Logo, o congresso não representava, até bem recentemente, o interesse do povo ao fazer as leis. Por isso mesmo, como sabido, a maioria da legislação editada anteriormente a 1988 padece do vício da inconstitucionalidade, por resguardar, apenas, os interesses de grupos oligárquicos minoritários. Essa sub-representação deve ser considerada pelo judiciário na análise do caso concreto, devendo atenuá-la.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 05 Páginas 67-107
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

Voltando-se, pois, à normalidade dos países democráticos – e esquecendo o caso atípico de falta de representação congressional brasileira, que facilita a usurpação do poder pelo executivo – o modelo montado pela nossa atual Constituição pressupõe a representação majoritária dos poderes eleitos: legislativo e executivo. Por consequência, as leis editadas têm, necessariamente, que abranger e incorporar os direitos e interesses majoritários, sem, contudo, prejudicar os das minorias.

E esses direitos e interesses minoritários? Como são preservados?

A Constituição deu a solução para esse problema ao instituir o Poder Judiciário como poder político não eleito, portanto, antimajoritário.

Seguiu, nesse passo, o paradigma americano. Lá, como atualmente cá, o poder judiciário constitui poder político independente e autônomo.

Para que o Judiciário possa, livremente e com segurança, exercer o controle da vontade da maioria, geralmente veiculada por lei, ele foi elevado à condição de poder político, com essa missão precípua: a de confrontar a vontade do legislador (hipoteticamente representado a vontade da maioria), com a Constituição, ou seja, a vontade geral da Nação, ou do povo, de onde emana todo poder político dos três ramos governamentais.²¹

Visualizando esse cenário, registrou o *Chief Justice Rehnquist*, referindo-se à divisão do poder adotado na América, que, ao contrário da tradição inglesa, onde o juiz não pode anular ato do Parlamento, essa foi a intenção clara dos elaboradores da Constituição de 1787: “Eles queriam que os juízes fossem independentes do Presidente e do Congresso, mas também, com toda probabilidade, que as Cortes Federais fossem capazes de dizer se a legislação editada pelo Congresso era consistente com as limitações da Constituição dos Estados Unidos. Os elaboradores reconciliaram, de um modo mais ou menos grosseiro, a necessidade de uma instituição antimajoritária como a Suprema Corte

²¹ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal (Due Process of Law)**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.327.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 05 Páginas 67-107
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

para interpretar a Constituição dentro de um amplo sistema de governo basicamente comprometido com a regra majoritária.”²²

Portanto, sendo o judiciário quem dá a última palavra sobre a constitucionalidade das leis, ele, como poder não eleito e guardião dos direitos das minorias, só pode sancionar, como constitucionais, as leis, justas para as majorias, que não prejudiquem os grupos minoritários protegidos pela própria Constituição, a saber, exemplificativamente: idosos, crianças, mulheres, índios, gays, negros, aidéticos, pessoas de origem estrangeira, ou de procedência preconceituosamente estabelecida, como a dos nordestinos etc. Para isso, foi dotado, também, do poder de apreciar a justiça da lei, ou do ato administrativo, com fulcro no substantivo devido processo legal (*Substantive Due Process of Law*), doutrina que foi desenvolvida no direito constitucional americano. O princípio do devido processo legal foi incorporado na Constituição brasileira de 1988, com oito séculos de atraso. Pois, se assim o judiciário não atuar, isto é, se simplesmente der executividade a leis majoritárias que violem os direitos das minorias, constitucionalmente assegurados, ele passa a agir como braço opressor, a serviço da maioria, que os poderes eleitos encarnam. Em última análise, o poder judiciário passa a servir como braço forte do governo. Nesse caso, a quem esses grupos minoritários vão recorrer? Aos poderes eleitos, representativos dos interesses majoritários? Não estaria, aí, então, instituída a ditadura da maioria, a que alude *Alexis de Tocqueville*, na sua tão decantada “Democracia na América”?

Evidente que não! A nossa Constituição instituiu o judiciário como poder político não eleito, porém em igualdade de força política com os outros dois ramos governamentais. Ao judiciário, foi reconhecido o poder político de anular as leis feitas pelo Congresso Nacional e os atos da administração pública que violarem a Constituição. Perfilhou-se, nesse passo, o exemplo de seu paradigma americano, a Constituição de 1787, de onde foi extraído o *judicial review*²³, que foi declarado pela

²² “They wanted the judges to be independent of the president and of Congress, but in all probability they also wanted the federal courts to be able to pass on whether or not legislation enacted by Congress was consistent with the limitations of the United States Constitution. The framers reconciled in a somewhat roughhewn way the need for an anti-majoritarian institution such as the Supreme Court to interpret a written constitution within a broader system of government basically committed to majority rule”. Rehnquist, William H. **The Supreme Court**. William Morrow, N.York, USA, 1987, p. 306.

²³ Marshall, John. *Marbury v. Madison*, 5. U.S. 137 (1803).

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 05 Páginas 67-107
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

Suprema Corte daquele país, em inesquecível voto do *Chief-Justice John Marshall*, ao apreciar, em 1803, o caso *Marbury v. Madison*).²⁴

Como no Brasil, há, historicamente, uma inversão na representação congressual, pois quem sempre dominou o Congresso foi uma minoria oligárquica (grandes industriais, banqueiros, latifundiários, os donos dos grandes jornais e canais de televisão, ou pessoas ligadas a esses grupos de interesse, ou patrocinadas ou financiadas eleitoralmente por eles), a lei, como regra, nunca representou a vontade majoritária, mas apenas a de uma minoria privilegiada. Essa minoria não é aquela que a nossa Constituição pretendeu proteger. Daí a razão de tanta pobreza e de tamanha exclusão social, existentes em nosso país. Assim, presentemente, o poder judiciário – que é, ontologicamente, o defensor das minorias – deve tomar o maior cuidado na aplicação das leis, já que elas, absurdamente, de um modo geral, beneficiam minorias financeira e economicamente fortes, que se fazem representar, quase que com exclusividade, no Congresso, e prejudicam os interesses e direitos da própria maioria do povo, eis que essa maioria, normalmente, sempre foi excluída da representação congressual na elaboração das leis.

