
A&C

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

 **Editora Fórum**

ISSN 1516-3210

| | | | | | |
|--|----------------|--------|-------|----------|----------------|
| A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional | Belo Horizonte | ano 11 | n. 46 | p. 1-230 | out./dez. 2011 |
|--|----------------|--------|-------|----------|----------------|

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEUFELIPE
BACELLAR

© 2011 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisão: Lourdes Nascimento
Luiz Fernando de Andrada Pacheco
Patrícia Falcão
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região
Projeto gráfico: Luiz Alberto Pimenta
Diagramação: Deborah Alves

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

| | |
|------|---|
| A246 | A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003. |
| | Trimestral ISSN 1516-3210 |
| | Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba |
| | 1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum. |
| | CDD: 342 CDU: 342.9 |

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Ana Cláudia Finger
Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

| | |
|---|--|
| Adilson Abreu Dallari (PUC-SP) | José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia) |
| Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar) | Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai) |
| Alice Gonzalez Borges (UFBA) | Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) |
| Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP) | Juarez Freitas (UFRGS) |
| Carlos Ayres Britto (UFSE) | Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai) |
| Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai) | Marçal Justen Filho (UFPR) |
| Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas) | Marcelo Figueiredo (PUC-SP) |
| Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar) | Márcio Cammarosano (PUC-SP) |
| Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP) | Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA) |
| Clèmerson Merlin Clève (UFPR) | Nelson Figueiredo (UFG) |
| Clovis Beznos (PUC-SP) | Odilon Borges Junior (UFES) |
| Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar) | Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina) |
| Emerson Gabardo (UFPR) | Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA) |
| Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile) | Paulo Henrique Blasi (UFSC) |
| Eros Roberto Grau (USP) | Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG) |
| Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) | Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR) |
| Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha) | Rogério Gesta Leal (UNISC) |
| José Carlos Abraão (UEL) | Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile) |
| José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP) | Sergio Ferraz (PUC-Rio) |
| José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina) | Valmir Pontes Filho (UFCE) |
| | Weida Zancaner (PUC-SP) |
| | Yara Stroppa (PUC-SP) |

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

A jurisdição constitucional e os direitos fundamentais: uma análise em torno do direito ao desenvolvimento*

Edilson Pereira Nobre Júnior

Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte e da Faculdade Estácio do Recife. Mestre e Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Desembargador do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Resumo: O Estado Constitucional exige para sua caracterização o respeito à Constituição como lei fundamental, sendo a jurisdição constitucional, na atualidade, o instrumento para alcançar esse objetivo. Cumpre à jurisdição constitucional proteger os direitos fundamentais, inclusive os de terceira dimensão, como é o caso do direito ao desenvolvimento. A proteção deste é realizada mediante a limitação da liberdade de conformação do legislador quanto aos objetivos e proibições impostas à elaboração das respectivas políticas públicas e, principalmente, mediante a garantia do respeito aos direitos e liberdades fundamentais conexas ao direito ao desenvolvimento.

Palavras-chave: Estado Constitucional. Jurisdição constitucional. Direitos fundamentais. Direito ao desenvolvimento.

Sumário: 1 Nos quadrantes do Estado Constitucional – 2 Jurisdição constitucional versus direitos fundamentais – 3 Do direito ao desenvolvimento – 4 Direito ao desenvolvimento versus jurisdição constitucional – Referências

1 Nos quadrantes do Estado Constitucional

No limiar do surgimento da Idade Moderna, e como resultante das guerras religiosas e das disputas entre monarquia e nobreza, emergiu o Estado absoluto, a gravitar em torno do fortalecimento do poder régio.¹

Isso, contudo, não impediu o desenrolar, a título de reação, de movimento voltado à busca da limitação do poder. A sua base inicial e decisiva partiu do pressuposto de que, no conjunto das leis, algumas haveriam de se distinguir das demais pelo modo de sua elaboração e, por isso, ostentavam superioridade quanto àquelas.

* Ainda se conservando inédito, o escrito condensa exposição do autor no dia 30 de setembro de 2011, durante o III Congresso Paraibano de Direito Econômico, realizado sob os auspícios da Universidade Federal da Paraíba. Fazendo justiça, o evento prestou homenagem ao mestre, lusitano de nascimento, mas brasileiro por identificação telúrica, José Joaquim Gomes Canotilho, formulador infatigável dos novos rumos do Direito Constitucional. Fica registrado o agradecimento pelo honroso convite formulado à minha pessoa pelos Professores Glauber Lucena e Waleska Vasconcelos.

A expressão *pouvoir absolu*, no dizer de Peter Burke (*A fabricação do rei*. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 52), era utilizada em termos negativos, como um poder sem limites (*sans contrôle, sans restriction, sans condition, sans réserve*), tendo como exemplo significativo Luís XIV, o qual era denominado como monarca absoluto por estar acima das leis de seu reino, muito embora estivesse sob a regência da lei divina.

Com isso, pretendia-se estabelecer suporte jurídico para a observância pela autoridade estatal e, ao mesmo tempo, garantir-se uma esfera de liberdade ao cidadão, o qual passaria a integrar sociedade dirigida por leis e não pelos homens.

Foi essa crença que resultou numa mudança de curso histórico, a partir da rebeldia pioneira dos ingleses contra os poderes que se supunham ilimitados da monarquia, cabendo realce ao *Agreement of the people* (1649) e ao *Instrument of government* (1653), este último promulgado sob o governo de Cromwell e que é apontado como o exemplar inicial das constituições escritas.² Afastada a ironia que, à primeira vista, se pode supor, considerando a estrutura peculiar que ostenta a Constituição dos britânicos, tais documentos tinham o mérito de reservar em favor da nação alguns direitos intangíveis pela Coroa e pelo Parlamento.

