XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

FAUSTO SANTOS DE MORAIS

LITON LANES PILAU SOBRINHO

MAMEDE SAID MAIA FILHO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C755
Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fausto Santos de Morais; Liton Lanes Pilau Sobrinho; Mamede Said Maia Filho - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-400-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Participação popular. 4. Poder Judiciário. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

Refletindo sobre o eixo dos trabalhos que compõem o presente grupo é possível apontar os questionamentos sobre a participação popular na Democracia e a atuação do Poder Judiciário na realização dos ditames constitucionais. Essas duas questões aparecem interseccionadas nos diversos objetivos de investigação dos trabalhos.

Quanto à participação popular, têm-se questionamentos que se iniciam na condição autônoma da pessoa e de sua educação para a Democracia, e vão até à efetividade dos mecanismos jurídicos para tanto, como o referendo e o plebiscito. Nesse caminho, apontou-se, inclusive, ensaio sobre o dever fundamental de participação que cada cidadão possui no jogo democrático.

Sobre a atuação do Judiciário, boa parte das investigações focou na forma de resolução das mais diversas questões pelos tribunais superiores, especialmente tendo o STF como seu objeto de pesquisa. Assim, discutiu-se o posicionamento do tribunal em direitos individuais, políticos e sociais, como também foram ensaiadas críticas às decisões das Cortes.

Diante das discussões colocadas, reforça-se a ideia de que a realização da Democracia transita entre a participação popular, da forma mais esclarecida possível, e a atuação do Poder Judiciário na salvaguarda dos direitos fundamentais como pressuposto à almejada qualidade de exercício da cidadania.

Como diagnóstico, todavia, os trabalhos procuraram mostrar uma série de deficiências existentes na participação democrática brasileira e na atuação legítima do Judiciário. Há problemas dos mais diversos. Viu-se o problema de inserção política das minorias, para não dizer, a incapacidade de uma efetiva democracia deliberativa em que todos tenham voz. Por outro lado, notou-se o ativismo judicial como um problema de interferência indevida do Judiciário nos assuntos dos outros Poderes, o que demonstra, por exemplo, a incapacidade real de solução do problema trazido ao STF pela ADPF 347.

Fazer Ciência na área jurídica não é algo fácil. Existem muitos desafios a serem enfrentados e resolvidos. Numa digressão, dois problemas ainda rondam o debate. O primeiro deles, a falta de consenso teórico. Exemplos são as dúvidas quanto à capacidade e à legitimidade de atuação do Judiciário na efetivação da Constituição e dos direitos fundamentais. O segundo

paira sobre a dificuldade de se fazer Ciência Jurídica, integrando a teoria à prática. Isso fica exemplificado pelo pensamento científico abstrato, distante, por vezes, da realidade dos problemas brasileiros.

Em vista de todo o exposto, convida-se a comunidade científica para que aprecie esta publicação, não sendo exagero dizer que os trabalhos do Grupo Constituição e Democracia I têm o mérito de contribuir para a superação dos problemas apontados, procurando caminhos para a consolidação de teorias, de modo a que estas sirvam para iluminar outras possibilidades jurídicas na realidade brasileira dos nossos dias.

Brasília/DF, 20 de julho de 2017.

Coordenadores do GT:

Prof. Dr. Fausto Santos de Morais (Imed)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali)

Prof. Dr. Mamede Said Maia Filho (UnB)

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E IGUALDADE – A DEFESA DA REPRESENTATIVIDADE DO INTERESSE DAS MINORIAS

JUDICIAL REVIEW AND EQUALITY – A DEFENCE OF THE REPRESENTATIVE INTEREST FROM THE MINORITY

Frederico Antonio Lima De Oliveira [1]
Alberto de Moraes Papaléo Paes [2]

Resumo

No presente trabalho pretende-se abordar a efetividade dos Direitos Fundamentais relativos à Igualdade através do estudo da Jurisdição Constitucional. Para tanto pretende-se abordar a justificativa da democracia pretendida pela decisão no caso Marbury vs Madison, passando pela ideia de uma produção Jurisprudencial Democrática. Abordar-se-á, também, a ideia de centralização de poder político no Supremo Tribunal Federal para, somente então, questionar a ideia de representação política das minorias nas decisões do Judiciário.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade, Igualdade, Poder, Política

Abstract/Resumen/Résumé

On the following paper it is intended to approach the effectiveness of the Fundamental Rights related towards Equality through the Judicial Review. In as much ones tries to justify the democracy reflexes produced in the judicial decision in Marbury vs Madison case, passing by the idea of a democratic jurisprudential production. In this sense, another idea is the politic power centralization on the Federal Supreme Court thesis, this will be studied in order to question political representative of the minorities on Judicial decisions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial review, Equality, Power, Politics

[1] Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Coordenador do Programa de Pós Graduação em Direitos Fundamentais da Universidade da Amazônia. Pesquisador vinculado ao GEPHC.

[2] Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), Professor Universitário; Pesquisador vinculado ao Grupo de Estudos e Pesquisa em Hermenêutica Constitucional (GEPHC); Advogado.

1. A Propósito de uma Concepção Pura do Controle Difuso de Constitucionalidade.

O modelo de Controle de Constitucionalidade americano, popularmente conhecido como difuso, é fruto de uma decisão política no célebre caso Marbury VS Madison. Neste modelo, a competência para declaração de inconstitucionalidade é concedida a todo o Juiz ou Tribunal, que decide a questão no caso concreto e aplica sua decisão *inter partis*. Relembre-se que tal decisão pode vir a ter efeitos *erga omnes* quando a sentença for proferida pela *supreme court*, que confere "efeito vinculante" por torná-la precedente jurisprudencial. De toda forma, como a intenção do presente trabalho é passar uma concepção pura deste modelo de constitucionalidade, faz-se de extrema importância inserir-se na questão histórica que fez surgir à ideia do controle difuso.

Em 1800, os Federalistas haviam perdido as eleições para presidência dos Estados Unidos, tendo como candidato derrotado o até então Presidente John Adams. Contudo, antes de ser sucedido por Thomas Jefferson (no começo do ano 1801), Adams editou um "ato judicial" (*judiciary act*), que criou 58 novos cargos de Juiz (*judgeships*) sendo 42 cargos para Juiz de paz (*justiceships of peace*). Thomas Jefferson suscitou que isto tratava de uma manobra política afirmando que os Federalistas haviam se retirado para o Judiciário como seu "*stronghold*" (porto seguro, ou, braço forte). Ocorre que na noite de 03 de Março de 1801, John Marshall, agindo como secretário de Estado, afixou o selo oficial às *commisions* (no sentido de "comissionar", "delegar") dos Juízes de Paz, porém, sem ter efetuado sua entrega.