6 DOIS CORPOS DISTINTOS DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. SUSPEIÇÃO DA LEI QUE ATENTE CONTRA OS DIREITOS INDIVIDUAIS E SUAS GARANTIAS. ESCRUTÍNIO ESTRITO E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

Visando proteger as verdadeiras minorias (as expressamente mencionadas na Carta Política) contra as leis, que normalmente expressam a vontade da maioria, por meio da representação congressual, a nossa Constituição federal fez, claramente, uma distinção entre os direitos fundamentais antimajoritários que, por sua própria natureza, não podem ser extintos por lei, ou ter, por esta, o seu livre exercício obstaculizado, e aquelas matérias que podem, sob qualquer aspecto, salvo pouquíssimas restrições, ser objeto de leis que, evidentemente, pressupõem a veiculação da vontade majoritária.

²⁴ Sobre detalhes desse memorável julgamento, vide meu livro **Freios e Contrapesos (Checks and Balances)**, ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1999.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 05 Páginas 67-107
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

A nossa Magna Carta seguiu, nesse passo, as mesmas linhas mestras traçadas pela Constituição americana de 1787, que só foi ratificada pelos Estados-Membros depois de assumido o compromisso de se agregar nela um “*Bill of Rights*”, o que aconteceu em 1791, por influência de *Thomas Jefferson* e iniciativa parlamentar de *James Madison*.

A importância dos direitos individuais inseridos na Constituição americana, em virtude das oito primeiras emendas, foi ressaltada pela *Justice Sandra Day O'Connor* (a primeira mulher a ter assento na Suprema Corte dos Estados Unidos), em seu livro *The Majesty of the Law*.²⁵ Demonstrando excepcional percepção, com acuidade, escreveu ela: “Esta é a grande ironia do *Bill of Rights*. A maioria dos americanos pensa que a Constituição e o *Bill of Rights* caminham de mãos dadas. Porém, a mais apropriada analogia é a da bola e da corrente”. Entendido, aqui, como duas coisas distintas e opostas, mas necessariamente atadas entre si.

O *Bill of Rights* foi uma restrição imposta ao novo governo federal para evitar que atuasse fora de controle. Foi posto lá em resposta aos anseios daqueles que estariam felizes se a Constituição jamais tivesse sido ratificada. Adicione-se à ironia este fato: enquanto a Constituição representa a pedra fundamental de nosso compromisso, como nação, aos princípios de um governo representativo e leis majoritárias, o *Bill of Rights* é, decididamente, um documento antimajoritário. No *Bill of Rights* os emuluradores da Constituição construíram um muro em volta de certas liberdades individuais fundamentais, limitando, para sempre, a possibilidade da maioria se intrometer nelas.²⁶

Objetivando alcançar o mesmo propósito, a Constituição brasileira foi dividida em duas partes distintas. Uma que protege os interesses minoritários e outra em que prevalece a vontade da maioria. Desse modo, a leitura e a interpretação da Lei Fundamental deve ser feita de dois modos diferentes,

²⁵ O'Connor, Sandra Day. **The Majesty of the Law**. The Easton Press, USA, 2003, p. 59.

²⁶ (This is the great irony of the Bill of Rights. Most Americans think of the Constitution and the Bill of Rights as going hand to hand. But the more appropriate analogy is ball and chain. The Bill of Rights was a restraint imposed on the new federal government to keep it from running out of control. It was put there in response to concerns by people who would have been quite happy had the Constitution never been ratified. Adding to the irony this fact: while the Constitution is the cornerstone of our nation's commitment to principles of representative government and majority rule, the Bill of Rights is a decidedly antimajoritarian document. In the Bill of Rights, the Framers built a wall around certain fundamental individual freedoms, forever limiting the majority's ability to intrude upon them.” O'Connor, Sandra Day. **The Majesty of the Law**. The Easton Press, USA, 2003, p. 59.

dependendo da natureza da norma submetida a exame. Resulta, daí, que não é permitida a interpretação linear, numa ótica axiológica equalizadora, como se todos os dispositivos constitucionais incorporassem valores paritários, de igual intensidade e mesmos pesos jurídicos. Ao inverso, a noção básica, estabelecida pela Carta Política, é a da distinção inelutável entre as regras que disciplinam os direitos individuais e suas garantias (naturalmente oponíveis ao governo e às suas leis, oposição essa que conta com a sanção da própria Lei Fundamental) e aqueles outros normativos constitucionais, que regem outras matérias.

Assim, as normas constitucionais definidoras dos direitos individuais fundamentais vêm informadas pelo princípio antimajoritário, tanto que o seu exercício não depende da edição de prévia lei para reconhecê-los ou regulá-los, a ver pelo disposto na Constituição Federal, art.5º, § 1º: *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. Por serem livremente exercitáveis, a vontade majoritária veiculada pela lei não pode impedir ou anular o exercício desses direitos individuais fundamentais, essencialmente antimajoritários, eis que consagrados na e protegidos pela própria Carta Magna.