O exemplo não permaneceu isolado. Visando ao combate à onipotência do Parlamento inglês — que, a despeito de garantir a liberdade dos indivíduos da metrópole, mostrou-se opressor aos colonos da América do Norte — a Revolução Americana, que culminou com a promulgação da Constituição da União de 1787, louvou-se na concepção de que, somente com a promulgação de dita lei, de natureza suprema, poder-se-ia definir os limites e funções do governo. E, para tanto, procurou fazer que a vontade do povo preponderasse sobre a de seus representantes.

Culminando o ciclo básico dos movimentos constitucionalistas, veio a Revolução Francesa, à busca da abolição dos direitos (*rectius*, privilégios) emanados do regime feudal, tendo como consequência a ascensão burguesa. Esta se movia com vistas ao estabelecimento da igualdade, permitindo à burguesia o acesso às funções públicas diretivas, as quais eram privativas da nobreza e do clero, sem contar com o injusto regime fiscal então vigente. Outro objetivo foi o desejo de conquista duma esfera de liberdade contra as intervenções arbitrárias do poder político sobre as suas atividades e a sua propriedade.

Enfim, perseguiram os franceses, da mesma forma, mas ao modo de suas peculiares necessidades, a implantação de um governo de leis.

² Para Carlos S. Fayat (*Derecho político*. 7. ed. Buenos Aires: Depalma, 1988. t. II, p. 12), o *Instrument of government* foi não somente a única constituição escrita que possuiu a Inglaterra, representando o marco inicial do modelo, mas igualmente serviu de protótipo para a Constituição dos Estados Unidos de 1787. Por sua vez, Jorge de Miranda (*Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. p. 31, nota 32) afirma que referido documento talvez tenha sido a primeira constituição no sentido moderno.

Daí se teve o surgimento do Estado de Direito, o qual vem passando por mutações. Consoante García-Pelayo,³ a ideia e o conceito de tal modalidade estatal, no seu evoluir, não dispensa uma alusão a três etapas principais.

Num resumo, pode-se afirmar que a primeira delas se orientou como manifestação dirigida em oposição às representações políticas do absolutismo e do Estado de polícia. Um dos seus componentes centrais recaiu na lei, considerada como expressão da racionalidade e fiadora da liberdade tanto pelos princípios e critérios que a inspiram como pelo modo de sua formação. Em seguida, numa segunda fase, compreendida entre a segunda metade do século XIX e a Segunda Guerra Mundial, o Estado de Direito, em articulando as tensões entre Parlamento e monarca, passou a designar uma ordem de relações entre a lei, a Administração e o cidadão. Na fase que ora se vivencia, o padrão em comento passa, num primeiro instante, a ser definido a partir da ordem constitucional vigente e, sob uma segunda ótica, com respeito à consideração da Constituição como norma fundamental e que, portanto, vincula os poderes públicos, inclusive o Parlamento, exigindo, para tornar certa a sua primazia, o mecanismo jurisdicional específico para a verificação da compatibilidade dos atos daqueles.

O último dos estádios é o que se convencionou denominar de Estado Constitucional, o qual, obviamente, não se caracteriza pelo só fato de se possuir uma Constituição.

A alusão a Estado Constitucional — salienta Josep Aguiló⁴ — presuppõe um sistema jurídico-político que reúna algumas características. A primeira delas requer a existência de Constituição rígida, ou seja, que se diferencie das leis ordinárias. Isso implica aceitar-se que o regime jurídico das normas constitucionais é diverso e superior ao reservado às leis.

Noutro ponto, afigura-se necessário que a mencionada Constituição responda às pretensões normativas do constitucionalismo político, qual seja a limitação do poder político e a garantia dos direitos. Não é bastante que propicie o exercício institucionalizado do poder político, mas sim que este se guie mediante certos valores e fins.

Em complemento, exige-se que a Constituição formal deva ser respeitada e praticada como se contivesse o conjunto de normas fundamentais

³ El "status" del Tribunal Constitucional. Revista Española de Derecho Constitucional, v. 1, n. 1, p. 16-18, jan./abr. 1981.

⁴ La Constitución del Estado Constitucional. Lima-Bogotá: Temis, 2004. p. 51-53.

de um sistema político e jurídico. Quer dizer, não é suficiente possuir uma Constituição, mas, diversamente, faz-se preciso que se viva em Constituição. Daí constituir preocupação dos constitucionalistas em distinguir entre as Constituições formais que se cumprem ou não.⁵

Diante disso, é de granjear atenção a imprescindibilidade de se disciplinar a tutela dos valores e fins da Constituição formal, porquanto são eles que, em suma, cumprem a missão de limitar juridicamente a ação do poder político e econômico.

A análise do tema avançará no tópico seguinte.

2 Jurisdição constitucional versus direitos fundamentais

Conforme delineado acima, o Estado Constitucional reclama a existência de Constituição que consagre valores e princípios que venham a ser vivenciados pela comunidade.

Essa realidade não prescinde de mecanismos que assegurem a continuidade de ditos valores e princípios, o que faz emergir preocupações com instituições nucleares da ordem magna.

Desse modo, não custa avivar-se que a limitação do poder configura a finalidade por excelência do constitucionalismo, de sorte que o Estado Constitucional, não mais se resumindo ao mero fato do corpo político regado, tem de albergar um conteúdo material básico, a consistir num sistema de direitos fundamentais.

Além disso, não olvidar que, nos dias atuais, uma Constituição, por ser a lei fundamental do Estado e da sociedade, não poderá se desvincular duma posição de supremacia perante os atos governamentais e dos atores sociais. Essa posição de superioridade pressupõe seja assegurado o respeito aos seus princípios e valores.