No dia posterior, quando do início do governo de Thomas Jefferson, um novo secretário de Estado foi nomeado, James Madison que tratou de suspender 17 das 42 *commissions*, nestas inclusas a de William Marbury. Inconformado com a situação, Marbury requisitou formalmente a efetivação de sua *commission*, não obtendo êxito. Fato que o fez impetrar um *writ of mandamus* (que pode ser interpretado como um Mandado de Segurança), com a finalidade de reconhecer seu direito. A decisão no processo Marbury x Madison foi prolatada pelo *Cheif Justice* Marshall (aquele mesmo que afixou o selo oficial às *commissions*) que teve claras influências da obra *The Federalist*[1], escrita por Hamilton, Madison e Joy 15 anos antes do caso. Passemos à análise do mérito da decisão. O julgamento se desenvolve sobre três perguntas Básicas feitas pelo Juiz Marshall:

a) Tem o requerente (*applicant*), o direito às *commissions* demandadas?

1 Na tradução para o português a obra ficou conhecida como "Os Artigos Federalistas"; destaca-se, nos pontos centrais de argumentação o número LXXVIII, que fala sobre a organização do poder judiciário no tocante à condição do bom comportamento para a permanência no cargo, quando escrevem que "todo aquele que considerar atentamente os diferentes poderes perceberá que, num governo em que eles estão separados, o judiciário, pela natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição, por ser o menos capaz de transgredi-los ou violá-los". (MADISON; HAMILTON; JOY, 2005, p. 479).

b) Se ele tem direito, e se este direito foi violado, as Leis de seu País fornecem um remédio?
c) Se elas de fato fornecem um remédio é um *mandamus* de competência deste Tribunal?

No que tange a primeira pergunta, o Juiz decide que a Constituição e Legislação correlata ao caso contemplam três operações distintas: a) *Nomination* (Nomeação): Trata de um ato exclusivo do Presidente, sendo completamente voluntário; b) *Appointment* (Convocação): Também um ato voluntário do Presidente que somente pode ser concretizado com o aconselhamento e consentimento do Senado; c) *Commission* (Delegação, Autorização, Licensa): A concessão da *comimssion* a uma pessoa convocada, pode, talvez, ser considerado um dever imposto pela Constituição, "*he shall*", diz aquele instrumento, "*commission all the officers of the United States*". Dessa Forma, Marshall acredita que todos os procedimentos haviam sido devidamente obedecidos, ressaltando que como havia um silencio do senado no que tange ao *appointment* não havia nenhum prejuízo no tramite. Ainda, aduz Marshall restar comprovado direito do requerente quando argumenta que

> *Mr. Marbury, then, since his commission was signed by the President, and sealed by the secretary of state, was appointed; and as the law creating the office, gave the officer a right to hold for five years, independent of the executive, the appointment was not revocable; but vested in the officer legal rights, which are protected by the laws of his country* (MARSHALL, 1803).

Dessa forma, a retenção desta *commission* trata de um ato não justificável na lei e violador de direitos adquiridos pelo requerente; fato que remete à segunda pergunta: se a legislação fornece algum remédio para sanar o dano. O argumento do Juiz é pelo entendimento de que existe um remédio legal pela própria essência de liberdade civil e pela violação aos direitos do requerente, por isso escreve

> *The very essence of civil liberty certainly consists in the right of every individual to claim the protection of the laws, whenever he receives an injury. One of the first duties of government is to afford that protection. The government of the United States has been emphatically termed a government of laws, and not of men. It will certainly cease to deserve this high appellation, if the laws furnish no remedy for the violation of a vested legal right* (MARSHALL, 1803).

Por fim, no que tange ao último questionamento, o juiz divide a questão em duas proposições: a) A natureza do Direito pretendido; b) O Poder do Tribunal. No que concerne à primeira indagação o *Cheif Justice* decide que o direito do requerente é de natureza concreta uma vez que foi devidamente nomeado; dessa forma a violação à esse direito dá ensejo à propositura do *mandamus* optado. Já no que diz respeito à segunda proposição, explica o juiz que a Constituição Americana confere à Suprema Corte autorização para processar ações, justificadas por princípios e costumes da lei, de atos de qualquer um que aja em nome dos Estados Unidos da America.

Ainda continua construindo a argumentação dizendo que a Constituição confere este poder à Suprema Corte, mas que, por vezes, ele deve ser estendido aos juízos *a quo* porque representam a extensão da própria Suprema Corte (como poder Uno, Judiciário). Por fim, passa a reconhecer a competência do tribunal para processar e julgar o *mandamus* na medida em que se trata da necessidade de *judicial review* das leis ou atos normativos em desconformidade com a Constituição.

> *If an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void, does it, notwithstanding its invalidity, bind the courts, and oblige them to give it effect? Or, in other words, though it be not law, does it constitute a rule as operative as if it was a law? This would be to overthrow in fact what was established in theory; and would seem, at first view, an absurdity too gross to be insisted on. It shall, however, receive a more attentive consideration* (MARSHALL, 1803).

Em conclusão, expõe a sentença do *Chief Justice* a idéia que permeia o controle difuso, a de que aqueles atos que são incompatíveis com a constituição devem ser considerados vazios, nulos, inexistentes, porque se trata de um aspecto comum de todas as constituições escritas: a vinculação das Funções do Estado aos Valores Constitucionais como instrumentos de ordem político-jurídica. Por isso diz

> *Thus, the particular phraseology of the constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument* (MARSHALL, 1803).

2. Produção Jurisprudencial Democrática como Direito Fundamental.

J. J. Gomes Canotilho (2003) ainda vai além, quando diz que a concepção de controle difuso remete ao ideal jusnaturalista de uma "*Higher Law*" que transfere o Poder Soberano (que na Inglaterra era do Parlamento) para a Constituição, apontando que era insuficiente "afirmar a superioridade da constituição perante a lei: era necessário reconhecer a *judicial review*, ou seja, a faculdade judicial de controlo da inconstitucionalidade das leis" (CANOTILHO, 2003, p. 898). Mauro Capelletti (1983), faz um estudo comparado entre os dois modelos de controle de constitucionalidade apontando algumas críticas e, também, reiterando aos avanços que cada um deu. No que diz respeito ao modelo americano, Capelletti (1983) diz que pelo fato de se dar difusamente, e de forma incidental, atacando somente o caso concreto, não existe modificação da proteção constitucional generalizada, apenas o reconhecimento da inconstitucionalidade naquele caso, explica ele que

> *este control, por lo tanto, no queda remitido a la exclusiva competencia de tribunales constitucionales especiales; es más, el control no se leva a cabo por procedimentos ad hoc, sino de forma incidental, en el trancurso de*

> *processos ordinarios. Este control, en fin, no da lugar – al menos teóricamente – a una verdadera anulación, com efectos erga omnes, de la ley anticonstitucional, sino tan solo la inaplicación, em esse caso concreto, de la norma considerada inconstitucional. Sin embargo hay que precisar de inmediato, a propósito de este tema, que em los países de common Law, em virtud de la doctrina do stare decisis, todos los tribunales (o al menos todos los tribunales inferiores) quedan vinculados por la declaración de inconstitucionalidad de uma norma realizada por um tribunal superior, a pesar de que esa declaración sea meramente incidental, con lo que ésta adquiere en la práctica valor erga omnes* (CAPELLETTI, 1983, p. 602).