Sobre as limitações que recaem sobre a maioria, ainda que sua vontade seja instrumentalizada mediante lei, adverte *Robert H. Bork*: “Há coisas que a maioria não pode fazer, por mais democraticamente que tenha sido a decisão. São áreas deixadas para a liberdade individual, sendo a coerção da maioria nesses aspectos da vida uma tirania. [...] A tirania da maioria ocorre se a legislação invade as áreas próprias deixadas para a liberdade individual.”²⁷

Daí se extrai, com clareza – considerando que o direito individual fundamental é livremente exercitável, independentemente de prévia lei, sendo esta a expressão da vontade majoritária – que a lei que pretende interferir nos direitos individuais (mesmo à guisa de regulamentar o seu exercício), constitui *lei suspeita de inconstitucionalidade*. Desse modo, há de se inverter o ônus da prova quanto à interpretação de sua constitucionalidade. Significa dizer que esse tipo de lei (a que

²⁷ “There are some things a majority should not do to us no matter how democratically it decides to do them. These are areas properly left to individual freedom, and coercion by the majority in these aspects of life is tyranny. [...] Majority tyranny occurs if legislation invades the areas properly left to individual freedom”. Garvey, John H. and Aleinikoff, T. Alexander. Op.cit. p.41.

toca nos e mexe com os direitos individuais) deve ser considerado, *a priori*, pelo judiciário como presumidamente inconstitucional, salvo se a administração pública comprovar, mediante a apresentação de dados reais e concretos, que a intervenção se deu em virtude, ou em defesa, de relevante interesse social, o qual a tenha compelido a agir ou a legislar sobre aquele direito individual.

Portanto, em relação aos direitos individuais fundamentais não se aplica, *tout court*, como verdade teórica absoluta - sem a devida comprovação fática, real e concreta, a cargo do governo, da necessidade de intervenção, motivada por um interesse público relevante e sobrepujante - o princípio da “*supremacia do interesse público sobre o privado*”, oriundo da escola francesa, o qual constitui regra matriz que sempre sustentou, sem maiores indagações e questionamentos, o direito administrativo brasileiro.

Em bases constitucionais, temos, pois, que toda e qualquer intervenção do governo nessa área sensível dos direitos individuais e suas garantias deve ser considerada perigosa, salvo justificante e provada motivação social (aqui não basta a simples e genérica alegação governamental no sentido de estar atuando em defesa do interesse público; há de prová-lo substancial e concretamente). O ônus da prova, nesse caso, compete ao ente político governamental que tenha editado a lei ou o ato administrativo.

O judiciário deve exercer o mais rigoroso e metucioso exame das razões apresentadas pelo governo para justificar a edição da lei, ou do ato administrativo. O princípio que rege essa interpretação é o do *escrutínio estrito ou exame metucioso* das razões invocadas pela administração pública. A imprescindibilidade da atuação, ante um imperativo, real e concreto interesse público, a ser preservado, constitui a pedra angular da questão envolvendo a excepcional legitimidade do governo para agir.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 05 Páginas 67-107
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

7 DIREITOS INDIVIDUAIS BÁSICOS

Desses direitos ontologicamente antimajoritários, cuidou a Constituição, prioritariamente, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, onde são destacados os direitos e garantias individuais. Esses direitos, instituídos contra o Estado, ou seja, contra os poderes eleitos, que representam a vontade da maioria, são arrolados no art. 5º, da Constituição Federal.

Basicamente, os direitos individuais fundamentais são apenas dois: vida e liberdade.

A propriedade, não obstante constar da garantia do devido processo legal (*Due process of law*), de que cuidam os incisos LIV e LV, do art. 5º, da Carta Magna – ali mencionado como privação de seus bens – não constitui direito individual fundamental, já que é, de modo ínsito, fortemente imantado pelo interesse social, podendo ser extinto pela desapropriação, mediante prévia indenização (salvo outra forma excepcional de pagamento prevista na própria Constituição), mas não podendo, jamais, ser objeto de confisco. O confisco de bens afeta e se reflete no direito à vida, prejudicando substancialmente o seu exercício. Por isso, é vedado pela Constituição.

A Constituição americana de 1787, seguindo a doutrina tripartite de *Locke*, ao tratar do devido processo legal (Emendas V e XIV), estendeu a proteção à propriedade, ao lado da vida e da liberdade, na dicção da Emenda V: “...*nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law;*”

Todavia, não lhe atribuiu caráter de direito fundamental, eis que, adotando o ensinamento de *Thomas Jefferson* que, na Declaração de Independência de 4.7.1776, a excluiu do trinômio lockeano de direitos fundamentais, substituindo-a pela busca da felicidade (*We hold these Truths to be self-evident, that all Men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty, and the Pursuit of Happiness...*)

Desse modo, a Constituição americana também permitiu a desapropriação da propriedade, para uso público, mediante justa indenização: “...*nor shall private property be taken for public use, without just compensation.*”

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 05 Páginas 67-107
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

Ao julgar os chamados *Granger Cases*, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em decisão unânime, de 1877, restringiu a proteção dada pelo devido processo à propriedade, sujeitando-a ao interesse público e à sua função social. A Corte sustentou a validade das leis contra os ataques fundados no devido processo legal, sob o fundamento de que “...a propriedade...se reveste de interesse público quando usada de maneira a causar consequência pública e afetar em geral a comunidade.” Tal propriedade deve “ser controlada pelo público em razão do bem comum, na extensão do interesse...assim criado.”²⁸

A partir daí, a propriedade passou a sofrer severa regulamentação do poder público (poder de polícia).

Os dois direitos fundamentais (vida e liberdade), acima mencionados, desdobram-se, fazendo surgir inúmeros outros que, na essência, deles se originam.