Os movimentos a esse respeito de há muito deixaram de se contentar com a previsão de regime material em favor dos direitos fundamentais que proporcionem a sua imunidade contra as investidas do poder constituinte reformador, como é possível vislumbrar do texto das mais recentes constituições.⁶

⁵ Nunca é demais lembrar classificação das Constituições elaborada por Karl Loewenstein (Teoría de la constitución. Barcelona: Ariel, 1962. p. 216-222. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte) sob critério ontológico. O autor enumera as seguintes modalidades de Constituição, a saber: a) normativa, que se notabiliza pela concordância das suas normas com a realidade de processo de poder; b) nominal, a qual, não obstante a sua validade jurídica, ainda não alcançou, na dinâmica do processo político, a adaptação de suas normas à realidade existente; c) semântica, caracterizada por não servir como instrumento de limitação do poder, atuando, contrariamente, como meio para eternizar no poder determinado grupo político.

⁶ Por exemplo, a Lei Fundamental de Bonn, no seu art. 79.3, declara ser inadmissível proposta de emenda que chegue a afetar os direitos fundamentais listados nos seus arts. 1º a 20. A Constituição da República Portuguesa,

A crença prevalecente se manifesta, assim, pela confiança depositada na atuação dos tribunais para afirmar a preponderância da constituição, o que encontra — mais uma vez é possível que se sustente — singular realce no plano da tutela dos direitos fundamentais.

Tanto é assim que não falta quem sustente que a conservação da vontade popular, como titular do poder constituinte originário, e, portanto, como superior à vontade dos seus representantes, passa a configurar o primeiro e mais importante direito dos cidadãos no âmbito do Estado de Direito.

A pena de Allan R. Brewer-Carías⁷ assoma explícita em acentuar que a evolução progressiva da justiça constitucional, quer quando investe em favor da proteção da parte orgânica da constituição, ou quando se projeta na defesa de sua parte dogmática (direitos e liberdades), retrata, na verdade, uma manifestação garantidora do direito do cidadão ao respeito à supremacia constitucional.

Esse direito fundamental ao controle de constitucionalidade, que se concretiza tanto nos sistemas que perfilham o modelo concentrado quanto o modelo difuso, implica uma ampla competência dos juízes para assegurar uma posição de preponderância da Constituição, tendo como conatural consequência o reconhecimento da invalidade dos atos que lhe são contrários, com o restabelecimento dos direitos fundamentais atingidos.

A afirmação, cada vez mais crescente, da jurisdição como guardiã da Lei Fundamental, fez resultar, em favor das populações dos Estados democráticos, a substituição do direito de resistência às violações de direitos fundamentais, pela escolha de um órgão, estranho ao conflito e imparcial.⁸

no seu art. 288º, alíneas d e e, prevê que as leis de revisão deverão respeitar os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, bem como os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais. O mesmo sucede nestas plagas ao depois da Constituição de 1988 (art. 60, §4º, IV). Já a Constituição da Espanha, embora permita a revisão do Título Preliminar, do Capítulo I, Seção Primeira do Título I, submete-a a procedimento específico, mais complexo. O exemplo italiano se apresenta assaz interessante, pois, apesar de a Constituição de 1947 (art. 139) apenas imunizar à reforma de seu texto a forma republicana de governo, a Corte Constitucional (Sentenze 203/1989 e 366/1991) considera os direitos fundamentais a chave do sistema jurídico nascido com mencionado diploma, chegando ao ponto de convertê-los no núcleo dos princípios supremos excluídos do âmbito do poder constituinte derivado reformador.

⁷ Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado Democrático del Derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos. In: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (Coord.). Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público. Madrid: Dykinson-Constitucional, 2008. p. 765-767.

⁸ Tal prerrogativa, resultante da vontade popular, restou consignada na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (Seção III), de 16 de junho de 1776, para a qual os governos devem existir para o bem comum, a proteção e a segurança do povo, nação ou comunidade, de sorte que quando um governo se mostre inadequado ou contrário a estes fins, a maioria da comunidade tem o direito incontestável, inalienável e irrevogável de reformá-lo, modificá-lo ou o abolir, da maneira que for julgada a mais conducente à felicidade geral.

Daí que o relacionamento entre a jurisdição constitucional e os direitos fundamentais se apresenta com os coloridos tanto da contemporaneidade quanto do liame íntimo.

O próprio surgimento do controle de constitucionalidade veio conexo com a pretensão de respeito aos direitos invioláveis dos indivíduos. Klaus Stern,⁹ numa retrospectiva, aponta que, por volta da década de 1760, James Otis, advogado em Boston, em se insurgindo contra as injustas imposições tributárias advindas do Parlamento inglês que, ao defender comerciantes perante autoridades aduaneiras, fez surgir o uso do termo “inconstitucional”, sem contar que os tribunais estaduais norte-americanos, ao depois da independência, procederam ao exame de compatibilidade de atos legislativos frente às suas constituições, recém-promulgadas.

Os países sul-americanos, que receberam a influência do padrão americano, não ficaram alheios a esse fenômeno. Isso se viu na Argentina que, ainda no século XIX, teve a Suprema Corte de Justiça da Nação, com fundamento no direito de propriedade (art. 17 da Constituição de 1853), oportunidade de censurar a expropriação incidente sobre o patrimônio da Viúva de Elortondo, a qual foi promovida pela Municipalidade da Capital. O julgamento ocorreu em 14 de abril de 1888.¹⁰

Guardadas as condições políticas dominantes à época em nossa sociedade, o mesmo sucedeu no Brasil a partir da promulgação da Constituição de 1891 com o emprego do habeas corpus no âmbito do Supremo Tribunal Federal, para tutela da liberdade individual e outros direitos conexos.¹¹

A Europa que, pelas suas peculiaridades de cunho político, esteve, até o primeiro quartel da centúria passada, alheia a um maior contato com a jurisdição constitucional, a esta iniciou a devotar suas atenções, tão logo ultimada a Primeira Guerra Mundial, com a implantação do modelo de

⁹ Génesis y evolución del constitucionalismo americano-europeo: algunos comentarios sobre aspectos fundamentales. In: Jurisdicción constitucional y legislador. Madrid: Dykinson, 2009. p. 151-153. Tradução e notas de Alberto Oehling de los Reyes.