De todo modo, ainda acrescenta que a construção do modelo americano denota uma dupla garantia política ao Estado Americano, e dizem respeito aos argumentos acerca da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. A primeira garantia é a de um controle democrático que representa os interesses regionalizados, a capacidade de qualquer Juiz demonstrar a realidade de um determinado grupo em relação aquele caso e à Constituição Federal. A segunda garantia diz respeito ao equilíbrio dos Poderes do Estado; enquanto que o Executivo e o Legislativo influem diretamente no curso das decisões políticas o Judiciário fica encarregado de proteger os valores constitucionais na tutela da liberdade e da igualdade, por isto a importância de haver representatividade no acesso ao cargo, instituindo-se o sistema de "*appointment or election*" no processo de seleção dos Magistrados.

É pacífico na doutrina que a compreensão da cisão conceitual entre Direitos Fundamentais e Direitos Humanos reside em dois aspectos distintos: 1) na positividade constitucional, o cunho formal de garantia e; 2) na dimensão axiológica da proteção universal, o cunho material de garantia (SARLET, 2007, p. 35-6). Desse modo, os Direitos considerados como Fundamentais têm proteção especial da constituição no processo de positividade, como é o caso do Brasil, que dedica um rol sobre Direitos e Garantias Constitucionais na Constituição e concede ao Judiciário a guarda e efetivação tanto destes direitos como da própria Constituição[2].

Ora, cabe, ainda, argumentar que o Controle de Constitucionalidade pela via difusa, no Brasil, na maioria dos casos, acaba com a decisão do Supremo Tribunal Federal por intermédio da interposição de Recurso Extraordinário. Portanto, atuando como órgão do Judiciário sentenciando o caso e podendo até modular os efeitos de sua decisão. Tomando-se, como base, também o art. 103-A[3] da Constituição, o STF pode constituir uma regra hermenêutica que servirá como norte

---

[2] O próprio STF ainda aumenta o rol destes direitos por via de Controle de Constitucionalidade Direta, ou Concentrada (ADPF). Tratar-se-á da decisão da Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 33-5 Pará, em outro tópico mais a frente.

[3] Preceitua o Art. 103-A, *caput*, alterado pela Emenda Constitucional n. 45/2004: "Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei" (BRASIL. 2004).

interpretativo para os casos constitucionais, depois de reiteradas decisões (BRASIL, 1988). As súmulas vinculantes.

De toda forma, a questão a instigar questionamentos persiste justamente na produção democrática de um controle justo. Pela via difusa, é possível encontrar-se alguns julgados de demonstram mais uma instigação política, do que de fato uma inclinação a manifestação de feixes de interesse. Pode-se argumentar o seguinte: apesar de os Juízes, Desembargadores e Ministros não chegarem ao cargo público através do interesse político democrático, eventualmente, em suas decisões, eles acabam – por sua liberdade funcional no exercício do mister – representando este ou aquele interesse. Veja-se isto na prática.

No Recurso Extraordinário 631.102 Pará, o pleno do STF foi chamado a discutir questão suscitada da inelegibilidade de um candidato ao Senado, pela aplicação da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) que alterou o conteúdo da Lei Complementar 64/1990. A questão permeava a respeito da punição retroativa do candidato que renunciou ao mandato para não sofrer condenação; bem como que acerca da ocorrência do art. 16 da Constituição que versa sobre o conhecido princípio da anterioridade eleitoral[4]. De todo modo, a decisão do Tribunal ficou empatada por ter um Ministro se aposentado às vésperas da Sessão no Plenário, fato que suspendeu o trâmite do processo até que novo Ministro assumisse a cadeira.

De todo modo, o STF ficou (literalmente) divido entre dois interesses políticos-sociais: 1) o do movimento de moralização do Poder Legislativo, através da mutação do processo eleitora e; 2) o dos candidatos que achavam ter sido cerceados em seus direitos fundamentais de concorrer a um cargo público através de eleição. Mas, além destes interesses conflitantes, o Tribunal haveria de conformar, qualquer decisão que proferisse com os Valores albergados pelo sentido das normas constitucionais. Valores estes que são, na verdade, o interesse jurídico-político a que estão amarrados todos os Juízes. Assim como o *Cheif Justice* Marshall, que utilizou de uma posição política pessoal, para buscar na Constituição Americana, um meio de adequar os interesses políticos aos valores constitucionais; todo o Juiz, eventualmente, age sem levar em conta, como argumento forte, o valor democrático protegido pela norma jurídica. Portanto, se os Direitos Fundamentais exigem uma postura ativa do Estado, como cobrar do Judiciário a garantia de decisões democráticas?

3. Centralização do Poder Político no STF.

Diante da infinidade de conceitos que são usados para descrever o vocábulo política,

4 Neste sentido: “Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.” (BRASIL, 1988)

parece oportuno utilizar o raciocínio de Ivo Dantas (2008) em sua "Teoria do Estado Contemporâneo", argumentando que para o Direito Constitucional, ou para o Processo Constitucional, a expressão "política" não deve ser "tomada no sentido de *conhecimento*, porém, de *ação ou programa de governo (policy)*" (DANTAS, 2008, p. 30). Se se tomar em conta tal argumento, aquele que tem o condão de decidir os programas ou as ações do governo tem poder político. Esta ideia de poder que também possuí uma enorme imprecisão conceitual, mas aparece sempre ligada a um aspecto social, tanto que há notórias tentativas de explicação por autores da sociologia, como Marx, Maine, Durkhein, Weber, Parsons e Luhmann. Este último que assim escreve

> existem diversas e contraditórias tentativas de reduzir o fenômeno do poder a um conceito bem-sucedido teórica e empiricamente. Dada esta situação, uma teoria do poder não pode se limitar a uma interpretação descritiva ou uma análise essencial que apenas suponha, mais ou menos, o que irá obter como resultado. Igualmente, as tentativas de analisar o conceito em si mesmo e distinguir suas diversas significações não progridem e levam à prudência e, enfim, à resignação. Não é pois possível, nestas circunstâncias, proceder por pontos isolados já supondo o que seja poder, mas dever-se-á buscar conceitos abrangentes, utilizáveis também em outros contextos, servindo já para a transposição de questionamentos e construções conceituais consagradas, possibilitando comparações e investigações conexas em outros campos (LUHMANN, 1985, p. 03).