Assim, do direito fundamental à vida decorrem, entre outros, os seguintes:

a) – o direito ao trabalho – ou o livre exercício de qualquer atividade econômica – isto é, de adquirir pelo trabalho os meios de sobrevivência, podendo o indivíduo exercer qualquer profissão ou atividade lícita, salvo aquelas que dependerem de qualificações técnicas, exigidas por lei, fundadas em prevalente interesse público, devidamente comprovado. A regra é que todo trabalho pessoal e atividade econômica são lícitos, independentemente de lei ou autorização do ente governamental. Não há necessidade de prévia lei para se regular uma atividade individual, seja intelectual ou de trabalho manual. Ao contrário, a intervenção do governo, limitando o exercício do direito ao trabalho, só pode acontecer para proteger verdadeiros interesses públicos. Quanto às qualificações técnicas, há de se distinguir. Primeiramente, elas não podem ser exigidas naquelas profissões inteiramente intelectuais, como a do jornalista, cujo exercício é livre para qualquer pessoa. Segundo, a restrição está condicionada à existência de profissional, legalmente habilitado, na localidade. Caso contrário, o leigo pode atuar nos casos simples ou emergenciais, desde que compatível com o seu grau de conhecimento

²⁸ “...property....become(s) clothed with a public interest when used in a maner to make it of public consequence, and affect the comunity at large.” Such property may “be controlled by the public for the common good, to the extent of the interest...thus created.” Schwartz, Bernard. **A Book of Legal Lists**. Oxford University Press, USA, 1997, p.58.

experimental da matéria, como aconteceu no passado com o dentista prático (caso de Tiradentes), o rábula do direito (v.art. 75, da Lei 4.215/63-antigo estatuto da OAB), o construtor prático (desenhava a planta e edificava a casa residencial ou de comércio) etc. Evidentemente, não havendo, na localidade, pessoa formada, o interessado no serviço não é obrigado a contratar profissional de outra cidade, salvo se de seu interesse particular. Todavia, em algumas situações, mesmo não existindo profissional qualificado na localidade, a administração pública pode impedir a atividade do leigo, como a desenvolvida na construção de um prédio de vários andares, que exija cálculos complexos, fora do seu alcance prático de conhecimento, ou a relativa ao exercício da medicina cirúrgica, salvo, é lógico, a pequena incisão, urgente e necessária para se salvar a vida, em risco iminente, do paciente, como a traqueotomia. O governo pode e deve vedar qualquer outro tipo de cirurgia, por extrapolar a área do conhecimento prático do leigo, inclusive a chamada de “espíritual”, decorrente de alegada incorporação de espíritos de supostos médicos, já falecidos. Excepciona-se, é claro, as meramente simbólicas, de gestos, imitando a cirurgia real, ou por simples imposição de mãos, sem corte, perfuração ou aplicação de raio-X, *laser*, ou meio semelhante, no corpo do paciente. b) – direito de o indivíduo livremente casar ou viver com a companheira por ele escolhida, de ter ou não filhos, ou seja, o direito de procriar ou não procriar, ou de a mulher interromper sua gravidez nos primeiros meses e em certos casos criminais, como a decorrente do estupro; c) – o direito de o indivíduo ter e exigir o acesso à assistência e à saúde disponibilizadas pelo governo; d) – direito ao meio ambiente limpo e sadio, inclusive no local de trabalho; e) – direito a uma morte digna, podendo optar pela não continuação de tratamento médico doloroso ou prolongado, ou mediante o uso de aparelhos que, artificialmente, prolonguem a vida. Note-se que, neste caso, a decisão final é, sempre, do paciente e não do médico ou de membro da família, ainda que o facultativo alegue que o tratamento é necessário a fim de salvar a vida do paciente terminal. Quanto aos parentes, não se pode aceitar sua decisão, pois sobre eles sempre pesa a suspeição de haver interesses financeiros subalternos, como a herança, por exemplo. O paciente pode manifestar sua vontade oralmente, se estiver lúcido, ou por escrito, anterior ou posterior ao descobrimento da

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 05 Páginas 67-107
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

enfermidade fatal, ou que o tornou totalmente incapacitado. Qualquer um da família pode provar, por qualquer meio, a intenção do moribundo.

Sendo a vida o primeiro e o mais essencial dos direitos fundamentais, do qual decorrem todos os demais, não pode o Estado extingui-la, nem mesmo em tempo de guerra, em virtude de punição militar (corte marcial). Somente se admite, em caso excepcional de guerra, o alistamento militar compulsório e as punições decorrentes da covardia em combate ao inimigo (expulsão da corporação, perda do direito de uso da farda, medalhas, insígnias, divisas e patentes e aplicação da pena de reclusão etc.), mas, jamais, a aplicação e execução da pena de morte. Também, não é lícita a decretação de pena de morte criminal comum, ou o estado de morte civil (*civil death*), de direito privado, com perda dos direitos civis e, conseqüentemente, dos meios de subsistência, nos casos de crimes de alta traição, ainda que tais sanções estejam previstas em lei. Ontologicamente, a vida – por se constituir num direito natural, inalienável e indisponível – precede à formação do Estado. Daí por que o governo, que representa a vontade majoritária da sociedade política, não tem legitimidade, jamais, para decretá-la. Mesmo que dispositivo expresso, autorizador, conste da Carta Política, ele é inconstitucional, de modo inexorável, justamente por ferir o direito à vida, que é o mais sagrado dos direitos fundamentais, em razão de sua natureza substancial, intocável, e de seu caráter estrita e absolutamente antimajoritário.

Já da liberdade emanam, só para arrolar alguns, (a) o direito à liberdade física propriamente (ir, vir e ficar) e os outros correlatos, como: (b) o da privacidade (o direito de estar sozinho, consigo mesmo, sem ser molestado por ninguém - muito menos pelos agentes do governo - como o de ler, particularmente, qualquer livro, ainda que tido por pornográfico, e o de praticar, de fato, privadamente, sua orientação sexual; (c) o da inviolabilidade do domicílio (Minha casa é meu castelo! Ainda que seja um simples casebre numa pobre favela!), ninguém pode penetrar, sem o consentimento do morador, na casa residencial à noite (salvo em flagrante delito, desastre ou para prestar socorro), ou, durante o dia, a não ser com ordem judicial; (d) o da livre manifestação do pensamento, em suas diversas facetas: 1) – o de informar (abrir jornais, instalar estações de rádio e de televisão, observado,

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 05 Páginas 67-107
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

quanto a esses dois últimos, apenas, o princípio da igual utilização por todos do espectro eletromagnético, distribuir panfletos etc); 2) – o de ser informado por fontes diversificadas, não monopolizadas, e sem controle do governo; 3) – o de ter crença religiosa, ou de não tê-la; 4) – o de reunião, formando clubes, associações e organizações, a fim de poder expressar e defender suas diferentes opiniões, inclusive aquelas que desagradem o governo, ou certos grupos da população.