¹⁰ Uma descrição completa do julgado consta de Juan Vicente Sola (Control judicial de constitucionalidad. Buenos Aires: Abeledo; Perrot, 2001. p. 196-200). O mesmo não se pode dizer do aresto “Sojo”, no qual a Suprema Corte da Nação, em 22 de setembro de 1887, quando do julgamento de habeas corpus impetrado por D. Eduardo Sojo, redator do periódico Don Quixote, não conheceu do pedido, alegando, em similitude com a orientação do Marbury vs. Madison, que era taxativa a sua competência originária, de acordo com o art. 101 da Constituição da Nação, não podendo ser ampliada pelo invocado art. 20 da Ley de 14 de setembro de 1863. A descrição do julgamento está na obra citada (p. 193-195).

¹¹ Essa constatação foi alvo de nossa preocupação em escrito específico (Controle Judicial de Constitucionalidade: o contributo da Constituição de 1891. Revista Electrónica de Historia Constitucional, España, Universidad de Oviedo, p. 297-320, n. 11, 2010).

fiscalização abstrata e concentrada, o qual teve lugar na Áustria (1920), com a criação de tribunal constitucional, tributada ao engenho de Kelsen, exemplo seguido pela Espanha, cuja Constituição de 1931 criou o Tribunal de Garantias Constitucionais. Tais experiências, a despeito da necessidade de sua rememoração, tiveram duração efêmera diante do clima político que, de forma implacável, obscurecia toda e qualquer tentativa de afirmação do constitucionalismo.

Passada a barbárie que adentrou a ribalta da Segunda Conflagração Mundial, reavivou-se, com força inelutável, a ideia semeada por Kelsen, com a criação de tribunais constitucionais perante o continente europeu, a qual, progressivamente ao desaparecimento de governos ditatoriais, expandiu-se novamente em direção à América Latina, aos países do extinto bloco soviético e à África, devendo-se salientar que tal ocorreu não somente com a instituição de cortes constitucionais, mas também com o fortalecimento da atividade controladora de tribunais comuns com competência para examinar questões constitucionais.

A força motriz para tanto se centrou, primacialmente, na necessidade de tutela dos direitos fundamentais, o que foi capaz de sensibilizar sistemas jurídicos que, tradicionalmente, opunham-se à aceitação da justiça constitucional.

Foi justamente a situação ostentada pelo sistema jurídico britânico até a instituição, por força do Human Rights Act de 1998, do instituto da declaração de incompatibilidade, e, recentemente, do modelo francês, o qual, a partir da Lei Constitucional nº 724/08 e da Lei Orgânica nº 1.523/09, passou a permitir o controle posterior de normas jurídicas, mediante a instituição da questão prioritária de constitucionalidade, sendo de destacar que, em ambas as situações, tal se justificou para a finalidade de garantia de direitos fundamentais.

Incontestável, assim, o prestígio de que desfrutam os direitos fundamentais, justamente com o propósito de ensejar, pela atuação da jurisdição constitucional, a invalidade dos atos dos poderes públicos e dos particulares que atentem contra o seu conteúdo.¹²

¹² Esse prestígio é tamanho que nalguns sistemas, tais como o germânico (art. 93, 4º, da Lei Fundamental de Bonn de 1949) e o espanhol (art. 161, nº 1, alínea b, da Constituição de 1978), há previsão de mecanismos que possibilitam o acesso direto ao tribunal constitucional do respectivo titular de direito fundamental, que se considere diretamente afetado por ato do Poder Público quanto aos direitos fundamentais que o respectivo dispositivo regulador menciona. São eles o recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde) e o recurso de amparo. De acrescentar, a partir de observação de Giancarlo Rolla (Giudizio di legittimità costituzionale in via incidental e tutela dei diritti fondamentali. In: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (Coord.). Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público. Madrid: Dykinson-Constitucional,

Visto isso, passaremos, dentro do arcabouço dos direitos fundamentais, que cada vez vem sendo mais alargado com o passar do tempo, a lançar olhares na direção do direito ao desenvolvimento.

3 Do direito ao desenvolvimento

Um aspecto que não se pode obscurecer, em matéria de direitos fundamentais, é aquele — enfatizado por muitos autores, dentre os quais Bobbio¹³ —, no sentido de serem direitos históricos, uma vez nascidos de lutas em defesa de novas liberdades, surgidas como reação contra os correspondentes movimentos opressores. Por essa razão, o seu nascimento não se operou — e não vem se operando — duma só vez, mas sim de forma progressiva.

Desse modo, ao depois da afirmação dos direitos e garantias individuais, decorrentes da luta contra os soberanos absolutos e o regime feudal, e dos chamados direitos sociais, o fenômeno, que parece guardar proporções infinitas, vem propiciando o surgimento de nova dimensão de direitos que se acrescenta àqueles fundados na liberdade e na igualdade.

Dentre tais direitos, que se expressam, no dizer de Bonavides,¹⁴ com forte teor de humanismo, podem ser enumerados, ainda segundo o autor, os inerentes aos temas relacionados com o desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.¹⁵

No que concerne ao direito ao desenvolvimento, é possível mencionar que consta tanto de consagração em declarações jurídicas internacionais quanto, às expressas, de alguns ordenamentos constitucionais modernos.

2008. p. 924-926), que os tribunais constitucionais, com o fim de assegurar uma tutela satisfatória dos direitos fundamentais, têm atribuído relevância ao emprego de alguns institutos processuais, ou recorrido a singulares técnicas interpretativas. Podem ser destacados, dentre outros, os seguintes: a) a aceitação duma noção ampla de juiz e de órgão jurisdicional; b) o favorecimento da concretização do juízo de constitucionalidade mediante a questão de legitimidade constitucional, para cuja ativação traz para a autoridade suscitante o encargo de motivar a relevância da arguição, indagando à corte constitucional a invalidação não de uma norma que considera inconstitucional em abstrato, mas sim aquela que deve efetivamente aplicar no processo litigioso; c) o crescente recurso do juiz constitucional a uma atividade de instrução, o que lhe permite valorar melhor quais os verdadeiros termos da questão de constitucionalidade submetida, bem como os efeitos transcendentes que a decisão poderá acarretar para o ordenamento jurídico; d) a existência de um estreito liame de interdependência a unir o tribunal constitucional e o juízo comum.