Dessa forma, o Direito Constitucional pode ser interpretado como a garantia da institucionalização, regulação e restrição do poder com a finalidade de que não sejam cometidos abusos ou diferenciações negativas na produção de direitos na prática. Exemplos de diferenciações negativas na história humana, são o caso dos regimes autoritários ou absolutistas; ainda mais recente, estão os exemplos das "ditaduras da lei" como o nazismo, o fascismo, o salazarismo, o franquismo, etc. De todo modo, como já foi visto até aqui no presente trabalho o controle de constitucionalidade repressivo nasce nas formas puras do controle austríaco e do controle americano e que a adoção de um ou de outro, remete á certos defeitos e certas qualidades.

Com vista nestes pressupostos (e isso já foi dito em outro lugar aqui), o Brasil, na Constituição de 1988, resolveu adotar os dois sistemas de controle repressivo na tentativa de congregar todas as qualidades e nenhum defeito dos dois. A Constituição reconhece a Inafastabilidade da Jurisdição de forma genérica quando diz que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (BRASIL, 1988). No Art. 102, no qual se estabelecem as competências do Supremo Tribunal Federal, fica clara a opção pelo controle concentrado quando enumera no inciso I função de julgador das ações Diretas de Inconstitucionalidade. Mais a frente é possível ver que, este mesmo órgão também tem competência para exercer a fiscalização constitucional por via incidental no inciso III, das alíneas "a" até "d".

Não é só isso; os Art.s 104 (competência do Superior Tribunal de Justiça), 108

(competência da Justiça Federal), 114[5] (competência da Justiça do Trabalho), e mais notadamente na atuação das Justiças Estaduais no art. 125, §2º; que o Brasil decide misturar os dois sistemas de controle de constitucionalidade. Entretanto, ressalte-se o seguinte; há uma desvirtuação para com os dois modelos em suas formas puras porque há uma notória desestabilização no Poder Político da Função Judiciária. Enquanto que para Kelsen o Tribunal Constitucional detinha a função de legislação negativa, no Brasil, ele faz parte da própria função Jurisdicional, ou seja, opera com duplicidade de funções.

De toda forma é necessário expor-se isso por outra abordagem. No primeiro título da Constituição, aquele que trata dos Princípios Fundamentais, no art. 2º é expressa a adoção do sistema de Montesquieu, também utilizado pelos Estados Unidos (lá chamado de *checks and balances*), como forma de organizar funcionalmente o Estado em três Poderes: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário; que funcional com independência e harmonia entre si. A independência do Judiciário vem expressa no art. 99º do texto superior, que resguarda autonomia administrativa e financeira ao Judiciário, além de, em alguns artigos já suscitados anteriormente, conferir a possibilidade de os Tribunais editarem normas referentes aos diversos procedimentos autorizados pela Constituição.

Enquanto Poder, ou, Função organizada, o Judiciário realmente necessita ter assegurada sua independência funcional com harmonia em relação aos outros poderes. Entretanto, a disparidade fica acentuada se se levar em conta o argumento utilizado anteriormente, de que no Brasil o Tribunal Constitucional faz parte do Poder Judiciário confundindo duas funções distintas: a Jurisdicional e a Legislativa Negativa. Contudo, não é simplesmente isto que causa a concentração do poder político no Judiciário, mas também a adoção de uma medida de baixa taxa de renovação entre os membros atuantes deste poder.

Os juízes ingressam na carreira da magistratura através de concurso público de provas e títulos e tem assegurada, dentre outras, a garantia de vitaliciedade. Lembrando-se que existem alguns limites para atuação do magistrado, como a aposentadoria compulsória aos 70 (setenta) anos de idade; a disponibilidade em razão do interesse público; a remoção baseada no mesmo critério; etc. De toda forma, fica claro que, o Juiz de primeiro grau, utiliza-se de suas pré-concepções pessoais adequando-a à realidade da comarca que preside, isto dito de outra forma: na integração do círculo hermenêutico Gadameriano a relação entre sujeito, meio e objeto tende à concentração na realidade do sujeito em detrimento ao objeto que se analisa ou que se descreve.

Mas, no que implica isto? No fato de que o Juiz de primeiro grau, por mais que tente se

---

5 Não há uma dicção expressa na Constituição, mas pela aplicação do art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho cumulada com a interpretação dos princípios constitucionais afetos à matéria é possível compreender a competência da Justiça do Trabalho na declaração da inconstitucionalidade.

aproximar da generalidade necessária para proteção do “interesse público” sempre vai depender de suas pré-concepções de mundo e da realidade regional a qual está conscrito para ponderar as situações que lhe são apresentadas e dizer quem tem o direito no caso concreto. Portanto, poder-se-ia argumentar que o Juiz representa o interesse da comarca a qual preside. Entretanto, esta é uma lógica que não encontra o uso devido na prática, veja-se o seguinte.

A promoção e acesso aos Tribunais se dá pelo critério de antiguidade ou de merecimento (segundo a constituição) então, no quadro geral, a idéia é que o Juiz passe pelo máximo de entrâncias possíveis para que chegue ao Tribunal carregando consigo as experiências e as vontades das comarcas as quais passou, representando os interesses regionais daqueles lugares. Dessa forma a composição dos Tribunais Estaduais deveria levar em conta tal processo democrático, mas, infelizmente não o faz. Se se desenhar um quadro mais geral, então todos os Estados da Federação deveriam fazer-se representados no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, quando, de fato não o são. O que vai caracterizar uma concentração de Poder Político na Função Jurisdicional, na medida em que não há uma representatividade efetiva de seus membros para com o interesse democrático, e mais, na medida em que adotam uma postura ativista cresce, cada vez mais, a tensão entre a harmonia dos Poderes do Estado.

4. Representação Político-Judiciária, um Direito Fundamental?

Sucintas anotações no que se refere a este tópico, justamente porque, já resta pacificado o núcleo essencial de proteção ao processo democrático como Direito Fundamental. Na medida em que os direitos políticos ficam elencados no chamado bloco de constitucionalidade, assim como, que pelo próprio conteúdo normativo do art. 5º da Constituição Federal, a representação democrática pode ser considerada como direito fundamental nas decisões judiciárias. Neste sentido são as anotações de Estefânia Maria de Queiroz Barboza (2007) em uma visão norte-americana de Hart Ely, dizendo ela que

> o papel da Suprema Corte americana seria o de averiguar o peso de um princípio moral da sociedade americana e convertê-lo num princípio jurídico. Ely é contrário à idéia de que a Suprema Corte só estaria a buscar um consenso acerca de determinado assunto por parte da coletividade, sendo que quando há um aparente consenso, é porque existe apenas uma dominação de alguns grupos por outros, a que demonstra o cráter antidemocrático deste pensamento. Ely reforça a opinião de que seria difícil que a Suprema Corte verificasse um suposto consenso moral existente na sociedade, sem, contudo, colocar sua própria opinião pessoal, sustentando, ainda, que a busca de um suposto consenso moral levaria a uma insegurança jurídica. (BARBOZA, 2007, p. 27)