8 DISTINÇÃO ENTRE ADVOCACIA DE IDÉIAS E INCITAÇÃO AO CRIME

No campo da livre manifestação do pensamento, há de se fazer uma importante distinção. A que expõe a diferença que existe entre a advocacia de idéias e a incitação ao crime. A Constituição assegura o direito à livre manifestação do pensamento, por quaisquer meios, inclusive os artísticos (escultura, pintura, literatura, cinema etc). Assim, o indivíduo tem direito de livremente expor suas idéias, ou defender suas ideologias, ainda que contrariem o pensamento reinante na sociedade. Pode-se dizer comunista, ateu, nazista, gay, evangélico, católico, maçom, espírita, pai de santo etc. Ou pode se dizer apolítico, agnóstico ou ateu. Pode defender a superioridade de qualquer raça ou sexo. Pode usar os símbolos, emblemas e insígnias que julgar conveniente para expressar suas idéias, como, por exemplo, a cruz, a suástica, o martelo entrelaçado com a foice e a estrela vermelha. Lícito lhe é, ainda, usar as vestimentas próprias de sua doutrina: a batina, o hábito, o uniforme, o capuz (este como na procissão do fogaréu, em Goiás, ou na passeata pacífica dos membros da Ku Klux Klan nos EUA) etc. Pode-se até queimar a bandeira brasileira em protesto político. Estamos, pois, aqui, no domínio da advocacia de idéias, permitida e assegurada pela Constituição. Diferentemente ocorre quando há incitação ao crime, mediante a prática de atos concretos de início de execução do delito. Saliente-se, todavia, que a Constituição protege a defesa de tese, no sentido de não ser delituosa determinada conduta, ainda que tipificada como tal no Código Penal. Difere da apologia do crime, onde se incita à prática de determinada conduta delituosa, sem se defender a atipicidade do ilícito. Enfim, a

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 05 Páginas 67-107
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

troca de idéias é salutar e garantida pela Constituição, salvo quando incitam, concretamente, à prática do fato penalmente típico, dando início, com atos de execução, ao *iter criminis*.

9 OUTROS DIREITOS INDIVIDUAIS ALÉM DO ROL DO ART. 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Os direitos individuais fundamentais e suas garantias se encontram, em regra, arrolados literalmente no art. 5º, da Constituição Federal. Contudo, esses direitos e garantias nela expressos, como afirma a própria Carta Política, não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário (CF-art.5º,§ 2º).

O exemplo provém da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787. Ela não cuidava, textualmente, do direito à privacidade. Ao julgar o caso *Griswold v. Connecticut* (1965), a Suprema Corte, em voto memorável do *Justice William O. Douglas*, estabeleceu, pioneiramente, o direito constitucional à privacidade (*right to privacy*), quando afirmou – baseando-se em outros direitos civis não mencionados na Constituição, tais como o direito de associação, o de educar os seus filhos e o de liberdade acadêmica – que: “Específicas garantias do *Bill of Rights* têm penumbras, formadas pelas emanações daquelas garantias, que ajudam a lhes dar vida e substância.”²⁹

Logo, outros direitos civis, não mencionados na Constituição brasileira, decorrem diretamente, ou podem ser extraídos de sua penumbra, do regime de governo adotado, isto é, Estado democrático de direito, sob o império da lei, esta subordinada à Constituição, enfeixando o princípio da igualdade e o exercício da cidadania (sua maior expressão é o voto secreto - que, como direito, não pode ser obrigatório, nem ser a abstenção objeto de multa pelo governo - e, ainda, o direito de exercer cargos públicos por eleição ou concurso público), forma e sistema de

²⁹ “Specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance”. Kairys, David. **With Liberty and Justice for Some**. The New Press, USA, 1993, pg.151.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 05 Páginas 67-107
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

governo (república e presidencialismo) e de Estado (federalismo), e dos princípios adotados pela Carta Magna, podendo ser citados, entre outros, o republicano (ninguém pode exercer a função pública ou permanecer no cargo público, senão por prazo certo e determinado), o federalismo (divisão de poder entre os entes federativos (União, Estado-Membro e Municípios, respeitando-se sua autogovernabilidade), o da separação dos poderes políticos (Legislativo, Executivo e Judiciário, cada um independente dos outros dois), o pluralismo político (as várias tendências políticas e visões do mundo devem ser expressadas por partidos políticos distintos; não pode haver um só partido político comandado pelo governo, ou mesmo mais de um, de fachada, se forem dominados pelo governo), o respeito à dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa na ordem econômica, com repúdio aos monopólios, cartéis e trustes. Destaca-se, notadamente, ainda, dentre os princípios tributários, o que proíbe o confisco.

10 TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. DIREITOS HUMANOS. FORÇA DE EMENDA CONSTITUCIONAL

Como se viu, nem todo direito individual se acha expresso literal e taxativamente na Constituição.

A Carta Magna inclui, também, entre os direitos individuais fundamentais os decorrentes dos tratados internacionais de que o país seja parte (CF-art.5, § 2º). Promulgado o tratado pelo Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo, ele se incorpora ao ordenamento jurídico nacional. Na parte em que dispõe sobre direitos individuais, ele é recepcionado, instantaneamente, como adição às garantias constitucionais, valendo como norma constitucional, não podendo, pois, ser abolidos por emendas constitucionais ou, sequer, por leis, em decorrência da cláusula pétrea que protege os direitos individuais contra a intrusão do Estado (CF-art. 60,4º,IV).