¹³ A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5. reimpr. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 5-6.

¹⁴ Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1991. p. 481.

¹⁵ Para Valle Lavrada Rubio (Introducción a la teoría de los derechos humanos: fundamentos, historia: Declaración Universal de 10.XII.1948. Madrid: Civitas, 1998. p. 124) a necessidade duma terceira dimensão de direitos se justifica pelo seu caráter acentuadamente mais espiritual. Muito embora, observando-se a Constituição mexicana de 31 de janeiro de 1917 (art. 3º, I, a), que representou o marco pioneiro do constitucionalismo social, já se poderia antever com a necessidade de afirmação dos direitos sociais e econômicos o embrião do direito ao desenvolvimento, porquanto, a pretexto de se delimitar os contornos da concepção de democracia, vislumbrou-se não somente a necessidade duma estrutura jurídica e de um regime político, mas sim de um sistema de vida fundado na constante promoção econômica, social e cultural de um povo.

No plano internacional, merecem destaque os Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos e Sociais, ambos de 1966, e que mereceram adoção pela Assembleia Geral das Nações Unidas mediante a Resolução 2.200 – A.

Os dois textos, mediante o emprego de redação única, dispõem:

Artigo 1º – 1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. 2. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo e do Direito Internacional. Em caso algum poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência.¹⁶

Por exemplo, a Constituição italiana, no seu art. 3º, segunda parte, realça o dever da República em remover os obstáculos econômicos e sociais, os quais, em limitando, de fato, a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social.¹⁷

A mesma preocupação é encontrada no art. 7º, nº 3º, da Constituição da República Portuguesa, ao afirmar que Portugal reconhece o direito dos povos à autodeterminação, independência e ao desenvolvimento. Voltando-se ao plano interno, tem-se o art. 9º, alínea g, que, a pretexto de enunciar as tarefas fundamentais do Estado, aponta aquela que deverá consistir em promover o desenvolvimento harmonioso de todo o território nacional.

Por sua vez, a Constituição espanhola, no seu art. 48, deixa clara como missão dos poderes públicos a promoção das condições para a participação livre e eficaz da juventude no desenvolvimento político, social, econômico e cultural.¹⁸

¹⁶ Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/direitos.htm>>. Acesso em: 08 set. 2011.

¹⁷ Adiante, no seu art. 9º, a Constituição italiana impõe igualmente à República o encargo de promover o desenvolvimento da cultura e da pesquisa científica e técnica, o que não deixa de representar uma manifestação específica que se relaciona com o objetivo central do art. 3º, segunda parte, do mesmo diploma.

¹⁸ Há ainda na Constituição espanhola um dispositivo semelhante, dirigido, porém, ao desenvolvimento regional, que é o seu art. 131, nº 1, sem contar uma previsão específica para o desenvolvimento econômico das comunidades autônomas, qual seja o art. 148, nº 13º.

O Brasil não se evadiu a essa tendência. Sem contar referência no Preâmbulo, constitui eloquente amostra o art. 3º, II, da Constituição Federal, o qual, ao estabelecer os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, trouxe a lume o de garantir o desenvolvimento nacional,¹⁹ logo após enunciar o relativo à construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Procurando uma tentativa de delimitação de conteúdo, Luiz Alberto Gurgel de Faria²⁰ expõe que o direito ao desenvolvimento é o conferido a todos os homens e nações de participação do progresso que vem sendo conquistado pela humanidade, não podendo ser reputado sinônimo de crescimento econômico nem de modernização.

Raciocínio semelhante foi o exposto por Gilberto Bercovici,²¹ ao afirmar que, de logo, deve-se diferenciar a ideia de desenvolvimento daquela de crescimento. Isso porque o desenvolvimento não representa uma mudança quantitativa, mas sim também de ordem qualitativa e, por assim dizer, supera o crescimento.

Nessa investigação, não se pode omitir a contribuição de Amartya Sen,²² o qual define, com inexcusável objetividade, o desenvolvimento como um processo de expansão das liberdades reais, a reclamar, assim, a remoção das principais causas de privação de liberdade, dentre as quais a pobreza, a tirania, a carência de oportunidades econômicas, destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos.

Mais à frente, ao depois de frisar que as liberdades não constituem apenas os fins primordiais do desenvolvimento, mas também e relevantemente os seus meios principais, o autor²³ passa a identificar, com maior detença, cinco espécies de liberdade de cunho instrumental. A primeira delas recai nas chamadas liberdades políticas, configurando a faculdade dos indivíduos de determinar quem deve governar e com base

¹⁹ Nossa doutrina aponta que se cuida duma previsão do direito ao desenvolvimento. Consultar: Luiz Alberto Gurgel de Faria (A extrafiscalidade e a concretização do princípio da redução das desigualdades regionais. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 98) e Gilberto Bercovici (Constituição e superação das desigualdades regionais. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 97-98).

²⁰ A extrafiscalidade e a concretização do princípio da redução das desigualdades regionais. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 99.

²¹ Constituição e superação das desigualdades regionais. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 97.

²² Desenvolvimento como liberdade. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 16-17.

²³ *Ibid.*, p. 54-62.

em que princípios devem fazê-lo, sem excluir a fiscalização e a crítica dos governantes, o que requer liberdade de expressão e uma imprensa sem censura.

Em seguida, vêm as liberdades econômicas, consistentes nas oportunidades que possuem os indivíduos para empregar os seus recursos econômicos no consumo, produção e troca. Nesse ponto, afiguram-se importantes, para promover o equilíbrio da renda e a riqueza nacional frente ao poder de consumo dos indivíduos, a implantação de ações distributivas de renda em adição às de agregação.