Por isto é que Estefânia Barboza (2007) justifica a necessidade crescente de garantia do processo democrático através da adoção de uma democracia procedimental, o que viria por retirar o

interesse sobre o foco da democracia como gestão do interesse da maioria com respeito aos direito da minoria, para o foco da participação democrática nos procedimentos instituidores da política. Isto quer dizer, para o Controle de Constitucionalidade, que os procedimentos que legitimam a atuação dos Ministros deveriam sofrer uma fiscalização sob o prisma da democracia. Por procedimento entenda-se a consecução dos atos que movimentam a marcha democrática dentro do processo de controle de constitucionalidade; passando-se desde a representação do interesse do julgador, ao método de adequação dos argumentos fundamentais explícitos no conteúdo normativo, ou nas expectativas normativas do ato de fala regulatório.

5. Teoria da Igualdade e Minorias Políticas.

Um dos primeiros conceitos que se deve vencer para o prosseguimento do trabalho, diz respeito à noção, ou a concepção de Democracia. Ele deve ser tratada como Forma de Governo da Teoria Geral do Estado? Como um ideal político? Como uma *policy* (uma política-programa)? Se se tomar por base a primeira indagação, haverá a necessidade de explicar no que consistem as formas de governo, por isto reafirma-se que estas formas adotadas pelos estados modernos guardam imensa correlação com a própria composição do estado e devem ser atacadas por três pontos de vistas: a) a posição clássica de Aristóteles; b) a posição moderna de Montesquieu; e c) a posição contemporânea dos estudos mistos.

Na concepção clássica de Aristóteles, admite-se a existência de modelos puros e impuros de governo, fazendo parte dos modelos puros a Monarquia, a Aristocracia e a Democracia; enquanto que nos impuros a Ditadura, a Oligarquia e a Demagogia. A diferença mais relevante entre os sistemas puros e impuros é a finalidade do governante; se age em prol do bem da coletividade sem utilizar interesses pessoais trata-se de um modelo puro ainda que o poder esteja nas mãos de um, de alguns ou de todos. Por outro lado, se o detentor do poder político age somente guiado por seus interesses pessoais, está-se diante de um modelo impuro de governo (DALLARI, 2011, pg. 222).

Para Montesquieu existem somente duas formas de governo que se sucedem no decurso da história com características básicas e próprias: Monarquia e República (entendida como Democracia). A Monarquia tem como principais características a vitaliciedade, a hereditariedade e a irresponsabilidade do monarca; este modelo é de criação histórica, tendo sua utilização diminuído ao longo do tempo e o povo optado por modelos nos quais sua representação seja mais dinâmica. Na República, as características são antinômicas à Monarquia, sendo a representatividade política feita de forma mais dinâmica e com participação do povo. Neste modelo o represente é eleito por prazo determinado e responsável pelos atos de gestão e de governo por ele praticado.

Decerto que a concepção moderna de Montesquieu descarta outros modelos que tem

existência reconhecida e os substituí por dois conceitos macro, por isso que a doutrina moderna revela que, na verdade, não existem formas puras de governo coexistindo várias dentro do mesmo Estado. O exemplo é o do Parlamentarismo da Coroa Britânica; reconhecidamente uma forma de governo monárquica, com um parlamento representando os interesses da Câmara dos Lordes (Aristocratas), e da Câmara dos Comuns (Democracia).

Já obtemperando por outro prisma, da democracia como ideal político, é necessário fazer menção à concepção filosófica de Hannah Arendt (2009) ao divórcio entre a filosofia e a política no julgamento de Sócrates. Ao relembrar dos procedimentos do julgamento e condenação de Sócrates o comentário a ser feito incide na questão do *dialegesthai* (debater alguma coisa com alguém) e face à *peithein*. Enquanto que o diálogo, aqui tido como a dialética típica do discurso filosófico que, para Sócrates objetivava um conhecimento, e hoje pode ser descrito como uma autopoiese do ser (dessa forma sempre travado entre duas pessoas que absorvem referências externas); a persuasão era compreendida como o discurso político dirigido às multidões. Portanto, Hannah Arendt (2009) enfatiza que, talvez, o maior erro do filósofo foi dirigir-se aos seus julgadores utilizando o discurso filosófico, por isso afirma:

> O erro de Sócrates foi ter se dirigido aos seus juízes de forma dialética, razão pela qual não foi capaz de persuadi-los. Como, por outro lado, ele respeitava as limitações inerentes à persuasão, sua verdade tornou-se uma opinião entre outras, ou seja, uma verdade sequer minimamente mais válida do que as não-verdades de seus juízes. Sócrates insistiu em debater a questão sobre todo tipo de coisas com cidadãos atenienses isolados e com seus discípulos; acreditava poder assim chegar a alguma verdade e persuadir os outros de sua validade. Mas a persuasão não provém da verdade; provém das opiniões; e somente a persuasão considera e sabe lidar com a multidão (ARENDT, 2009, pg. 54).

Todavia, apresenta-se um paradoxo no que tange a relação apresentada entre a política e a filosofia com o externo preconceito à figura do filósofo que, naquela época, já era ridicularizado por seus concidadãos. Hannah Arendt até cita lembrança de Tales que foi motivo de risadas de uma garota pelo fato de ter tropeçado e caído ao contemplar as nuvens. O que chama atenção é que, apesar de um aparente erro de Sócrates ao ter se dirigido à multidão com um discurso dialético, o mesmo foi indiciado por razões puramente políticas; e quem, novamente, esclarece sobre o assunto é Hannah (2009), que explica:

> O que na *República* aparece como uma discussão estritamente filosófica foi inspirado por uma experiência exclusivamente política – o julgamento e morte de Sócrates – e não foi Platão, mas Sócrates, o primeiro filósofo a ultrapassar a linha demarcada pela polis para o *sophos*, o homem que se ocupa das coisas eternas, não humanas e não políticas. A tragédia da morte e Sócrates repousa sobre um mal-entendido: a polis não entendeu que Sócrates não julgava ser um *sophos*, um homem sábio. Por duvidar que a sabedoria fosse para os mortais, ele percebeu a ironia do oráculo de Delfos,

> que dizia ser ele o mais sábio dos homens: o homem que sabe que os homens não podem ser sábios é o mais sábio dentre todos. A polis não lhe deu ouvidos e exigiu-lhe admitir que era, como todos os *sophoi*, politicamente um inútil, como filósofo, porém, ele de fato nada tinha a ensinar aos seus concidadãos" (ARENDT, 2009, pg. 52).