Portanto, qualquer outro direito individual, não arrolado no art.5º, de nossa Carta Política, e que seja objeto de tratado internacional, passa a se incorporar ao citado rol instantaneamente, mediante a simples promulgação, pelo Congresso, do decreto legislativo que referenda o tratado internacional firmado pelo poder

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 05 Páginas 67-107
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

executivo. Para efeito de aprovação desse tipo de tratado não se exige forma especial (CF-arts.49,I e 84,VIII).

Já, no caso de tratados e convenções internacionais dispendo sobre direitos humanos, eles terão equivalência à emenda constitucional se forem aprovados em cada Casa do Congresso, em dois turnos, por três quintos dos votos (CF-art.5º, §3º). A restrição se justifica, uma vez que expressão “direitos humanos” é mais ampla e abrangente do que a de “direitos individuais”, eis que nem tudo referente ao gênero humano é pertinente ao indivíduo, como espécie.

Exemplo de direitos humanos se tem no tratado ou convenção internacional que dispõe sobre o tratamento que deve ser dispensado ao prisioneiro de guerra. Também, viola os direitos humanos a manutenção de prisioneiros, oriundos de conflitos bélicos, sem guerra declarada, em cadeias secretas dispersas por vários países.

Em razão da matéria versada nesses tratados, por ser muito mais abrangente do que a relativa aos direitos individuais, exige-se forma especial de aprovação congressual para sua incorporação entre os direitos fundamentais, já que o tratado passa a equivaler a uma emenda constitucional.

Tal formalidade (aprovação em dois turnos, com quorum qualificado), porém, não se aplica aos direitos individuais, mesmo quando embutidos nos direitos humanos, já que uns se distinguem nitidamente dos outros, em virtude da relação gênero/espécie.

Enquanto os direitos individuais decorrentes de tratados internacionais se incorporam definitivamente em nossa Constituição, não podendo ser mais abolidos, em razão da garantia pétrea que os protege, os direitos humanos podem ser modificados, atenuados ou anulados por meio de emenda constitucional, já que não gozam daquela específica garantia constitucional.

Não se referindo a direitos humanos e/ou a direitos individuais, os tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil e promulgado pelo Congresso valem apenas como leis ordinárias.

11 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS INDIVIDUAIS

Os direitos individuais fundamentais têm características próprias, a saber:

a) – são direitos livremente exercitáveis, independente da existência de prévia lei. Portanto, a ausência de lei não impede o seu pleno exercício, já que a própria Constituição afirma que as normas constitucionais que os definem têm aplicação imediata (CF-art.5º, § 1º). A lei, quando vier e se vier, não pode extingui-los, mas apenas disciplinar o seu uso comum, considerando a existência de relevante e compelidor interesse público, que deve ser real, concreto e demonstrável. Só nessas condições o governo pode interferir, mediante lei, nessa área sensível e usualmente intocável dos direitos individuais. Quando a Constituição diz, no que pertine aos direitos individuais – já que a norma está inserida no capítulo que deles trata (art.5º, inciso II) – que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*, está consagrando o princípio de que tudo é permitido, sem nenhum embaraço governamental, salvo se vier lei regendo o exercício do direito em questão. Nesse caso, a lei, para ser constitucionalmente válida, já que adentra na seara restrita, normalmente proibida, dos direitos fundamentais, não pode impedir o exercício do direito assegurado na Constituição. Ela só pode outorgar poderes de gestão ao governo, para que administre o uso comum do direito, de modo que todos dele usufruam, sem uns prejudicarem os outros.

b)- os direitos individuais e suas garantias são protegidos pelo núcleo constitucional pétreo, não podendo ser abolidos, ou suprimidos, por lei, nem por emenda à Constituição (CF-art.60,§ 4º, IV); a lei só pode regular o seu exercício, a bem da comunidade, comprovando-se a necessidade, real e efetiva, de sua edição.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 05 Páginas 67-107
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

12 NATUREZA AUTO-EXERCITÁVEL. INDEPENDÊNCIA DE PRÉVIA LEI.

Justamente por serem os direitos individuais de natureza antimajoritária, protegidos contra a agressão da lei (ou de emenda constitucional), que é, ostensivamente, de cunho majoritário, eles não podem ser abolidos, extintos ou ter o seu exercício impedido, máxime sob o falso argumento de ausência de lei. Assim, os direitos fundamentais não precisam de lei para validá-los e lhes dar eficácia. Obtêm a sua legitimação e sua auto-executividade da própria Constituição, que os reconheceu e lhes deu aplicação imediata. Num país, como o nosso, que se rege, formalmente, pelo Estado Democrático de Direito, é a Carta Política que, ao positivá-los, dá vida e substância aos direitos civis fundamentais, não obstante a existência deles a preceder. Assim, a falta de lei sobre determinado direito fundamental, arrolado como tal na Constituição, não torna o seu exercício ilegal, clandestino ou pirata.

13 GARANTIAS DOS DIREITOS INDIVIDUAIS

De nada valeria a especificação dos direitos individuais fundamentais se não houvesse meios de implementá-los, de realizá-los, de torná-los efetivos e oponíveis perante o governo.

Para que o indivíduo realmente deles desfrute, a Constituição enumerou, junto com eles, uma série de garantias, que também não podem ser violadas, ou anuladas, pela lei, tampouco por meio de emendas constitucionais (CF.art.60, § 4º, inciso IV).