Outra liberdade instrumental se manifesta mediante as oportunidades sociais, representadas pelas ações que a comunidade estabelece nas áreas de educação, saúde etc., influenciando a liberdade substantiva do indivíduo em viver melhor. Tais faculdades, além de importantes para a vida privada, refletem-se numa participação mais real em atividades econômicas e políticas.

Uma quarta categoria está nas garantias de transparência, referindo-se, nas relações sociais, nas necessidades de clareza e falta de segredo, tendo papel decisivo na inibição da corrupção, da irresponsabilidade financeira e das transações ilícitas.

À derradeira, vem o que o autor denomina de segurança protetora, a qual colima proporcionar uma rede de segurança social, impedindo que a maioria da população seja privada das condições de subsistência.

Interessante notar que uma característica dessas liberdades instrumentais é a de que não devem ser vistas individualmente, mas sim como complementares uma das outras.

No Direito pátrio, não se pode deixar de reconhecer a sua consagração formal no texto magno. Inicialmente, não é possível deixar de observar que, demais do seu art. 14 da Constituição Federal assegurar o sufrágio universal, direto e secreto, há, no referido diploma, previsão da liberdade de expressão do pensamento (art. 5º, IV e IX), bem como da possibilidade de fiscalização dos atos dos governantes, inclusive com provocação popular (art. 58, §2º, IV, e art. 74, §2º). As ditas liberdades econômicas também estão previstas em várias passagens, tais como os arts. 1º, III e IV, 3º, I, e 170. O acesso aos serviços de educação e de saúde não constitui exceção, estando realçado pelos arts. 196, 205 e 206, 208, I e IV, sem contar a previsão de limites mínimos de recursos públicos para o seu custeio (arts. 198, §2º, e 212, §1º). A transparência dos órgãos públicos

é garantida com a inserção do princípio da publicidade como baliza da atividade administrativa (art. 37, caput). Um sistema de segurança protetora decorre da garantia de regime previdenciário e organização da assistência social, o que consta dos arts. 201 a 204 da Lei Magna.

É plenamente possível, numa melhor compreensão, assentar que o direito ao desenvolvimento não está vinculado apenas ao crescimento econômico duma comunidade, antes pressupondo a liberdade de seus membros sob o prisma político, bem assim a melhoria das condições econômicas, sociais e culturais destes.

É, igualmente, direito que não se dirige unicamente aos cidadãos, mas também aos povos como um todo.²⁴

Interessante saber qual o papel que a jurisdição constitucional ocupa nesse contexto, o que tentaremos no tópico a seguir.

4 Direito ao desenvolvimento versus jurisdição constitucional

Conforme acentuado em tópicos antecedentes, pressupõe o Estado Constitucional, demais da existência de Constituição rígida, bem assim que se projete à limitação do poder e à garantia dos direitos básicos, que a norma fundamental seja vivida, de modo efetivo, pela comunidade, o que pressupõe, antes de mais, uma assimilação de seu conteúdo pela coletividade.

Não se pode afastar, dentro desse contexto, que a jurisdição constitucional representa importantíssimo fator para que uma Constituição seja realmente vivida.

Contudo, não se pode assentar que o modelo jurisdicional de controle do poder político e econômico seja plenamente suficiente para propiciar o cumprimento dos dispositivos constitucionais, principalmente quando se está diante da efetivação de direitos fundamentais, em face da diversidade de conteúdos das normas que os consagram.

No particular do tema sob abordagem, não se pode olvidar uma distinção dentre o art. 3º, II, da Lei Maior, e os demais preceitos constitucionais que consagram direitos e liberdades inerentes ao direito ao desenvolvimento.

²⁴ Assim parece compreender Jorge de Miranda (Manual de direito constitucional: direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. t. IV, p. 66), ao frisar, a partir dos Pactos das Nações Unidas de 1966, que se vem despertando atenção para direitos dos povos, no lugar de direito do homem ou dos direitos fundamentais.

O art. 3º, II, da Constituição, ao definir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, expressa, sem sombra de dúvidas, o núcleo central do direito ao desenvolvimento.

Trata-se — não se desconhece — de preceito inserto no Título I da Norma Ápice, correspondente aos princípios fundamentais, os quais, consoante a doutrina, vazada na pena de Ivo Dantas,²⁵ irradiam seu teor integralmente sobre a ordem constitucional para a qual se voltam.

No entanto, é forçoso notar que o aparato linguístico correspondente não oferece preciso grau de determinação, apto a torná-lo, só por só, objeto de concretização pela jurisdição. Indica, diversamente, fim a ser atingido pela elaboração e execução de políticas públicas, a cargo dos Poderes Legislativo e Executivo.

Nesse particular, interessante lembrar a lição da doutrina. Canotilho,²⁶ em escrito no qual aponta para uma inflação de direitos fundamentais, enuncia que a simples previsão num texto constitucional de um direito fundamental não significa, só por só, possua uma autossuficiência normativa, capaz de torná-lo suscetível de pronta concretização sem outros adensamentos e complementações normativas. É o que sucede, por exemplo, com o direito ao desenvolvimento.

Isso, conforme adianta o autor,²⁷ não afasta o seu caráter normativo, em favor dum reconhecimento de mera declaração programática. Absolutamente. Referindo-se a direitos econômicos, sociais e culturais, o que, ao primeiro súbito de olhos, poderia, erroneamente, servir de adstrição aos direitos de segunda dimensão, enuncia que a função dirigente dos direitos fundamentais atua, em casos que tais, como normas impositivas, fixando pressupostos para serem observados pelo legislador, ou perfilando-se como vedações, impedindo que os atores político-legislativos delimitem política pública numa direção oposta à prescrita pela Lei Máxima. Têm, assim, importante préstimo na modulação da liberdade de conformação do legislador, reduzindo-a.