Dessa forma, na concepção filosófica de política, a democracia se faz presente quando existe um processo dialético de conversão de interesses na gestão da coisa pública. Processo este que não pode ser influenciado pela persuasão política não voltada ao auto-conhecimento. Por conseqüência, e aí a última indagação feita, esta democracia também pode ser externada através de uma política-programa (*policy*), mas isto requer a compreensão (ou, pré-compreensão) de que os Estados Modernos são, ou, tem a expectativa de serem, Democráticos com fundamento na proteção dos direitos pela norma jurídica. Portanto, entregam parcela de seu Poder Soberano para representantes políticos que defendem seus interesses, ou os valores que devem ser protegidos dentro da norma; que executam as políticas-progamas estabelecidas na Constituição e; que resolvem os conflitos de direito aplicando a norma jurídica ao caso concreto[6].

Dessa forma, em uma afirmação pré-conclusiva, é possível perceber que a Democracia, ou o ideal Democrático, tem uma abrangência em quase todos os setores da vivência mundana; passando desde às formas de como se governa, gere e como se aplica os interesses públicos na prática, até como se garante a participação e a representação política no próprio valor que deve ser defendido pela norma jurídica, ou pela aplicação desta norma no caso concreto. De todo modo, uma questão insurge deste argumento aqui sustentado: se a Democracia trata de um governo aberto com participação e representação política de todos os cidadãos, como garantir a igualdade na participação deste processo (dialético) democrático?

Bem, tangenciando-se esta discussão para o que é o objeto principal deste trabalho, a concepção de que a democracia é um processo que encontra guarida na formação da norma jurídica, a fundamentalização do acesso à água é processo afeto porque trata de dois aspectos democráticos: 1) a proteção do valor fundamental no interesse a ser protegido (democraticamente) pela norma jurídica; e 2) o desenvolvimento do acesso de forma democrática e igual a todos os cidadãos.

No que tange ao primeiro aspecto, resta provada a teoria da fundamentalidade do acesso à água, restando apenas implementar-se a prática da igualdade como requisito para materialização da

6 Neste último caso a representação é competência conferida pela Constituição Federal através da Assembléia Constituinte, ou seja, representante do povo e da vontade constitucional de 1988. Apesar de várias críticas a respeito desta representação política, acredita-se que o Magistrado sempre representa a vontade da Comarca que preside porque utiliza de suas pré-concepções pessoais para conhecer o sentido dos valores que defende, portanto, estando sempre ligado à realidade local para julgar. De todo modo, é importante relembrar que a possibilidade defendida tem duas conseqüências: ou o Juiz de fato utiliza o circulo hermenêutico para a construção e representação, trazendo, dessa forma, um cunho dialético à aplicação do Direito; ou, o Juiz deixa que suas pré-concepções esgotem as possibilidades de produção de sentido e compreensão acerca destes valores postulando "verdades" exclusivamente político persuasivas o que gera um *defict* democrático nas decisões que profere.

democracia, ou seja, um acesso que seja de fato democrático. Neste sentido é que se adotam as anotações de Jhon Rawls (1971) e Ronald Dworkin (2002) na questão da igualdade como parte do conceito de Justiça e como virtude soberana do Estado.

Não muito diferente do que já foi afirmado em algum lugar alhures, Rawls (1971) acredita que as liberdades de igualdade devem ser protegidas pela norma jurídica e não devem ser sujeitas de forma alguma às barganhas políticas ou ao interesse (negativo-persuasivo) social (quando pessoal), por isso afirma "*Therefore in a just society the liberties of equal citizenship are taken as settled; the rights secure by justice are not subject to political bargaining or to the calculus of social interests*" (RAWLS, 1971, p. 04). Existe, portanto, uma construção lógica baseada na suposição de que a lei objetiva sempre o "bem" (num sentido geral). Portanto, é presumido que no desenvolvimento social existe uma diferenciação de atores e quem a lei vincula a conduta de alguns para que estes procedam como se fossem iguais; tentando, dessa forma, acabar com a diferença existente entre os cidadãos.

Rawls argumenta que existem, por trás da norma jurídica, Princípios da Justiça Social e são justamente estes princípios que "*provide a way of assigning rights and duties in the basic institutions of society and they define the appropriate distribution of the benefits and burdens of social cooperation*" (RAWLS, 1971, p. 04). Ou seja, através dos Princípios da Justiça Social de Rawls, o Estado consegue garantir direitos e distribuir obrigações, tanto para os particulares como para o ente público. Ao fazer isso, na verdade, o Estado está definindo a apropriada distribuição de benefícios e ônus da própria cooperação social, um caminho para a igualdade (justa).

Ao fazer isto, recai-se sobre uma nova pergunta, o que se entende por Justiça Social? Não existe uma concordância geral acerca do conceito de Justiça, mas Rawls (1971) excluí alguns desenvolvimentos desta discussão porque não são o objeto principal de seu estudo. Todavia, remete a idéia de que sua Teoria da Justiça seria, na verdade, uma releitura do Contrato Social (Rousseau), ele argumenta que ninguém sabe sua parte/função no estado das relações sociais (como estado de natureza), portanto, ninguém possuí "*advantage or disadvantage on the choice of principles (of justice), by the outcome of natural chance or the contingency of social circumstances*" (RAWLS, 1971, p. 12). Melhor dizendo, no estado (como situação) decorrente do contrato social, todos têm as mesmas possibilidades e ferramentas para garantir sua igualdade, mas é o resultado desta escolha natural ou a contingência das circunstancias sociais na escolha dos princípios da Justiça Social que vai causar a desigualdade/igualdade.

A idéia que se presume é que os Princípios da Justiça são naturalmente justos (*fair*). Eles objetivam a um senso comum de que a sociedade possuí um objetivo racionalmente estabelecido, como o "bem comum", cuja definição pode ser simplificada como o conjunto de todas as possibilidades que consigam garantir o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

Justamente, neste sentido, é a conclusão de Rawls de que "*Justice works as Fairness*", traduzindo para o português, a Justiça trabalha/age como Equidade, ou seja, tentando igualar as opções e oportunidades dos atores sociais. Se se traduzir ao "ao pé da letra", para o português os termos "*Justice*" e "*Fair*" são sinônimos de Justiça, mas Rawls as descreve como termo geral de uma teoria, ou uma ideologia; e como a concreção prática dos princípios desta teoria que seria o estado de igualdade através da teoria da justiça, portanto, de equidade.