Por conta disso, a lei não pode proibir o judiciário de apreciar certas questões, retirando-lhe a jurisdição (o que ocorreu, freqüentemente, durante as ditaduras), nem mesmo impedindo-o de dar liminares sobre os direitos individuais, a uma porque maltrata, expressamente, o texto constitucional que resguarda os direitos individuais e suas garantias e, a duas, porque se viola o princípio da separação dos poderes. O judiciário é quem detém, pela Constituição, o poder de

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 05 Páginas 67-107
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

dar a última palavra na interpretação da Lei Fundamental. No tocante aos direitos individuais e suas garantias, nem por emenda constitucional os poderes eleitos podem derrubar a decisão judicial. O Judiciário tem o dever de resguardar o direito individual, e sua garantias, contra os ataques dos ramos eleitos do governo, seja por lei ou ato administrativo, não podendo se furtar, ou ser proibido, de emitir provimentos cautelares para assegurar o exercício do direito em risco de perecimento.

Essas garantias constitucionais se resumem, basicamente, no livre acesso ao poder judiciário, eis que, consoante o texto constitucional (CF-art.5º, inciso XXXV), *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”*

Sem o livre acesso ao poder político – o judiciário – que tem a missão de resguardar o direito e os interesses da minoria, não há como alguém defender os direitos individuais. O compromisso dos ramos políticos eleitos é, em tese, com a maioria. Vimos que no Brasil a coisa ocorre de maneira diferente, em face do defeito na representatividade popular no congresso nacional. Por conta disso, uma tarefa maior é atribuída ao nosso judiciário: defender a maioria, excluída dos benefícios, das riquezas e das oportunidades, em virtude de leis feitas por poderosas minorias insulares, em defesa de privilégios, o que, por isso mesmo, as torna, no mais das vezes, maculadas e inconstitucionais, eis que padecem dos vícios da injustiça e da falta de alcance majoritário.

Complementa esse direito fundamental de acesso ao judiciário outra garantia de excepcional valor na defesa dos direitos individuais. Refiro-me à cláusula milenar do Devido Processo Legal (Due process of law), abrigada nas alíneas LIV e LV, do art. 5º, da Constituição Federal, cuja dicção é a seguinte: “LIV-Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV-aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 05 Páginas 67-107
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

Resumidamente³⁰, o princípio do devido processo legal tem duas dimensões. Na primária, ele assegura ao indivíduo o direito de não sofrer nenhuma penalidade, administrativa ou criminal (multa, apreensão de bens, perda de bens, pena privativa de liberdade, ou restritiva de direitos etc), sem que lhe tenha sido dada, antes, a oportunidade de exercer a mais ampla defesa, inclusive mediante o contraditório (ter acesso aos termos precisos da acusação, seus fundamentos de fato e de direito, as provas contra ele já colhidas, inclusive os documentos que a acompanham, para poder se defender adequadamente, produzindo sua prova e suas alegações, em prazo adequado) e o recurso a ela inerente (a Constituição não se aceita, em regra, decisão de uma só instância, seja administrativa ou judicial, sem direito a recurso), com igual tratamento perante a lei, isto é, gozar das mesmas franquias do acusador (mesmos prazos processuais, para efetuar a defesa e qualquer diligência, e os mesmos prazos recursais, devendo sempre o acusado falar por último). Essa mesma cláusula milenar do devido processo legal, já numa ótica substantiva, impõe ao poder judiciário o dever de julgar a causa que lhe é submetida – seja cível, administrativa, tributária ou criminal – sempre, pelo modo mais justo, correto, honrado e decente, ainda que a lei disponha de modo contrário. Nesse caso, a lei que trazer consigo qualquer grau de injustiça é, nesse particular aspecto, plenamente inconstitucional, já que a nossa Carta Magna não compactua, em face dos princípios por ela adotados, com o injusto, o incorreto, o desonesto e o imoral, pois a fonte de validade e de legitimidade da lei é, sempre, a Carta Política, da qual – e não da lei – é o judiciário o seu último e principal guardião. A sub-representação congressual, de onde decorre lei injusta, pode e deve ser enfocada pelo poder judiciário com base no substantivo devido processo legal.

O acesso ao poder judiciário se faz, normalmente, com a utilização do instrumental colocado à disposição do indivíduo pela própria Carta Política. Realça-se, entre outros, os três abaixo, que são os principais:

a) – o pedido de *habeas-corpus*, destinado a garantir a liberdade física (direito de ir, vir e ficar), que pode ser manejado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, isto é, pelo próprio interessado ou por terceiros, inclusive por

³⁰ Para maior aprofundamento, vide meu livro **Devido Processo Legal (Due Process of Law)**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 05 Páginas 67-107
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

advogado contratado por ele ou por seus familiares (CF-art. 5º, inciso LXVIII; CPP-art. 654);

b) – o mandado de segurança, individual ou coletivo, visando proteger qualquer direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do poder público. Depende de advogado para o seu ajuizamento (CF-art.5º, incisos LXIX e LXX);

c) – o pedido de *habeas-data*, objetivando assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; ou para a verificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo (CF-art.5º, inciso LXXII, alíneas “a” e “b”). A petição judicial deve ser feita por meio de advogado.

De forma indireta, o indivíduo conta, também, com o apoio do Ministério Público (Promotores de Justiça estaduais e Procuradores da República federais), a quem a Constituição deu competência para “zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (CF-art.129, II).

É o Ministério Público, por força constitucional, o principal defensor dos interesses da sociedade.