Em havendo manifestação legislativa que, a pretexto de concretizar tal direito, evada-se do campo das imposições e proibições traçadas pelo Constituinte, é possível atuação retificadora da jurisdição constitucional.²⁸

²⁵ Princípios constitucionais e interpretação constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995. p. 87. À página antecedente, o autor chega a alvitrar novo escalonamento de importância das normas constitucionais, delineado pelos princípios constitucionais fundamentais, pelos princípios gerais e, alfm, pelas normas setoriais.

²⁶ Das constituições dos direitos à crítica dos direitos. *Direito Público*, ano 2, n. 7, p. 84, jan./mar. 2005.

²⁷ *Ibid.*, p. 85.

²⁸ Exemplo disso pode ser visto no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 360.461 – 7 – MG (STF, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, DJE de 28.03.2008), no qual se entendeu que o art. 2º da Lei nº 8.393/91, ao

Particularmente quanto ao direito ao desenvolvimento — que considera como um direito conexo ao direito à paz — o autor,²⁹ noutro escrito, mas sem dissentir do entendimento acima, antes o reforçando, frisa que a sua realização aponta para a necessidade de estruturas republicanas globais, cujo esquema organizatório e capacidade de execução está por se demonstrar, correndo, assim, sério risco de se transformarem num direito suave (soft law) em face de sua falta de operacionalidade jurídica.

Esse aspecto não se afigura conclusivo quanto ao tema. Assim, é de ressaltar-se que, em se tratando especificamente do direito ao desenvolvimento, não se pode olvidar o enorme papel da atividade jurisdicional quando tutela o conjunto de direitos e liberdades, também previstos em sede sobranceira, e que se afiguram indispensáveis à realização daquele. Consideradas as hipóteses nas quais tais direitos venham definidos mediante normas de conteúdo densamente determinável, ou que, em assim não sendo, estejam integrados legislativamente, inelutável a atuação da jurisdição, a qual, por via indireta, contribui para a afirmação do direito ao desenvolvimento.

Portanto, salutar para a concretização do desenvolvimento nacional a tutela dos institutos que asseguram a participação política, bem assim da liberdade de expressão, franquia indispensável à manutenção do regime democrático.³⁰ Igualmente, o controle das limitações à liberdade iniciativa, dentre as quais as derivadas da função social da propriedade, da dignidade do trabalho e da necessidade de garantir à população meio ambiente equilibrado,³¹ e da observância, por parte da Administração, dos princípios

deferir benefício fiscal em favor de empresas sediadas nas regiões Nordeste e Norte não violou o princípio da isonomia, justamente porque, ao assim proceder, o legislador visou favorecer a promoção do desenvolvimento nacional e a superação de desigualdades regionais.

²⁹ Dos direitos individuais ao direito à paz: entre a paz perpétua e a tópica política. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, p. 30, v. 84.

³⁰ Foi uma hipótese que restou vivenciada na ADPF 130 (Pleno, mv, rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJe de 06.11.2009), oportunidade na qual se reconheceu a não recepção da Lei nº 9.250/67 (Lei de Imprensa) pela Constituição de 1988, por o conteúdo de sua disciplina atentar, de modo gravoso, em detrimento da liberdade de expressão do pensamento e da liberdade de informação jornalística. Robustecendo essa compreensão, sobreveio o deferimento de cautelar na ADI nº 4.451 – DF (pleno, mv, rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJe de 01.10.2011), ao suspender a vigência dos inc. II e III da Lei nº 9.504/97, justamente por ofensivas do núcleo essencial da liberdade de expressão.

³¹ A esse respeito, observar a ADI nº 3.540 – 1 – DF (Pleno, mv, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 03.02.2006), na qual se discorreu afirmativamente sobre a necessidade de compatibilização entre o desenvolvimento nacional (art. 3º, II, CF) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (art. 225, CF), tendo-se assentado pela compatibilidade vertical da MP nº 2.166-67/01 na parte em que modifica o art. 4º do Código Florestal, para o fim de permitir a alteração e supressão de áreas de preservação permanente mediante decisão administrativa que, nos termos da lei, reconheça a presença de utilidade pública ou interesse social, não havendo, para essa finalidade, necessidade de lei formal. Semelhante cuidado adveio com a Petição nº 3.388 – RR (Pleno, v.u., rel. Min. Carlos Britto, DJe de 25.09.2009), em cuja motivação há explícita referência

indicados no art. 37, caput, da Lei Básica. Idem do acesso da população aos serviços de saúde e da educação, seja diante da necessidade de assentar o dever de observância de preceitos sobranceiros com densidade normativa bastante, como é o caso do art. 208, I, da Constituição, e dos arts. 198, §2º, e 212, §1º, ou para assegurar que as diretrizes (guidelines) fixadas pelo Constituinte não sejam desprezadas pelo legislador, ou ainda para que se venha a cumprir a sua legislação integrativa os direitos ditos econômicos e sociais. Não esquecer, por exemplo, competir ao Poder Público manter sistema de assistência social a ser financiado pelo orçamento da seguridade social, conforme suficientemente ordenado pelo art. 204 da Lei Magna.

Percebe-se, desse modo, que a função tutelar da jurisdição constitucional em favor do direito ao desenvolvimento é exercitada, precípua e densamente, de forma mediata, através da salvaguarda dos direitos que lhe são conexos.

Duas observações ainda se fazem pertinentes antes do encerramento desta exposição. A primeira delas resulta da importância de se assegurar a liberdade de expressão, para o fim de, por consequência, garantir-se um bom governo e uma execução mais saudável de políticas públicas. A liberdade de expressão, portanto, é indispensável ao funcionamento democrático dos governos, o que, sem sombra de dúvida, muito contribui para a busca do desenvolvimento.