O que se vai discutir, dessa forma, em Rawls (1971) é questão da escolha dos princípios da Justiça Social, nas condições iniciais. Percebe-se que, tais princípios, são garantidos pelas regras de uma sociedade e são aplicados na pratica pelos Juízes como valores de uma construção da tradição das Cortes. Logo, eles estão, todos os dias, sob construção e constituem clausulas de abertura no sistema jurídico. A conclusão de Rawls (1971), neste sentido, é demonstrada em dois argumentos/problemas que são assim estipulados: "*1) an interpretation of the initial situation and the problem of choice posted there, and 2) a set of principles which, it is argued, would be agreed to*" (RAWLS, 1971, p. 15). Por isto que ele defende a existência de dois princípios básicos de Justiça, descritos como: a) toda pessoa tem um direito igual ao número mais extensivo de liberdades básicas que são compatíveis à liberdades similares dos outros (concidadãos) e; b) as desigualdades sociais e econômicas devem ser arrumadas para que sejam ambas b1) razoavelmente expectadas como sendo vantagem para todos, e b2) vinculadas à posições oficiais abertas para todos (RAWLS, 1971, pg. 60).

De acordo com o primeiro argumento é possível considerar o acesso à água como bem de uso social elevado a categoria de Direito Fundamental. Neste ponto a proteção ao acesso é tratada pelo aspecto de liberdade na escolha dos princípios que a garante, de forma igual a todos os interessados. Já de acordo com o segundo argumento, a água seria tratada como bem de valor econômico, no caso pela diferenciação das classes e pelas possibilidades de acesso ao serviço de tratamento, gestão e uso desta água. Justamente esta diferenciação que deve ser adequada ao modelo proposto por Rawls de ser razoavelmente expectada para servir como vantagem (ou bem) para todos e atrelada à posições oficiais (no Governo), também abertas para todos.

No Brasil esta discussão pode ser travada da seguinte forma: existem leis que garantem os instrumentos necessários para que o cidadão postule um princípio de equidade no acesso à água? De fato, que, neste ponto, a doutrina pátria fornece dois instrumentos genéricos para assegurar a igualdade no acesso à água através do Mandado de Segurança (em que se postula um direito líquido[7] e certo) e através da Ação Civil Pública (na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos). Estes instrumentos são capazes de harmonizar o acesso à água de forma

7 Relembrando-se que a idéia de liquidez e certeza está vinculada à garantia clara conferida pela Norma Jurídica (tanto nas Regras como nos Princípios).

igualitária, mas referem à materialização deste direito através de uma decisão judicial, ou um processo de ponderação principiológica.

Ainda, há que se destacar que os Princípios da Justiça Social de Rawls tratam de fórmulas gerais que são aplicadas na estrutura básica da sociedade com a finalidade precípua de trazer Justiça através da Equidade. Fazendo uma Releitura deste autor/referência, Dworkin (2002) vai descrever o que considera dois tipos de Igualdade como ideais políticos: a Igualdade do bem-estar[8] e a Igualdade de Recursos. Quanto ao primeiro tipo, ele define como sendo uma teoria na qual existe um esquema de distribuição que trata as pessoas como iguais quando distribui ou transfere recursos, até que eles experimentem um Estado de bem-estar. Neste momento, não haveria nenhuma transferência que pudesse deixar as pessoais mais ou menos iguais (DWORKIN, 2002, pg. 12).

Já o segundo tipo de Igualdade (a de recursos), significa, na verdade, dizer que a transferência de recursos precisa ser feita no intuito de transformar as pessoais em iguais, ou o mais iguais o quanto for possível. Neste esquema a transferência seria a última *ratio*, a derradeira possibilidade (DWORKIN, 2002, pg. 12). De fato, realizando um corte epistemológico, o trabalho opta por tratar a teoria da Igualdade de Recursos por ser a que mais interessa para a construção da idéia aqui sustentada; da necessidade de garantia de um acesso igualitário à água como Direito Fundamental, desde já, corroborando com esta afirmação, Dworkin destaca que tal igualdade deve ser considerada como uma questão de igualdade em qualquer recurso que seja possuído privativamente (ou de forma privada) por indivíduos (DWORKIN, 2002, pg. 65).

Segundo ele, a Virtude Soberana de uma sociedade política é medida pela sua capacidade de igualar as relações sociais. Igualdade esta não apenas como um valor contido na defesa da liberdade, mas, principalmente em referências aos recursos disponíveis a cada cidadão. Mas a utilização destes recursos é intimamente ligada com os princípios da escolha e da responsabilidade. Mais a frente ele vai destacar pontos interessantes acerca da idéia de um mercado de bens construído através da teoria político-econômica a partir do Século XVIII. Como decorrência deste argumento, encontra-se a possibilidade de que o Estado, ou, o cidadão, postule a defesa de um suposto princípio que seria corolário com o da liberdade, mas que de fato, afasta-se da igualdade. Ao mesmo tempo, todas as trocas, permutas e transferências acontecem dentro do espectro econômico, observando a extrema necessidade de se considerar o mercado como "*Center of any attractive theoretical development of equality of resources*" (DWORKIN, 2002, pg. 66).

8

Dworkin é bastante descritivo na explanação da Igualdade de bem-estar, chegando até a afirmar que existe um impulso natural pela escolha deste tipo de igualdade em choque com a outra. Ele explica algumas correntes (de sucesso, as de estado-consciente e as teorias objetivas) que são criticadas pelo seu subjetivismo, como é o exemplo da das preferências políticas *vs* as preferências impessoais; a do *pleasure over pain* (o prazer ao invés da dor) adequando esta concepção a sua compreensão como *enjoyment over dissatisfaction*. Até mesmo a que denomina de objetiva, trata de uma tentativa de diminuição da subjetividade do sentir o bem-estar, por isto mesmo vai derivar diversos outros pontos de chegada, como as deficiências, os gostos caros, etc.

Este, mercado, na verdade constituí uma ferramenta de correção de desigualdade decorrente das escolhas individuais de cada cidadão. Ao mesmo tempo, ele demonstra que esta diferenciação não pode ser fruto daquilo que ele denomina como talento natural, mas sim reflexo da contingência da escolha do cidadão. Dessa forma, para Dworkin (2002) a Igualdade de Recursos deve obedecer a uma possibilidade de que se forneça condições iniciais a todos os cidadãos para que possam escolher com responsabilidade o destino dos recursos que lhe forem dados, a isto ele denomina de "*Auction*", ou Leilão.

Neste sentido, imagine-se o seguinte: um determinado grupo de pessoas, constrito a um território delimitado, garante a posse de recursos privados a todos aqueles que possuíam alguma coisa; aqueles que não possuíam nada, é garantido o mínimo para sua subsistência. De acordo com Dworkin, o "*envy test*", ou o teste de inveja, poderia comprovar o desejo daqueles que pouco tem, chegaram a um patamar que não desejem ter mais nada, o que ensejaria a uma tentativa de igualação destas pessoas (com poucos recursos) através de políticas públicas direcionadas a igualação. De outro lado, este mesmo grupo, reconhece que existe a necessidade de proteger bens que não podem ser conscritos a esfera da posse privada de somente um, ou, uns indivíduos; são bens de todos, portanto públicos.