Assim, o prejudicado pode, querendo, representar ao Ministério Público que, conforme o caso, está autorizado, entre outras atividades, a impetrar *habeas-corpus*; a promover a ação penal; a realizar o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; a defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 05 Páginas 67-107
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

14 DEMAIS NORMAS CONSTITUCIONAIS. CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE. ÔNUS DA PROVA

De outra sorte, as demais normas constitucionais, observados os princípios constitucionais que as orientam, estão sob o comando da vontade da maioria. Desse modo, a lei editada pelos poderes eleitos, que representam a maioria do povo, quando regulam esses dispositivos constitucionais, tem, naturalmente, a presunção de constitucionalidade. O governo goza desse benefício. Por isso, pressupõe-se que a lei é constitucional, salvo prova em contrário, a ser feita por quem se diz prejudicado. O ônus da prova é do que alega a inconstitucionalidade. O governo nada tem que provar ou justificar. A interpretação constitucional, a ser feita pelo judiciário, rege-se pelo *princípio da razoabilidade*. Em face desse princípio, a lei só será anulada pelo judiciário, por vício de inconstitucionalidade, se o governo extrapolar os limites da administração moral, eficiente e razoável. Em termos constitucionais, a administração pública está vinculada, dentre outros, aos princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência (CF-art.37). A lei, no caso, não é considerada, aprioristicamente, suspeita de inconstitucionalidade, devendo, apenas, superar o crivo da razoabilidade.

15 CONCLUSÃO

Finalizando, os direitos individuais fundamentais, essencialmente antimajoritários, só serão efetivamente garantidos – e a sociedade gozará das liberdades civis – se se contar com um Poder Judiciário realmente forte e independente, capaz de enfrentar o governo. Só assim ele terá condições de cumprir sua missão primordial, como instituição antimajoritária, de defender o povo contra a tirania dos poderes eleitos, veiculada por meio das leis, costumeiramente inconstitucionais em nosso país.

Não se deve esquecer que, na França, o judiciário, atualmente, não constitui poder político, já que não detém o poder de, constitucionalmente, anular

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 05 Páginas 67-107
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

leis. Isso só aconteceu porque, durante a revolução francesa de 1789, os revolucionários, deixando de seguir o modelo tripartite de divisão do poder político, pregado por Montesquieu e adotado na Constituição americana de 1787 – de que os revolucionários tinham detido conhecimento, pois *Jefferson*, na época, era embaixador na França - não confiaram no poder judiciário francês de então, porque os juízes da época agiam, de modo subserviente, sempre no interesse do governo (rei) e da nobreza (minoria oligárquica que comandava as leis e o judiciário), com desprezo pelo povo, que vivia na pobreza, na miséria e na ignorância.

Infelizmente, o judiciário brasileiro – mercê da secular dominação política do executivo, que remonta ao tempo do Brasil império, quando o juiz era demissível pelo monarca – ainda não alcançou, de fato, por problemas culturais, o grau de independência que a Constituição expressamente lhe concedeu. Por isso, a exemplo do juiz francês, o magistrado brasileiro, de um modo geral, comporta-se como escravo da lei, ou seja, submisso à vontade das minorias oligárquicas e privilegiadas, que a fazem.

Contudo, há, atualmente, bastante esperança de se mudar esse quadro, passando o judiciário a se constituir um verdadeiro poder político. Para isso, basta haver vontade política do próprio judiciário, que é o intérprete final da Constituição. Não depende de mudança nas leis e/ou na Carta Política. A transformação que se requer, e se impõe necessária, com urgência, é absolutamente endógena.

Sem um judiciário forte e independente, preocupado, prioritariamente, em defender sua parcela de poder político e, simultaneamente, o povo contra leis injustas e, ainda, em proteger os Estados-Membros e Municípios contra as usurpadoras incursões, por meio de leis inconstitucionais, por parte da União Federal, não há chance para a democracia em nosso país. O Poder Judiciário precisa, urgentemente, dada as sentidas necessidades do povo, passar a exercer, efetivamente, sua missão constitucional de controlar a atuação dos dois outros ramos governamentais, para que não avancem, principalmente por meio de leis e emendas constitucionais, além dos estritos limites permitidos pela Carta Magna, a fim de se evitar a ditadura e a tirania. A ambição desenfreada dos que exercem o poder político, muitas vezes disfarçada e falsamente alicerçada na defesa da ordem

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 05 Páginas 67-107
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

e da estabilidade governamental, exigindo-se, ainda mais, a concentração de poder no ente central, tal como o leão ao circundar e envolver a sua presa, aprisiona, escraviza e põe em risco, perigosamente, a já tão combatida liberdade do povo. Liberdade e igualdade individual, como vimos, são os fundamentos essenciais da democracia.

REFERÊNCIAS

ARISTOTLE. **Politics**. USA: The Easton Press, 1979.

BRANDEIS, J. **US Supreme Court**: New State Ice Co. v. Liebmann 285 US.262 (1932).

GARVEY, John H; Aleinikoff, T. Alexander. **Modern Constitutional Theory**: A Reader. USA: St. Paul West Publishing, 1991.

HAMILTON, Alexander. **The Federalist**. USA: The Easton Press, 1979.

KAIRYS, David. **With Liberty and Justice for Some**. USA: The New Press, 1993.

LOCKE, John. **Two Treatises of Government**. USA: The Easton Press, 1991.

MACHIAVELLI, Niccolo. **The Prince**. USA: The Easton Press, 1980.

MADISON, James. **The Federalist**. USA: The Esston Press, 1979.

MARSHALL, John. **US Supreme Court**: Marbury v. Madison, 5. U.S. 137 (1803).

O'CONNOR, Sandra Day. **The Majesty of the Law**. USA: The Easton Press, 2003.

REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. New York, USA: William Morrow, 1987.

SCHEIBER, Harry N. **Federalism and the Judicial Mind**. USA: University of Califórnia, 1992

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 05 Páginas 67-107
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

SCHWARTZ, Bernard. **A Book of Legal Lists**. USA: Oxford University Press, 1997.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal (*Due Process of Law*)**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **500 Anos de Servidão** – A Lei como instrumento de dominação política no Brasil. Brasília: OAB Editora, 2004.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios e Contrapesos (*Checks and Balances*)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Tribunal Arbitral** – Nova Porta de Acesso à Justiça. Curitiba: Juruá, 2006.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in America**. USA: The Easton Press, 1991.

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 2.ed. USA: The Foundation Press Inc., 1988.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 05 Páginas 67-107
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com