Não foi à toa que, numa linha coincidente, Peter Häberle³² advertiu que, nos países em desenvolvimento, a jurisdição constitucional irá bem se se abster um pouco do exame das questões sobre economia e do aspecto social, reservando o cuidado prioritário destes pontos para o Parlamento e o Governo, cabendo aos tribunais, no âmbito do Estado de Direito, devotarem-se aos direitos fundamentais clássicos e da democracia pluralista.

Ao depois, penso ser interessante destacar, especificamente quanto à imposição de políticas públicas, para as quais a Constituição vigente, dentro do método detalhista que notabiliza sua redação, determinou, com conteúdo suficientemente adensado, a fonte de recursos para tanto, ser de bom alvitre a tentativa do emprego da arguição de descumprimento de

a que o desenvolvimento realizado com hostilidade aos direitos dos índios atenta contra o art. 3º, II, da Lei Básica, porquanto este assegura um tipo de desenvolvimento nacional tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de maneira a incorporar a realidade indígena.

³² Conversas acadêmicas com Peter Häberle. Tradução da versão espanhola por Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3.

direito fundamental, porquanto, demais de sua vocação natural se dirigir à proteção de direitos fundamentais, ao invés de representar uma ação de defesa do Estado, tem como impugnável não uma norma jurídica, salvo quando anterior à Lei Maior, mas atos do Poder Público que não se revisitam de caráter normativo.³³

Em assim atuando, a jurisdição constitucional pode não alcançar resultados taumatúrgicos, mas, com certeza, colherá bons frutos sem que, para tanto, venha a quebrantar a separação de poderes e o princípio democrático.

Muito obrigado.

Constitutional Jurisdiction and Fundamental Rights: an Analysis through the Right to Development

Abstract: The State Constitution requires for its characterization the respect for the Constitution as the fundamental law, being the constitutional jurisdiction, in actuality, the instrument for achieving this goal. Fulfill the constitutional jurisdiction to protect the fundamental rights, including those of third dimension, as is the case of the right to development. This protection is accomplished by limiting the conformational freedom of the legislator as to the objectives and prohibitions imposed on the public policymaking and, especially, by ensuring respect for fundamental rights and freedoms related to the right to development.

Key words: Constitutional State. Constitutional jurisdiction. Fundamental rights. Right to development.

Referências

AGUILÓ, Josep. *La constitución del estado constitucional*. Lima-Bogotá: Temis, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e superação das desigualdades regionais*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 97-98.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 5. reimpr. Rio de Janeiro: Campus, 1991. Tradução de Carlos Nelson Coutinho.

³³ Um ensaio se deu com sugestão constante de decisão monocrática na ADPF nº 45 (decisão monocrática de 21.04.2004), a qual poderá ser aprofundada em termos de futuro. Tratava-se de demanda ativada perante o Supremo Tribunal Federal, com o propósito de invalidar o veto, oposto pelo Exmo. Sr. Presidente da República, ao §2º do art. 55 de projeto de lei, convertido na Lei nº 10.707/03 (Lei de Diretrizes Orçamentárias), o qual preserva delimitar o que se deveria considerar como ações e serviços de saúde para fins de dotação orçamentária, de modo que, com a não transformação em lei da proposta, haveria violação do percentual mínimo de recursos a ser destinado a tal área, de acordo com o art. 198, §2º, da Constituição Federal. A despeito da ação ter sido extinta pelo desaparecimento superveniente do interesse de agir, uma vez retificada a postura combatida, o Min. Celso de Mello, em obter dictum, assentou a admissibilidade do controle jurisdicional em tais situações, o que serve — e bastante — para demonstrar a viabilidade, para tanto, da via eleita.

- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1991.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado Democrático del Derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos. In: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (Coord.). Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público. Madrid: Dykinson-Constitucional, 2008.
- BURKE, Peter. A fabricação do rei. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Das constituições dos direitos à crítica dos direitos. Direito Público, ano 2, n. 7, jan./mar. 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dos direitos individuais ao direito à paz: entre a paz perpétua e a tónica política. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, v. 84.
- DANTAS, Ivo. Princípios constitucionais e interpretação constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.
- FAYAT, Carlos S. Derecho político. 7. ed. Buenos Aires: Depalma, 1988. t. II.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. El "status" del Tribunal Constitucional. Revista Española de Derecho Constitucional, v. 1, n. 1, jan./abr. 1981.
- GURGEL DE FARIA, Luiz Alberto. A extrafiscalidade e a concretização do princípio da redução das desigualdades regionais. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- HÄBERLE, Peter. Conversas acadêmicas com Peter Häberle. Tradução da versão espanhola por Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LOEWNSTEIN, Karl. Teoría de la constitución. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1962.
- MIRANDA, Jorge de. Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.
- MIRANDA, Jorge de. Manual de direito constitucional: direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. t. IV.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Controle judicial de constitucionalidade: o contributo da constituição de 1891. Revista Electrónica de Historia Constitucional, España, Universidad de Oviedo, n. 11, 2010.
- ROLLA, Giancarlo. Giudizio di legittimità costituzionale in via incidental e tutela dei diritti fondamentali. In: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (Coord.). Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público. Madrid: Dykinson-Constitucional, 2008.
- RUBIO, Valle Lavrada. Introducción a la teoría de los derechos humanos: fundamentos, historia: Declaración Universal de 10.XII.1948. Madrid: Civitas, 1998.
- SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 16-17.
- SOLA, Juan Vicente. Control judicial de constitucionalidad. Buenos Aires: Abeledo; Perrot, 2001.

STERN, Klaus. Génesis y evolución del constitucionalismo americano-europeo: algunos comentarios sobre aspectos fundamentales. Tradução e notas de Alberto Oehling de los Reyes. In: STERN, Klaus; OEHLING DE LOS REYES, Alberto. Jurisdicción constitucional y legislador. Madrid: Dykinson, 2009.

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

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A jurisdição constitucional e os direitos fundamentais: uma análise em torno do direito ao desenvolvimento. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, p. 57-74, out./dez. 2011.

Recebido em: 02.10.11

Aprovado em: 15.12.11