Se se tratar a água pela primeira hipótese, como recurso privado é possível (e necessário) reconhecer que não somente o mero acesso que é capaz de garantir o livre desenvolvimento de todas as possibilidades da pessoa humana; não. Afinal de contas, na vida do homem comum, para que serve a água do oceano ainda não des-salinizada? Para que serve a água não-potável? De fato, estes processos que movimentam um determinado ramo do mercado, não podem desigualar o acesso a água apropriada para o devido consumo humano, devendo-se considerar a efetividade deste Direito Fundamental a partir da premissa de que o efeito da expectativa normativa não é somente coercitivo, mas, também vinculante.

Não muito obstante é a resposta ao problema da segunda hipótese. Todavia, o destinatário da questão é quem é diferente, pois se trata do Estado enquanto ente político; quais medidas ele tem tomado para fornecer o acesso à água (como bem de valor econômico) de forma igual? Dworkin, faz uma ponderação, um tanto quanto, relevante porque relembra que "*someone who has power to influence public decisions about the equality of the air he or she breathes, for example, is richer than someone who does not*" (DWORKIN, 2002, pg. 65). Dessa forma, a compreensão sobre os recursos em sua obra deve ir muito além dos objetos perceptíveis na esfera do mercado e da economia; devendo chegar-se até aos motivos políticos que justificam a adoção daquele valor como relevante, ou, daquele representante que disse ser do interesse da população aquela defesa.

Conclusões.

À guisa de conclusão podemos aferir as seguintes assertivas:

- A formação das teses tradicionais de controle ou fiscalização constitucional se formam a partir de paradigmas diferentes:
  - O Modelo Norte Americano que procura trazer uma maior democratização e um apelo democrático para a fiscalização constitucional na medida em que qualquer Juiz pode reconhecer a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo no caso concreto (sem se esquecer, da uniformização do pensamento jurisprudencial feita pela Suprema Corte);
  - O Modelo Austríaco se forma sobre a premissa de Segurança Jurídica a partir da re-estruturação dos Poderes feita por Kelsen, com a criação de um órgão Legislador negativo único competente para avaliar a constitucionalidade das leis ou ato normativos através de ação especial, o Tribunal Constitucional, consequentemente, somente pessoas legitimadas podem propor a ação especial.
- O Brasil adota um sistema misto de Jurisdição Constitucional admitindo tanto controle preventivo como controle repressivo, e, neste último, admitindo tanto o controle difuso quanto o concentrado.
- Um dos efeitos dessa adoção é o fato de que, paulatinamente, o Supremo Tribunal Federal passa a concentrar poder político através da competência jurisdicional tanto em sede de controle difuso quanto em sede de controle concentrado.
- Neste diapasão, os feixes de interesses sociais de uma sociedade plural sentem um choque de representatividade na medida em que os motivos e premissas da argumentação jurídica das decisões do Supremo começam a refletir nas maiorias e minorias do contexto social brasileiro.
- Uma teoria da Igualdade coerente deve influenciar positivamente a perspectiva dos princípios sociais que envolvem uma decisão consciente das necessidades de um povo, através do paradigma da autonomia em Kant são Rawls e Dworkin quem conseguem ganhos produtivos e objetivos para a questão da discussão da filosofia política na modernidade.
- Através de uma teoria dos princípios e através das metáforas de Dworkin sobre mercado, leilão e seguro, podemos perceber o quão distante está a prática decisionista do Supremo Tribunal de assegurar uma representatividade (no ato do exercício do Direito de Ação em sede de Controle de Constitucionalidade) igualitária dentro da Jurisprudência.

Referências.

ARENDT, Hannah. **A Promessa da Política**. 2ª Ed. Organização: Jerome Kohn; Tradução: Pedro Jorgensen Jr.; Rio de Janeiro: DIFEL. 2009.

BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz. **Jurisdição Constitucional – entre constitucionalismo e democracia**. 1ª Ed. Editora Fórum. Belo Horizonte – MG. 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 9ª Edição, atualizada. Editora Renovar. Rio de Janeiro – RJ. 2009.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm > Acesso em: 26.08.2011.

_____, **Emenda Constitucional n. 45 de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm > Acesso em: 26.08.2011.

_____, **Lei n. 9.868 de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm > Acesso em: 26.08.2011.

_____, **Lei n. 9.882 de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm> Acesso em: 26.08.2011.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Relator Gilmar Mendes**. ADPF n. 33-5 PA, 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> Acesso em: 26.08.2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Edição. 9ª Reimpressão. Edições Almedina. Coimbra-Portugal. 2003.

CAPELLETTI, Mauro. ***Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional*** *in* ***Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales***. *Coleccion <<Estudios Constitucionales>> Edictora do Centro de Estudos Constitucionales de Madrid. 1984*. Pág. 602.

CAPRA, Fritjof. **O Ponto de Mutação – a ciência a sociedade e a cultura emergente**. Editora Cultrix. 1987.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 30ª Ed. Saraiva. São Paulo – SP. 2011.

DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo – Introdução ao Direito Processual Constitucional**. Volume I. Editora Juruá. Curitiba. 2003.

_____. **Teoria do Estado Contemporâneo**. 1ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro – RJ. 2008.

DWORKIN, Ronald. **The Sovereign Virtue – The Theory and Practice of Equality**. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. London, England. 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado, 7ª Ed. Marins Fontes, São Paulo-SP. 2006.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. 3º Edição, 2º Tiragem. Editora Martin Fontes. São Paulo – SP. 2000.

_____. **Jurisdição Constitucional**. Com nota de Carré de Malberg e o debate ocorrido na sessão de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público. Introdução de Sérgio Sérvulo Corrêa. Tradução Alexandre Krug. Editora Martins Fontes. São Paulo-SP. 2003.

LUHMANN, Niklas. **Poder**. Tradução de Martine Creusoul de Rezende Martins. Editora da Universidade de Brasília. Brasília. 1985.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JOY, John. **Os Artigos Federalistas – 1787-1788**. Edição Integral. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Editora Nova Fronteira. 2005.

MARSHALL, Jhon. Marbury VS Madison. **Voto do Cheif Justice**. 1803. Disponível em: < http://supreme.justia.com/us/5/137/case.html > Acesso em: 10.04.2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1981, v. 2

RAWLS, Jhon. **A Theory of Justice**. Original Edition. Reprinted. The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge, Massachusetts, London, England. 1971.

SANTOS, Milton. **Por uma Outra Globalização – Do Pensamento Único à Consciência Universal**. 6ª Ed. Editora Record. Rio de Janeiro. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgan. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9ª Ed. Revista, atualizada e ampliada. Livraria do Advogado. Porto Alegre 2007.